



ВЕСТНИК МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА

1

(14) 2017
январь – июнь

ISSN 20751931



- Признание и приведение в исполнение на территории Российской Федерации иностранных судебных и арбитражных решений: избранная практика за 2015 и 2016 гг.
- О правовой природе альтернативных разбирательств доменных споров
- Встречные иски в спорах между иностранными инвесторами и государствами: в поисках баланса в инвестиционном арбитраже
- Проблемы разрешения споров, вытекающих из экономических отношений, в современных условиях
- Фидуциарные обязанности участника корпорации и их применение в ситуации злоупотребления корпоративными возможностями
- Постатейный комментарий к нормам ГК РФ об удержании и поручительстве через оценку их императивного и диспозитивного характера
- Повороты судеб международного частного права и международного коммерческого арбитража в СССР и России через призму изменений номенклатуры специальностей научных работников и паспортов научных специальностей
- Arbitration Reform in Russia: A General Overview
- The Arbitrator's Mandate to Facilitate Settlement
- Construction Contracts in English Law
- Interview with Brigitte Stern, Emeritus Professor of International Law at the University of Paris I, Panthéon-Sorbonne
- Решения МКАС при ТПП РФ



Коллегия адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры» основана в 2003 году и в настоящее время входит в число ведущих поставщиков юридических услуг в РФ. Она объединяет свыше 35 высокопрофессиональных адвокатов и юристов.

Специалисты Коллегии оказывают услуги по следующим, в частности, направлениям:

- Международный коммерческий арбитраж;
- Судебные разбирательства;
- Альтернативное разрешение споров;
- Исполнительное производство;
- Признание и приведение в исполнение решений иностранных судов и арбитражей в РФ.

Юристы и адвокаты Коллегии в том числе:

- Принимают участие в арбитражных разбирательствах по широкому спектру коммерческих, договорных, финансовых и технических вопросов, имеют опыт ведения дел в международных центрах арбитража, включая Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС) и Морскую арбитражную комиссию (МАК) при Торгово-промышленной палате РФ (ТПП РФ), ICC, SCC.
- Представляют интересы клиентов по всем видам споров в государственных арбитражных судах и судах общей юрисдикции всех уровней, включая Верховный Суд РФ, а также в КС РФ.

**105005, Россия, Москва,
Денисовский пер., д. 23, стр. 6
Тел.: +7 495 783 7450
E-mail: info@rospravo.ru**

www.rospravo.ru

«Одним из важных направлений укрепления национального МКА является его информационная поддержка. Развитие «Вестника МКА» может содействовать повышению конкурентоспособности российского МКА и, как следствие, усилению России в непрестом глобализующемся мире».

Александр Муранов,
управляющий партнер Коллегии адвокатов
«Муранов, Черняков и партнеры»,
член Редакционного совета журнала
«Вестник международного коммерческого арбитража»



ВЕСТНИК

МЕЖДУНАРОДНОГО
КОММЕРЧЕСКОГО
АРБИТРАЖА

1(14) ЯНВАРЬ – ИЮНЬ 2017

1(14) JANUARY – JUNE 2017

International Commercial Arbitration Review

Редакционный совет:

A.C. Комаров (председатель)
A.B. Асосков
B. Видер
H.Г. Вилкова
Д. Гертцфельд
A.H. Жильцов
И.С. Зыкин
Б.Р. Карабельников
Г. Креспи Регицци
A.A. Костин
A.Л. Маковский
A.И. Муранов
К. Хобер
P.M. Ходыкин
B.B. Чубаров
B.B. Ярков

Editorial Council:

A.S. Komarov (Chairman)
A.V. Asoskov
V. Veeder
N.G. Vilkova
J. Hertzfeld
A.N. Zhiltsov
I.S. Zykin
B.R. Karabelnikov
G. Crespi Reghizzi
A.A. Kostin
A.L. Makovsky
A.I. Muranov
K. Hober
R.M. Khodykin
V.V. Chubarov
V.V. Yarkov

Редакционная коллегия:

T.Д. Айткулов
M.Л. Башкатов
Д. Голдберг
M.M. Деменкова
Д.И. Зенькович
P.И. Каримуллин
O.M. Козырь
A.H. Кучер
B.B. Плеханов
M.B. Радецкая
M.Ю. Савранский
П.Дж. Салас
T.B. Слипачук
C.B. Третьяков
C.B. Усоскин
Д.А. Хоцанов

Editorial Board:

T.D. Aitkulov
M.L. Bashkatov
D. Goldberg
M.M. Demenkova
D.I. Zenkovich
R.I. Karimullin
O.M. Kozyr
A.N. Kucher
V.V. Plekhanov
M.V. Radetskaya
M.U. Savransky
P.J. Sahlas
T.V. Slipachuk
S.V. Tretiakov
S.V. Usoskin
D.A. Khotsanov

Главный редактор: A.H. Жильцов

General Editor: A.N. Zhiltsov

Учредитель и издатель:

некоммерческая организация
«Ассоциация исследователей международного
и частного права»
<http://www.iurisprudentia.ru/>

Established and published by

Association of Private International
and Comparative Law Studies
<http://www.iurisprudentia.ru/>

при поддержке Торгово-промышленной палаты
Российской Федерации, Исследовательского центра
частного права имени С.С. Алексеева,
а также кафедры международного частного
и гражданского права МГИМО МИД России

with support of the Chamber of Commerce and Industry
of the Russian Federation, Alekseev Private Law Research Centre
under the President of the Russian Federation as well as
the Department of the Private International and Civil Law
of the Moscow State Institute of International Relations (University)
of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation

Содержание

SUMMARY	6
РОССИЙСКИЙ ОПЫТ	
Д.А. Хоцанов. Признание и приведение в исполнение на территории Российской Федерации иностранных судебных и арбитражных решений: избранная практика за 2015 и 2016 гг.	15
Н.Г. Доронина, Н.Г. Семилютина, М.А. Цирина. Проблемы разрешения споров, вытекающих из экономических отношений, в современных условиях (практика негосударственных юрисдикционных органов)	25
ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ	
Klaus Peter Berger, J. Ole Jensen. The Arbitrator's Mandate to Facilitate Settlement	58
Niels Schiersing. Construction Contracts in English Law – General Part	77
Interview with Brigitte Stern, International Arbitrator, Emeritus Professor of International Law at the University of Paris I, Panthéon-Sorbonne	93
АРБИТРАЖ И КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО	
Р.В. Макин. Фидуциарные обязанности участника корпорации и их применение в ситуации злоупотребления корпоративными возможностями	100
МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО	
А.И. Муранов. Повороты судеб международного частного права и международного коммерческого арбитража в СССР и России через призму изменений номенклатуры специальностей научных работников и паспортов научных специальностей	115
АРБИТРАЖ И ПРАВО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ	
М.В. Якушев, М.А. Рожкова, Д.В. Афанасьев. О правовой природе альтернативных разбирательств доменных споров	173

Журнал «Вестник международного коммерческого арбитража» выходит два раза в год.

Требования к материалам, представляемым авторами в журнал, изложены на www.arbitrationreview.ru.

Перепечатка либо размножение любым способом и в любой форме материалов из журнала допускается только с письменного согласия издателя.

Редакция не дает справок и консультаций и вправе не вступать в переписку. Мнение редакции не во всем совпадает с мнением авторов. Рукописи не рецензируются и не возвращаются.

Редакция не несет ответственности за достоверность сведений, содержащихся в объявлениях, а также за содержание рекламы.

Автор, предоставляя материал (произведение) для публикации в «Вестнике международного коммерческого арбитража», безвозмездно передает принадлежащее ему исключительное право на произведение в полном объеме издателю для использования его любым способом и в любой форме.

НОВОЕ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

S.A. Kurochkin. Arbitration Reform in Russia: A General Overview	180
Э.А. Евстигнеев. Постатейный комментарий к нормам ГК РФ об удержании и поручительстве через оценку их императивного и диспозитивного характера	190

ИНВЕСТИЦИОННЫЙ АРБИТРАЖ

Е.С. Бурова. Встречные иски в спорах между иностранными инвесторами и государствами: в поисках баланса в инвестиционном арбитраже	209
--	-----

ИЗ ПРАКТИКИ МЕЖДУНАРОДНЫХ ТРЕТЕЙСКИХ СУДОВ

Award of the ICAC at the RF CCI dated 22 March 2016. Case No. 89/2015	223
Решение МКАС при ТПП РФ от 15 апреля 2016 г. Дело № 126/2015	246
Решение МКАС при ТПП РФ от 20 апреля 2016 г. Дело № 109/2015	265
Решение МКАС при ТПП РФ от 1 июня 2016 г. Дело № 258/2014	297
Решение МКАС при ТПП РФ от 7 июля 2016 г. Дело № 271/2015	310
Постановление МКАС при ТПП РФ о прекращении разбирательства от 13 июля 2016 г. Дело № 171/2015	328

КНИЖНАЯ ПОЛКА

М. Лизес. Рецензия на книгу Клауса Питера Бергера “Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration”	337
В.А. Кочетков. Рецензия на книгу Э.А. Евстигнеева «Императивные и диспозитивные нормы в договорном праве»	340

СОБЫТИЯ И ФАКТЫ

Встреча ведущих арбитражных институтов в Москве	343
---	-----

Учредитель и издатель:
некоммерческая организация
«Ассоциация исследователей
международного и частного права».

Редакция:
105005, г. Москва,
Денисовский переулок, д. 23, стр. 6.
Тел.: +7 (495) 783-74-50
E-mail: info@naukaprava.ru

Выпускающий редактор:
П.Д. Савкин.
Дизайн, верстка: В.В. Самойлова.
Зарегистрировано в Роскомнадзоре.
Свидетельство о регистрации СМИ
№ ФС 77-61346 от 07.04.2015.
Подписано в печать 03.10.2017.
Дата выхода номера в свет 20.10.2017.
Формат 70x100 1/16.

Бумага офсетная № 1.
Офсетная печать.
Объем 22 печ. л.
Тираж 100 экз.

Отпечатано в типографии:
ОАО «Первая образцовая типография»,
115054, г. Москва, ул. Валуевая, д. 28.

Свободная цена.

Российский Арбитражный День (РАД) – одна из самых успешных арбитражных конференций в России – возобновляет свою деятельность при поддержке Арбитражного центра при Институте современного арбитража и образовательного проекта «LF Академия».

«Вестник международного коммерческого арбитража» – российский специализированный журнал, посвященный проблемам международного коммерческого и инвестиционного арбитража, – традиционно поддерживает это важное отраслевое событие.

Возвращение мероприятия такого высокого уровня особенно актуально в контексте текущей арбитражной реформы в России, основной целью которой является качественное развитие арбитража.

Очередной Российский Арбитражный День состоится **30 марта 2018 года**. Организаторы намерены сохранить все преимущества оригинального формата конференции, а также всячески способствовать дальнейшему развитию РАД и превращению его в событие международного масштаба.

Выступить на РАД может любой исследователь или практик, чей доклад прошел предварительный отбор модераторами конференции. Организаторы рады сообщить, что в этом году к бессменным модераторам – А.В. Асоскову, А.И. Муранову и Р.М. Ходькину – присоединилась партнер московского офиса *Debevoise & Plimpton LLP*, доцент МГУ им. М.В. Ломоносова А.Н. Кучер.

Основными особенностями РАД являются:

- Бесплатное участие для слушателей;
- Приоритет качества, а не количества докладов за счет тщательного отбора на конкурентной основе и полноценной презентации каждого доклада в ходе конференции;
- Поощрение выступлений новых лиц, открытие широкой публике новых имен в российском арбитраже.

Правила направления и отбора докладов не претерпели серьезных изменений и доступны на сайте rad.lfacademy.ru.

Прием тезисов докладов, на основе которых осуществляется отбор спикеров, будет проводиться до 1 ноября 2017 года.

Регистрация слушателей откроется 15 января 2018 года.

***Справка:** Первый Российский Арбитражный День был проведен в 2013 году по инициативе партнера лондонского офиса юридической фирмы «Berwin Leighton Paisner LLP» Р.М. Ходькина, профессора МГУ им. М.В. Ломоносова А.В. Асоскова и управляющего партнера коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», доцента МГИМО А.И. Муранова при поддержке МКАС при ТПП РФ и МАК при ТПП РФ. За первые три года проведения РАД конференцию посетили свыше 1 000 участников и спикеров из стран СНГ, Северной, Центрально-Восточной и Западной Европы, США и Канады, Китая, Индии, Сингапура и Австралии. Еще более 500 зрителей следили за конференцией в режиме онлайн. Важной частью каждого РАД был заблаговременный выпуск сборника статей «Новые горизонты международного арбитража» с научно-практическими статьями докладчиков РАД.*

Редакционный совет, редакционная коллегия, учредитель и издатель журнала «Вестник международного коммерческого арбитража» (ранее – «Международный коммерческий арбитраж») поздравляют **Алексея Николаевича ЖИЛЬЦОВА** с десятилетием успешной деятельности в качестве главного редактора журнала, благодарят его за самоотверженный труд и желают ему дальнейших творческих свершений, крепкого здоровья и всего самого наилучшего!

SUMMARY

International Commercial Arbitration Review Issue No. 1 for 2017

Articles

D.A. Khotsanov. Recognition and Enforcement in the Russian Federation of Foreign Judgements and Arbitral Awards: Selected Practice for 2015 and 2016

This article constitutes a selection of most interesting rulings issued by Russian state courts in proceedings on recognition and enforcement of foreign judgments and arbitral awards.

In 2014 a similar article was published in this magazine¹ where both “positive” (“favorable”) and “negative” (“adverse”) approaches to the issue elaborated by Russian courts were considered. This time the author addresses only those arguable rulings where the courts refused to recognize and enforce foreign judgments and awards.

The author determines that many recent rulings contain erroneous statements and findings or the judges just fail to duly specify the reasons for refusal to recognize and enforce the judgments and awards rendered by foreign courts and arbitrations.

N.G. Doronina, N.G. Semilutina, M.A. Tsirina. Modern Problems Related to the Resolution of Economic Disputes (the Practice of Non-state Adjudicatory Bodies)

This article represents a retrospective analysis of the resolution of disputes connected with the economic activities in Russia in the 20th century. The post Revolution developments in Russia required new approaches, corresponding to the new tasks of the new state. The old courts did not correspond to the new conditions of the economic activities of the enterprises that became state-owned. The commercial relationships based on the market principles were not possible and the disputes between such enterprises could not be resolved in courts, but rather by means of the arbitration in the specialized arbitration commissions. The further developments in this area led to the creation of the system of state arbitration courts (or “arbitrazh courts”) which were rather state economic courts than genuine arbitration courts. The activities of local courts of private arbitration were regulated in the Civil Code and dealt mainly with the disputes between natural persons. After *perestroika* the activities of local courts of private arbitration substantially increased. Authors analyze the evolution of the Russian legislation in this sphere.

The development of foreign trade of Russia with other countries required the use of international commercial arbitration mechanism. As a result, the Foreign Trade Arbitration Commission (FTAC) was created as a specialized permanent arbitration institution which fully corresponded to

¹ See: *D.A. Khotsanov, Recognition and Enforcement in the Russian Federation of Foreign Judgments and Arbitral Awards: Selected Practice for 2012–2014, International Commercial Arbitration Review, 2014, No. 2(9), p. 129–144.*

the principles of commercial arbitration. Later the FTAC was transformed into the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (the ICAC) acting on the basis of the Law on International Commercial Arbitration of 1993.

The development of investment activities in the middle of the 20th century has led to the preparation of investment legislation with the subsequent increase in the number of investment disputes considered by means of arbitration. Analysis of the practice of resolution of investment disputes with participation of the Russian Federation (*e.g.* cases of Lena Goldfields, NOGA, Mr. Sedelmayer) allows authors to conclude that a uniform approach with respect to the resolution of investment disputes is required. Such an approach would help to achieve more efficient resolution of international investment disputes with balanced awards being rendered taking into account the interests of investors and of states receiving investments.

Klaus Peter Berger, J. Ole Jensen. The Arbitrator's Mandate to Facilitate Settlement

The discussion whether an international arbitrator's mandate includes the facilitation of settlement between the parties is not new. For the past decades, it has unfolded between those who believe in settlement facilitation as an efficient means to end the parties' dispute and those who consider such activities incompatible with the arbitrator's judicial role as a "private judge". Up to now, this discussion has remained deeply rooted in domestic conceptions of what the arbitrator's role should and should not be. This Article argues that it is past time to throw these culturally shaped beliefs overboard. In the interest of the much-debated quest for increased efficiency in the arbitral process, international arbitrators should realize and appreciate that settlement facilitation is not incompatible with their mandate and can be a highly useful tool to resolve the parties' dispute in a time and cost-efficient manner. To further this understanding of the arbitrator's mandate, this Article offers tried and tested tools that allow international arbitrators to facilitate settlement without overstepping their mandate or risking a challenge by the parties.

Niels Schiersing. Construction Contracts in English Law – General Part

This article describes and analyzes the principles of interpreting and completing contracts in English law with a particular focus on construction contracts, and a number of particularly relevant issues for construction contracts are presented and analyzed subject to English law. The weight of the article is based on the most recent case law of the English courts, especially in relation to FIDIC contracts. The first part gives an account and analysis of a number of common principles for the interpretation and completion of commercial agreements, while the article's second part will contain a review and analysis of jurisprudence and theory regarding defects, delay, extension of time, liquidated damages, termination, claims procedures, issues of quantum etc. This is a translation of an article previously published in a Danish periodical in October 2016 (*Tidsskrift for Bygge- og Boligret*, 2016.703). No new case law has been considered, including the recent decision in *Wood v. Capita Insurance Services Ltd.*, [2017] UKSC 24.

Interview with Brigitte Stern, International Arbitrator, Emeritus Professor of International Law at the University of Paris I, Panthéon-Sorbonne

An interview with Brigitte Stern, international arbitrator and Emeritus Professor of international law at the University of Paris I, Panthéon-Sorbonne, was prepared by the Arbitration Center at the Institute of Modern Arbitration at the conference "International Arbitration in the Spotlight: From Tokyo to New York" held in Moscow in March 2017. The Russian language version of the interview was published on the web site *Zakon.ru*.

R.V. Makin. Fiduciary Duties of Shareholders in Corporations and Their Application in Situations of Abuses of Corporate Opportunities

On the basis of foreign and Russian doctrine, legislation and court practice, the author analyzes regulation of fiduciary duties of shareholders under Russian law. The author considers the legal nature of this concept and its contents. Also, the author substantiates why majority shareholders and minority shareholders in close corporations as well as in open corporations should be bound by fiduciary duties. Additionally, the author analyzes applicability of the shareholders' fiduciary duties concept in case of abuse of corporate opportunities.

A.I. Muranov. Private International Law and International Commercial Arbitration: Twists of Fate in Both the USSR and Russia as Viewed through the Prism of Amendments in the Nomenclature of Specialties of Academic Workers and the Passports of the Academic Specialties

It is a long held tradition in Russia that the topics of academic theses required for a candidate of science degree or doctor of science degree (it is worth noting that "science" here means all fields of knowledge including humanitarian ones) should be in compliance with a specific classification system addressing academic research known as "The Nomenclature of Specialties of Academic Workers". Importantly, theses must be submitted for their defense to special councils which are also formed pursuant to such classification system. The Nomenclature is an index that consists of many code numbers and short references to specific sciences. For instance, a thesis involving public international law issues is to be categorized under the code number 12.00.10 and can only be submitted for defense to a corresponding council having the same code. Such councils are granted power to evaluate theses subject to particular codes by Russian authorities who assign these codes to the councils.

This tradition finds its origins in the USSR and is a practice that has been well established since the 1930s. Using Nomenclature as an instrument to regulate academic research arose from the Soviet planned economy and the state authorities' aspiration to exert control over academic research. Currently, this tradition continues to work effectively in modern Russia where the sphere of academic research and its administration remains kept to be quite conservative.

In this article, the author – addressing only private international law and international commercial arbitration – briefly describes the history of the Nomenclature and its development from Soviet times to present day. The author then goes on to discuss the various reasons underpinning the changes in the Nomenclature implemented throughout its development.

Furthermore, the author shows the intense struggle within academic circles regarding the reference to private international law and international commercial arbitration: whether it should have belonged or should belong to the code of the Nomenclature on public international law (12.00.10) or to the code on civil law (12.00.03). This scholar struggle – which began in the 1970's and continued to remain active in modern Russia – presents a compelling narrative of human passion and resolve on this issue. Importantly, after much debate, there has been a provisional end to the struggle, and resolution has been achieved recently since reference to private international law and international commercial arbitration in the Nomenclature's code on civil law was preferred, and is officially prevailing now.

However, the Nomenclature's index on law is disappointingly very short (not more than one page), while it is the only legal document officially recognized in Russia for the classification of academic research in law.

The author takes note of this unfortunate circumstance and demonstrates why such apparent disadvantage of the Nomenclature resulted in a 15-year attempt by the Russian authorities to develop a special, differently formatted, type of classification. The Russian authorities ultimate-

ly tried to reconfigure unofficially the official classification system (the Nomenclature) by approving the so-called “Passports of the academic specialties” (which are much more extensive and detailed documents, each one for every Nomenclature’s code).

The author reveals the motivations for such developments and argues why such Passports are not satisfactory documents, *e.g.* due to the fact that their legal status is exceedingly vague and the procedure surrounding their drafting and approval is not fully transparent.

It is also revealed that the Passports substitute the Nomenclature in a creeping and subversive manner which does not comply with Russian law, but, interestingly, functions in a way that is definitely comfortable for the Russian Ministry of Education and Science, as well as for many other administrators involved in academic research.

The author illustrates this by demonstrating that many procedural matters of private international law and international commercial arbitration that were traditionally (and still are) covered by the Nomenclature’s code on civil law (12.00.03) were, in fact, for the last three years replaced; they were moved from the Passport for the code on civil law (12.00.03) to the Passport for the code on procedural law which traditionally dealt with only domestic issues (12.00.15).

Such replacement has taken place mostly behind the scenes and without serious discussion between scholars. It was implemented by proponents of procedural law who were, and are, much more active in administrative matters than academics in private international law and international commercial arbitration. Many of such proponents take now a formalistic approach and argue that – since relevant issues of private international law and international commercial arbitration are mentioned now because of such replacement in the Passport in the code on procedural law – the theses on those issues cannot be categorized under the code 12.00.03, but, instead, must fall under the code 12.00.15.

Consequently, the overall competence of the councils for the code 12.00.03 on such issues may drift to the councils for the code 12.00.15 which, from the point of view of academic administration, is a very serious and significant problem in Russian law.

Moreover, concern arises since the structure of legal studies on private international law and international commercial arbitration in Russia may be essentially distorted in future. The basis of this concern comes from the likelihood that such research on those very liberal fields may be subjected to overly conservative domestic requirements and trends determined by the narrow policy of the Russian state in the sphere of procedural law. The free and liberal discussions of a variety of critical and fundamental issues may be replaced by official and traditionalist considerations.

The author considers these problems also in the light of the latest trend in Russia that involves granting the right to award candidate of science degrees or doctor of science degrees to many serious Russian universities and also raise a question for discussion whether the existing Passports should be imposing regulations for such universities.

Throughout the course of his analysis, the author pays special attention to many other unique, narrow, and technical – but yet very significant – aspects of the Nomenclature and the Passports, particularly as they relate to private international law and international commercial arbitration.

M.V. Yakushev, M.A. Rozhkova, D.V. Afanasiev. On the Legal Nature of the Alternative Dispute Resolution for Domain Name Disputes²

The article is devoted to the analysis of the alternative dispute resolution for domain name disputes. The article touches upon issues related to the legal nature of specialized non-state arbitra-

² Summary of presentations made at the round table “The New Rules for Alternative Dispute Resolution for Domain Names” held on 20 February 2017 in the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation.

tion centers which deal with a special type of disputes related to domain names under the UDRP procedure (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy). The UDPR is a unified strategy of resolving domain disputes which was developed by the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN).

Sergey A. Kurochkin. Arbitration Reform in Russia: A General Overview

September 1, 2016 was the date when the Russian Arbitration Reform started. During its preparation the legislator modernized arbitration laws, the reform affecting all spheres of arbitration. All leading achievements of Russian and foreign jurisprudence were used in the course of the reform as well as the sizeable experience accumulated since 1992 when the first “Provisional Regulations on Arbitration Tribunals for Economic Disputes’ Resolution” were adopted as a statute. The fruitful work executed by the leading Russian experts entailed the new high-level arbitral legislation in the Russian Federation.

E.A. Evstigneev. Article-by-Article Commentary to the Rules of the Russian Civil Code on Retention and Surety through Evaluation of Their Mandatory or Dispositive Nature

This article presents an article-by-article commentary to the provisions of the Russian Civil Code which regulate retention and surety. This commentary is based on the theoretical division of rules in Russian civil law and civil law of foreign countries into rules of a mandatory or non-mandatory nature. The author presents his opinion on the proper criteria to be used when determining the nature of Russian substantive law rules in present-day practice. The main objective of the commentary is to provide guidance in determining whether a particular rule of the Russian law of obligations is of a mandatory or of a dispositive nature which is often very important in practice. The author considers the Resolution of the Supreme Arbitrazh Court No. 16 of 14 March 2014 “On the Freedom of Contract and Limitations Thereof”, but in many instances goes beyond the guidelines contained in this Resolution.

E.S. Burova. Counterclaims in Investor-State Disputes: Finding Balance in Investment Arbitration

The counterclaims raised by host states in investment arbitration have rarely succeeded so far, as the practice of ICSID and UNCITRAL arbitration evidences: most of them were rejected either on jurisdictional grounds or on the merits. The main obstacles encountered by states’ counterclaims are the following: (i) dispute resolution provisions in investment treaties allowing to submit for arbitration only the disputes related to the violations of host states’ obligations; (ii) applicable law provisions in investment treaties designating only the treaty itself and/or international law, rather than domestic law, as applicable; (iii) requiring the same legal instrument underlying both the original claim and counterclaim, rather than factual connection. The author of the article submits that the current arbitral practice indicates an asymmetry between the ways how the inherent rights of investors and states are realized. The article provides some practical suggestions on how to rebalance the system of international investment law with a view to make it friendlier to counterclaims. The author concludes that a friendlier approach to counterclaims can extinguish some points of criticism surrounding the ISDS nowadays.

Arbitral Awards

Award of the ICAC at the RF CCI dated 22 March 2016. Case No. 89/2015

In this case the dispute arose out of an agreement concluded between a retail foreign exchange investor residing in the Czech Republic and a Russian company providing financial services consisting in enabling clients to purchase and sell over the counter Forex contracts for their account. Having unilaterally and without explanations adjusted the results of the trade and having closed the trading account of the Claimant, the Respondent inflicted substantial losses on the Claimant.

This ICAC arbitral award is of interest for a number of reasons. From the perspective of its form this is an example of an award which was rendered by the ICAC in the English language. From the perspective of the conduct of the proceedings, it is interesting to note that the parties have provided in their arbitration agreement that no oral hearing or oral arguments are to be held. From the perspective of the competence of the arbitral tribunal, it is noteworthy that the Claimant in this case was a natural person residing in a foreign country and not possessing the status of an individual entrepreneur. From the perspective of the substance of the dispute the award is of interest due to the fact that despite complex argumentation of the parties in support of their respective positions based on construing the relevant provisions of the Agreement, the arbitral tribunal resolved the dispute by referring to the more general principles of good faith and fair dealing as well as the principle of estoppel.

The award was reviewed and edited by Alexei N. Zhiltsov.

Award of the ICAC at the RF CCI dated 15 April 2016. Case No. 126/2015

This case arose out of the claim to recover the lease payment, the penalty for the late payment and the fine for the termination of the lease contract due to the lessee's fault. The award is of interest because it represents an example of arbitrators using the great extent of discretion afforded to them by the ICAC Rules. Despite the opposing expert opinions and positions presented by the parties, the arbitrators have resolved this case on the basis of their own analysis of the parties' relations, the respective legal rules and court practice. The criteria of reasonableness and fair commercial conduct by the parties were given particular attention by the tribunal in the resolution of this case.

The award was reviewed and edited by Maria M. Demenkova.

Award of the ICAC at the RF CCI dated 20 April 2016. Case No. 109/2015

The dispute arose out of the contract on lease of premises made between two companies incorporated in the Russian Federation and existing under the Russian law. The claimant's sole shareholder was a foreign (Cypriot) company. The respondent had no foreign (non-Russian) shareholders.

Because of the same "nationality" of the parties, the respondent challenged the ICAC's jurisdiction alleging that the claimant did not constitute an "enterprise with foreign interest" which may be a party to the proceedings under the auspices of the ICAC in accordance with the applicable ICAC Rules³.

The respondent supposed that to determine whether a party has "a foreign interest", the arbitral tribunal should consider not only its shareholding structure but also its primary place of business, the nationality of its beneficial owners and the country with which the party is most close-

³ The dispute was settled under the ICAC Rules approved by the Order of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation No. 76, dated 18 October 2005.

ly connected. The respondent asserted that the claimant was actually controlled from Russia, its ultimate beneficiaries were Russian citizens and it was doing business exclusively in Russia.

As a result, the respondent stated that the claimant should not be treated as an “enterprise with foreign interest” irrespective of the fact that its sole shareholder was a foreign company.

The claimant alleged that the ICAC had jurisdiction to settle the dispute since, *inter alia*, neither the ICAC Rules nor the Law on International Commercial Arbitration provided that the arbitral tribunal should determine the party’s ultimate beneficiary owners. However, the claimant voluntarily submitted to the tribunal its corporate structure and disclosed the members of management of the claimant’s parent company.

The arbitral tribunal stated that (i) both the Law on International Commercial Arbitration and the ICAC Rules stipulated only “formal criterion” for ascertainment whether a party constituted an “enterprise with foreign interest” (it should have at least one foreign shareholder), (ii) the claimant was not obliged to disclose the persons who actually controlled it, and (iii) the tribunal should not be entitled to determine the claimant’s ultimate beneficial owners or “perform any other controlling activities in this respect”. Given that the claimant duly proved that its shareholder was a foreign company, the arbitral tribunal found that it was competent to settle the dispute.

Further, the respondent alleged that the claimant had failed to comply with the pre-arbitration dispute resolution procedure provided by the contract because it had increased the amount of the claims after the commencement of the arbitral proceedings but had not firstly proposed to the respondent to settle that issue amicably (by means of negotiations between the parties). The claimant stated that it had observed the pre-arbitration dispute resolution procedure before it had filed the claim with the ICAC and neither the contract nor the applicable law required the claimant to hold the negotiations with the respondent in case of increase of the amount of the claims in the course of the arbitral proceedings. The tribunal upheld that position of the claimant.

Finally, it seems to be interesting to examine the consideration by the arbitral tribunal of the respondent’s motion to decrease the amount of penalty to be paid by the respondent. The tribunal addressed in details both parties’ numerous arguments and found that the applicable civil law provided no grounds for the decrease of the amount of penalty.

The award was reviewed and edited by Dmitry A. Khotsanov.

Award of the ICAC at the RF CCI dated 1 June 2016. Case No. 258/2014

This award involved claims arising out of two contracts against two defendants, one of which was obliged to refund the overpaid amount under the services contract (hereinafter – primary debtor), while another defendant undertook to pay the plaintiff the said amount in exchange for the transfer to him of the claims against the primary debtor. Under the assignment agreement transfer of all the claims from the assignor to the assignee was dependent on the full payment by the assignee of the amount that was equal to the aggregate sum of the claims to be assigned. During the course of the arbitral proceedings it has been found that the primary debtor was liquidated. This fact made the arbitral tribunal answer the question whether in principle it was possible to meet the claim. Having established that the primary debtor had been wound up, the arbitral tribunal made a conclusion that the respective claim could not be adjudicated. The reasoning was that liquidation of a legal entity presumes termination of its rights and duties without any succession. Since neither the Law on International Commercial Arbitration nor the ICAC Rules considered liquidation of an entity being a party to a dispute as a special ground for the termination of the proceedings, the arbitral tribunal came to the conclusion that the claim could not be heard on the merits based on Art. 32(2) of the Law on International Commercial Arbitration and § 45(2)(c)

of the ICAC Rules (“continuation of the proceedings has become unnecessary or impossible for any reasons”). Correspondingly, the arbitral tribunal terminated the proceedings in the respective part without rendering an award. As regards the claim arising out of the assignment agreement, the arbitral tribunal emphasized the legal nature of this agreement that implied mutual consideration. Believing that making the assignee pay to the plaintiff the money under the assignment agreement would result in unjust enrichment of the latter since there were no possibilities to make use of the claim against the primary debtor, the arbitral tribunal rejected the respective claim. Finally, it is worth noting that the arbitral tribunal also refused to accept the argument by the assignee that the assignment agreement governed suretyship relations between the parties.

The award was reviewed and edited by Dmitry I. Zenkovich.

Award of the ICAC at the RF CCI dated 7 July 2016. Case No. 271/2015

This award was rendered in the case that is very typical for the practice of the ICAC at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation. The company with its place of business on the territory of Italy (the claimant) entered into an agreement with the limited liability company with its place of business on the territory of the Republic of Belarus (the defendant) whereby the claimant agreed to deliver some goods to the defendant and the latter undertook to accept the goods and pay for them. The company from the Republic of Belarus failed to perform its duties under the contract. For that reason the Italian company filed a claim with the ICAC which further upheld the claim in full and ruled in favor of the claimant.

Despite the fact that this dispute is not unusual, the resulting award reflects several questions concerning determination of the applicable law by the arbitrators that might be of interest. The author of this commentary highlights some of them that seem to be the most important.

First of all, attention should be drawn to choice-of-law clause included in the contract. The parties agreed to apply the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980 and the Hague Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods of 1986. The application of the first document – the UN Convention of 1980 – is a common practice for contracts for international sale of goods while the parties’ choice of the Hague Convention is notable. As it is known, this convention does not provide for any substantive rules but includes a certain system of choice-of-law rules that allow determining the law applicable to international sale of goods contracts.

The ICAC considered such party’s choice of the Hague Convention and ultimately refused to apply it for two reasons: firstly, the Convention did not enter into force, and secondly, neither Italy, nor Belarus Republic signed or ratified it. The following fact however should be mentioned. While the ICAC refused to apply the Hague Convention it determined subsidiary law governing the transaction. In doing so the arbitrators applied Russian choice-of-law rule (Art. 1211 of the Civil Code of the Russian Federation) prescribing application of the law of the country of the seller (law of Italy in this case). Refusing to apply the Hague Convention, the arbitrators simultaneously noted that its application would lead to the same result as did the application of the Russian choice of law rule. Thus, the non-application of the Convention chosen by the parties did not influence the arbitrators’ conclusions on that case.

The second interesting issue in this award is the application by the ICAC of the UNIDROIT Principles on its own initiative while resolving specific issues related to this case. Such application shows the ICAC’s flexible approach to the definition of the law applicable to dispute. Flexibility means in particular the readiness to apply the UNIDROIT Principles, even in the absence of reference to them by the parties in the choice-of-law clause in a situation when this is justified by the circumstances of a particular case.

Finally, it is worth highlighting that this decision demonstrates the increasing number of foreign companies' disputes submitted to the ICAC as a neutral permanent arbitration institution and, as a consequence, shows the growing popularity of the ICAC in resolving disputes without participation of a Russian party.

The award was reviewed and edited by Maria V. Radetskaya.

**Order of the ICAC at the RF CCI on Termination of Arbitral Proceedings dated 13 July 2016.
Case No. 171/2015**

This case of the ICAC is interesting for two reasons: because both parties to the dispute were individuals and because the arbitral tribunal considered in detail the issue of its own competence to hear the case. The case arose out of the claim for unjust enrichment, penalty and compensatory interest for the detention of money from the contract of conflict settlement between the owners of several corporate entities. The arbitrators came to conclusion that the disputed relations were of internal nature and did not involve participation of any foreign entities (the subjective criteria of the ICAC competence). It is worth noting that participation of a foreign company in contractual relations, but not in the dispute was correctly considered by the tribunal as not changing the nature of the dispute as being of a purely domestic nature. Moreover, the arbitrators found that parties' relations did not involve any foreign element necessary to characterize such relations as being of a foreign economic nature (an objective criteria of the ICAC competence). Respectively, the arbitrators found that they were not competent to resolve the dispute.

The award was reviewed and edited by Maria M. Demenkova.

Book Review

Michael Leathes. Review of the Book: Klaus Peter Berger "Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration"

V.A. Kochetkov. Review of the Book: E.A. Evstigneev "Mandatory and Dispositive Norms in the Law of Contract"

Facts and Events

The Meeting of the Leading Arbitration Institutions in Moscow "International Arbitration in the Spotlight: From Tokyo to New York", a conference organized by the LF Academy and Arbitration Centre at the Autonomous Non-profit Organisation "Institute of Modern Arbitration" (Russia).

Д.А. Хоцанов,

кандидат юридических наук, арбитр МКАС при ТПП РФ, член редакционной коллегии журнала «Вестник международного коммерческого арбитража»

Признание и приведение в исполнение на территории Российской Федерации иностранных судебных и арбитражных решений: избранная практика за 2015 и 2016 гг.

В конце 2014 г. в «Вестнике международного коммерческого арбитража» была опубликована статья с анализом практики российских судов по делам о признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений в 2012–2014 гг.¹ За прошедшие с тех пор два с половиной года судебная практика по данной категории дел пополнилась рядом заслуживающих внимание определений и постановлений. Следует признать, что довольно многие из них достойны весьма положительных отзывов. Вместе с тем, что вполне предсказуемо, значительное число судебных актов могут быть признаны ошибочными, содержащими некорректные утверждения и выводы или, что, к сожалению, стало встречаться все чаще, не содержащими надлежащих мотивов, по которым судьи пришли к тем или иным выводам.

В настоящей статье дается краткий анализ нескольких таких определений и постановлений, в результате вынесения которых, как правило, было отказано в признании

и приведении в исполнение решений иностранных судов и арбитражей.

В упомянутой выше публикации автора были рассмотрены акты российских судов, включая ВАС РФ, которыми в 2013 г. было отказано в признании и приведении в исполнение решений Лондонского международного третейского суда (London Court of International Arbitration (LCIA)) (далее – ЛМТС) о взыскании с ОАО «Росгазификация» в пользу его иностранных контрагентов определенных денежных сумм². Отказывая в признании и приведении в исполнение решений ЛМТС, государственные суды последовательно указывали, что признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения, которое было основано на сделке, впоследствии признанной российским судом недействительной, противоречило бы публичному порядку Российской Федерации.

Эта позиция судей осталась неизменной при рассмотрении заявления о признании и приведении в исполнение решения Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)),

¹ См.: Хоцанов Д.А. Признание и приведение в исполнение на территории Российской Федерации иностранных судебных и арбитражных решений: избранная практика за 2012–2014 гг. // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. № 2(9). С. 129–145.

² Там же. С. 139–141.

вынесенного по иску иностранной компании к ОАО «Росгазификация».

Российский ответчик, используя полюбившуюся схему, которая, как мы видим, не раз позволяла ему избежать ответственности за неисполнение обязательств перед своими зарубежными партнерами, путем предъявления его акционерами в Российской Федерации косвенного иска о признании судом спорного генерального соглашения недействительным предсказуемо добился такого признания. В итоге Арбитражный институт Торговой палаты г. Стокгольма, исходя из действительности генерального соглашения, удовлетворил заявленные истцом требования, а Арбитражный суд г. Москвы в свою очередь удовлетворил иск о признании данного соглашения недействительным, что позволило судьям этого же суда впоследствии отказать в признании и приведении в исполнение решения Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма.

Как и в 2013 г., вышестоящие инстанции полностью поддержали Арбитражный суд г. Москвы.

При рассмотрении кассационной жалобы судьи АС Московского округа определили, что суд первой инстанции, установив, что решение стокгольмского арбитража основано на договоре (генеральном соглашении), признанном недействительным российским судом, пришел к обоснованному выводу о том, что приведение в исполнение решения иностранного арбитража будет означать нарушение основ конституционного строя и существующего в Российской Федерации правопорядка, что повлечет нарушение прав иных лиц, обратившихся в суд за защитой своих прав в рамках дела о признании недействительным генерального соглашения, на судебную защиту, гарантированную ст. 46 Конституции РФ, что противоречит публичному порядку Российской Федерации. Далее АС Московского округа отметил, что признание и приведе-

ние в исполнение решения иностранного арбитража, вынесенного на основании недействительного договора, приведет к существованию на территории Российской Федерации судебных актов равной юридической силы, содержащих взаимоисключающие выводы, и, поскольку арбитражное решение вынесено на основании недействительной сделки с указанием на то, что генеральное соглашение является действительным, «данное обстоятельство является нарушением публичного порядка Российской Федерации при его исполнении» (здесь и далее курсив наш. — Д.Х.). Наконец, судьи кассационной инстанции констатировали: установив, что признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения вступает в противоречие с основами правопорядка Российской Федерации, которые предполагают добросовестность сторон, вступающих в частные правоотношения, суд первой инстанции обоснованно отказал в удовлетворении заявления о признании и приведении в исполнение решения Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма³.

Судья ВС РФ не нашла оснований для передачи жалобы на акты нижестоящих инстанций для рассмотрения в Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ, лаконично указав, что приведение в исполнение решения иностранного арбитража, исходя из основания признания договора недействительным, будет означать нарушение основ конституционного строя и существующего в Российской Федерации правопорядка, т.е. вступит в противоречие с основами публичного порядка Российской Федерации⁴.

Неудивительно, что, как и в 2013 г., судьи не сочли необходимым дать ответ на вопрос, каким конкретным образом публич-

³ Постановление АС Московского округа от 11 декабря 2015 г. № Ф05-16499/2015 по делу № А40-50778/15.

⁴ Определение ВС РФ от 11 апреля 2016 г. № 305-ЭС16-1939 по делу № А40-50778/2015.

ный порядок Российской Федерации будет нарушен в случае приведения в исполнение иностранного арбитражного решения, признающего действительным гражданско-правовой договор, который был оспорен в российском суде. При этом судьи также решили не обращать внимания на то, что арбитражное решение было вынесено ранее содержащего «взаимоисключающие выводы» решения российского суда, признавшего генеральное соглашение недействительным, которое, как следует из постановления АС Московского округа, вступило в законную силу только через пять месяцев после вынесения решения Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма.

Добавим также следующее. С одной стороны, мы понимаем, что, конечно же, далеко не каждому российскому ответчику удастся столь же легко «торпедировать» иностранное арбитражное или судебное решение, как это получается раз за разом у ОАО «Росгазификация». С другой стороны, приходится констатировать создание и поддержку на самом высоком судебном уровне очередного крайне опасного прецедента отказа в признании и приведении в исполнение иностранного решения в случае подачи акционерами российского ответчика косвенного иска и его удовлетворения российским судом.

В упомянутой статье автора было подвергнуто критике постановление ФАС Московского округа от 8 июля 2014 г. № Ф05-15649/13 по делу № А40-87194/13-68-844, оставившее без изменения определение Арбитражного суда г. Москвы от 25 марта 2014 г., в котором суд, пересмотрев по существу решение Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма, пришел к выводу, что оно нарушает основополагающие принципы законодательства Российской Федерации, и отказал в его признании и приведении в исполнение⁵.

На указанные судебные акты была подана кассационная жалоба, по результатам рассмотрения которой судья ВС РФ не нашла оснований для их пересмотра в Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ.

Согласно Определению ВС РФ⁶ суды первой и кассационной инстанций отказали в признании и принудительном исполнении решения международного коммерческого арбитража, установив, что «взыскатель не являлся законным собственником оборудования, поскольку к нему не перешло право собственности на оборудование, а, следовательно, не имел права модернизировать не принадлежащее ему оборудование и взимать за это убытки». Судья, указав, что, по ее мнению, понимается под публичным порядком Российской Федерации и что относится к его элементам⁷, констатировала, что «[п]оскольку из решения международного коммерческого арбитража следует, что покупатель оборудования (аттракциона), не став собственником спорного аттракциона и зная об этом факте, без законных оснований и уведомления собственника имущества внес значительную модификацию

⁶ Определение ВС РФ от 12 января 2015 г. № 305-ЭС14-2600 по делу № А40-87194/13-68-844.

⁷ «Под публичным порядком 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... если этими действиями наносится ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагиваются интересы больших социальных групп, нарушаются конституционные права и свободы частных лиц...

К элементам публичного порядка Российской Федерации, прежде всего, относятся принципы, нашедшие закрепление в Конституции Российской Федерации (в частности, принцип неприкосновенности собственности), среди прочего, основные начала гражданского законодательства».

⁵ См.: *Хоцанов Д.А.* Указ. соч. С. 135.

в оборудовании без контроля производителя, суды первой и кассационной инстанций пришли к верному выводу о нарушении исполнением указанного решения публичного порядка Российской Федерации (принципа защиты собственности; запрета взыскания убытков в пользу лица, не обладающего правом; запрета защиты прав лица, совершившего действия, влекущие опасность для потребителей)».

Тем самым судья ВС РФ по сути санкционировала поддержанное ФАС Московского округа абсолютно неправомерное вмешательство Арбитражного суда г. Москвы в существо разрешенного Арбитражным институтом Торговой палаты г. Стокгольма спора, несмотря на соответствующий запрет, установленный как действующим законодательством (ч. 4 ст. 243 АПК РФ), так и рекомендациями ВАС РФ (п. 4 Информационного письма № 96⁸ и п. 1 Информационного письма № 156⁹).

В августе 2016 г. АС Северо-Западного округа вынес два постановления об оставлении без изменения определений Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области, которыми было отказано в признании и приведении в исполнение решений Окружного суда г. Никосии Республики Кипр¹⁰. Несмотря на полно-

стью несовпадающие судебные составы, оба упомянутых постановления содержат практически идентичные мотивы и выводы (некоторые абзацы и вовсе дословно совпадают), которые, на наш взгляд, являются ошибочными.

Прежде всего, из текстов постановлений прямо следует, что судами проверялись по существу иностранные судебные решения. Судьи АС Северо-Западного округа отмечают, что в этих решениях не имеется сведений об основаниях возникновения у ответчика обязательства по оплате, о предмете, характере рассмотренного спора, документах, которые были представлены в подтверждение обстоятельств наличия у ответчика долга, и исходя из представленных документов у суда первой инстанции отсутствовала возможность определить, соблюдено ли иностранным судом право на судебную защиту, являющееся одним из основополагающих принципов российского права, с учетом принципов равноправия сторон, состязательности, непосредственности судебного разбирательства. Констатируя указанные факты, судьи кассационной инстанции пришли к заключению, что при таких обстоятельствах арбитражный суд первой инстанции обоснованно указал на наличие сомнений в соблюдении публичного порядка Российской Федерации. При этом суды воздержались от дачи каких-либо пояснений относительно того, в чем конкретно должно заключаться несоблюдение российского публичного порядка.

Кроме того, судьи АС Северо-Западного округа высказали ничем не аргументированное мнение о том, что «поскольку в статье 248 АПК РФ предусмотрена исключительная компетенция арбитражных судов Российской Федерации по делам с участием иностранных лиц, арбитражный суд при решении вопроса о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда *должен располагать таким решением, из со-*

⁸ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 96 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов».

⁹ Информационное письмо 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» (далее – Информационное письмо № 156).

¹⁰ Постановления АС Северо-Западного округа от 11 августа 2016 г. № Ф07-6276/2016 по делу № А56-13051/2016, от 16 августа 2016 г. № Ф07-6280/2016 по делу № А56-13465/2016.

держания которого безусловно следует, что этим решением не нарушена исключительная компетенция арбитражного суда Российской Федерации», добавив при этом, что «[н]арушение исключительной компетенции арбитражного суда Российской Федерации должно рассматриваться как нарушение публичного порядка Российской Федерации»¹¹. В этой связи лишь отметим, что ч. 1 ст. 244 АПК РФ четко разделяет такие основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений, как нарушение исключительной компетенции российского суда и противоречие исполнения решения российскому публичному порядку.

Кстати, содержание рассматриваемых постановлений также приводит к выводу о том, что суды аналогичным образом посчитали лишение стороны разбирательства возможности представить свои объяснения (доводы и доказательства) по делу нарушением публичного порядка Российской Федерации, притом что опять же ч. 1 ст. 244 АПК РФ прямо устанавливает, что ненадлежащее извещение стороны о времени и месте рассмотрения дела или невозможность по другим причинам представить в суд свои объяснения и противоречие исполнения иностранного судебного решения российскому публичному порядку являются отдельными основаниями отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений¹².

В другом деле Арбитражный суд г. Москвы также безосновательно пересмотрел по существу решение Арбитражного суда при Экономической палате Чешской Республики и Аграрной палате Чешской Республики, которым с российского ответчика были взысканы денежные средства по договору уступки.

Несмотря, в частности, на то, что этот договор был подчинен чешскому материальному праву, «[с]уд первой инстанции указал на противоречие условий договора уступки нормам главы 24 Гражданского кодекса Российской Федерации, пришел к выводу о наличии злоупотреблений со стороны Банка, уклонившегося, по мнению суда, от заключения договора обратной цессии, уступившего права требования о взыскании кредитной задолженности к заемщику, который использовал кредит не по целевому назначению, не обеспечил передачу необходимой документации цессионарию.

Также судом первой инстанции был принят довод заинтересованного лица о том, что сделка была заключена на заведомо невыгодных для него условиях, поскольку заемщик, права требования к которому были переданы заинтересованному лицу, находился на момент заключения договора уступки в предбанкротном состоянии».

Отменяя определение Арбитражного суда г. Москвы, суд кассационной инстанции в своем постановлении от 18 ноября 2015 г. разъяснил, что в соответствии с ч. 4 ст. 243 АПК РФ арбитражный суд не вправе пересматривать решение иностранного суда по существу, и обратил внимание суда первой инстанции на то, что согласно п. 1 Информационного письма № 156 оценка арбитражным судом последствий исполнения иностранного судебного или арбитражного решения на предмет нарушения публичного порядка Российской Федерации не должна вести к его пересмотру по существу. Далее АС Московского округа указал, что из текста обжалуемого опреде-

¹¹ Данный вывод также содержится в постановлении АС Северо-Западного округа от 27 июля 2016 г. № Ф07-6278/2016 по делу № А56-13477/2016.

¹² В упомянутом постановлении АС Северо-Западного округа от 27 июля 2016 г. и вовсе указывается следующее: «...суд сделал верный вывод о том, что ООО «Велтон» [ответчик по рассмотренному Окружным судом г. Никосии делу] не было уведомлено о времени и месте рассмотрения дела в иностранном суде, а участие в иностранном суде неизвестного ответчику представителя правильно расценено судом как нарушение публичного порядка Российской Федерации».

ления суда первой инстанции следует, что суд первой инстанции нормы ч. 4 ст. 243 АПК РФ и соответствующие разъяснения ВАС РФ не применил, повторно допустив пересмотр обстоятельств, связанных с обратной уступкой, которые были предметом проверки и оценки чешского арбитражного суда. И наконец, АС Московского округа установил, что выводы суда первой инстанции о нарушении публичного порядка Российской Федерации со ссылкой на злоупотребление правом со стороны истца при заключении договора уступки с ответчиком и предъявлении заявления о признании и приведении в исполнение решения чешского третейского суда также фактически направлены в нарушение ч. 4 ст. 243 АПК РФ на пересмотр третейского решения по существу¹³.

На фоне, казалось бы, сформировавшейся практики признания и приведения в исполнение российскими судами судебных решений и приказов, вынесенных на территории Великобритании¹⁴, выделяется постановление АС Северо-Западного округа от 14 ноября 2016 г. № Ф07-9292/2016 по делу № А56-27115/2016, которым было оставлено без изменения определение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области об отказе в признании и приведении в исполнение определения (приказа) Высокого суда правосудия Англии о признании российского гражданина банкротом.

Кассационная инстанция сочла правомерным вывод нижестоящего суда об отсутствии правовых оснований для признания и приведения в исполнение в России приказа английского суда, поскольку, в частности, «Российская Федерация не является стороной международных договоров по

делам о несостоятельности (банкротстве), которые обязывали бы ее признать Приказа» и «наличие оснований для признания Приказа на началах взаимности в рассматриваемом случае также не установлено» («в материалах дела отсутствуют доказательства того, что английским правосудием признаются судебные акты российских судов *о признании гражданина (подданного) Великобритании несостоятельным (банкротом) на территории Российской Федерации по нормам российского права*»).

Буквальное толкование приведенных цитат из постановления АС Северо-Западного округа дает основания предположить, что судьи и первой, и кассационной инстанции вопреки как минимум устоявшейся практике признания и приведения в исполнение в России вынесенных на территории Великобритании судебных актов могли бы признать и привести в исполнение приказ английского суда только в случае наличия специального международного договора Российской Федерации, регламентирующего отношения несостоятельности (банкротства) и прямо обязывающего суды договаривающихся стран приводить в исполнение соответствующие акты иностранных судов, либо в случае наличия прецедентов приведения в исполнение английскими судами российских судебных актов о признании на территории Российской Федерации несостоятельными (банкротами) граждан Великобритании.

В практике по-прежнему крайне часто встречаются определения и постановления, в которых суды ошибочно ссылаются на неприменимые источники права или конкретные положения законодательства.

При рассмотрении дел о признании и приведении в исполнение иностранных *судебных* решений российские государственные суды находят применимыми Конвенцию ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня

¹³ Постановление АС Московского округа от 18 ноября 2015 г. № Ф05-68/2015 по делу № А40-83447/2014.

¹⁴ См.: Хоцанов Д.А. Указ. соч. С. 130–132; см. также, в частности, постановление АС Московского округа от 28 сентября 2015 г. № Ф05-13737/2014 по делу № А40-34719/14-69-300.

1958 г.) (далее – Нью-Йоркская конвенция) и (или) Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-І «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА). И напротив, при разрешении дел о признании и приведении в исполнение иностранных *арбитражных* решений даются ссылки на нормы Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 20 марта 1992 г.) (далее – Киевское соглашение), и (или) Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 22 января 1993 г.) (далее – Минская конвенция).

Рассматривая заявление о признании и приведении в исполнение решения Специализированного межрайонного экономического суда Южно-Казахстанской области Республики Казахстан, Арбитражный суд Ростовской области исходил из того, что перечень оснований для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения содержится в том числе в ст. 36 Закона о МКА. Кассационная инстанция (АС Северо-Кавказского округа) в свою очередь не только процитировала ст. 36 Закона о МКА, но и добавила ссылку на ст. III и V Нью-Йоркской конвенции¹⁵.

Судьи Арбитражного суда г. Москвы, а вслед за ними и АС Московского округа в деле о признании и приведении в исполнение решения того же Специализированного межрайонного экономического суда Южно-Казахстанской области, а также решения Специализированного межрайонного экономического суда г. Астаны указали, что «[м]ежду Российской Федерацией и Республикой Казахстан заключено несколько международных договоров, касающихся исполнения *судебных* решений, в том числе Конвенция ООН о признании и приведении

в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 год)...»¹⁶. В другом деле вывод АС Московского округа об отсутствии оснований для отмены определения Арбитражного суда г. Москвы, которым было отказано в признании и приведении в исполнение решения Окружного суда г. Никосии (Республика Кипр), был сделан среди прочего со ссылкой на норму ст. 36 Закона о МКА¹⁷.

Определение АС Республики Дагестан о признании и приведении в исполнение решения Международного арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Республики Казахстан было мотивировано, в частности, тем, что Российская Федерация и Республика Казахстан являются участниками Киевского соглашения. При этом участие России в Нью-Йоркской конвенции судом упомянуто не было. Данное упущение было исправлено судьями кассационной инстанции, указавшими, что «[п]орядок признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений предусмотрен Нью-Йоркской конвенцией Организации Объединенных Наций от 10.06.1958 «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений»... участниками которой являются Российская Федерация (с 22.11.1960) и Казахстан (с 18.02.1996)», но в то же время отметившими, что «Российская Федерация и Республика Казахстан являются также участниками Соглашения 1992 года, в силу статьи 7 которого взаимно признают и исполняют вступившие в законную силу решения компетентных судов...»¹⁸.

¹⁵ Постановление АС Северо-Кавказского округа от 17 ноября 2015 г. № Ф08-6775/2015 по делу № А53-9581/2015.

¹⁶ Постановления АС Московского округа от 28 июля 2016 г. № Ф05-16559/2015 по делу № А40-5051/15-143-34, от 7 апреля 2016 г. № Ф05-3249/2016 по делу № А40-110118/2015.

¹⁷ Постановление АС Московского округа от 23 марта 2016 г. № Ф05-2056/2016 по делу № А40-59983/2015.

¹⁸ Постановление АС Северо-Кавказского округа от 10 февраля 2015 г. № Ф08-10018/2014 по делу № А15-2429/2014.

АС Поволжского округа отменил определение нижестоящей инстанции о признании и приведении в исполнение решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины, основываясь в том числе на положениях ст. 7–9 Киевского соглашения. Кроме того, судьями было ошибочно сделана ссылка на нормы ч. 1 ст. 244 АПК РФ, содержащей основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных (а не арбитражных (третейских)) решений¹⁹.

В постановлении от 20 сентября 2016 г.²⁰ по делу о признании и приведении в исполнение решения государственного суда Молдовы судьи АС Московского округа сначала процитировали положения Нью-Йоркской конвенции, а потом сделали вывод, что «[п]орядок признания и приведения в исполнение решений *судов иностранных государств, решений третейских судов и международных коммерческих арбитражей* установлен Конвенцией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Заключена в г. Минске 22.01.1993) и международным договором от 25.02.1993 между Российской Федерацией и Республикой Молдова о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам...»²¹.

К сожалению, приходится констатировать, что многие судебные акты, причем даже ВС РФ, не только содержат многочисленные ошибки и неточности как фактического, так и юридического характера, но и зачастую составлены таким образом, что некоторые выводы судов являются либо немотивированными в той или иной степени, либо попросту непонятными для сторон и иных лиц.

В качестве примера приведем Определение ВС РФ²², рассмотревшего заявление Литовской Республики о признании и приведении в исполнение постановления Апелляционного суда Парижа о взыскании с Правительства Калининградской области 150 тыс. евро²³. Судья ВС РФ не согласилась

лучающие законную силу и подлежащие принудительному исполнению на территории государства» и что «у судов не имелось оснований для применения положений Киевского соглашения и Минской конвенции, поскольку факт надлежащего извещения сторон о проведении третейского разбирательства необходимо проверять на основании положений Нью-Йоркской конвенции...» (Определение ВС РФ от 5 ноября 2015 г. по делу № 310-ЭС15-7374, А08-4781/2014; см. также Определение ВС РФ от 22 октября 2015 г. № 310-ЭС15-4266 по делу № А36-5174/2013). В недавнем постановлении от 1 февраля 2017 г. АС Северо-Западного округа вслед за ВС РФ также констатировал, что «[п]ризнание и приведение в исполнение на территории Российской Федерации иностранных арбитражных решений (решений иностранных третейских судов) регулируется положениями Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений... тогда как положения Киевского соглашения и Минской конвенции применимы только к вопросам взаимного признания и приведения в исполнение решений иностранных государственных (а не третейских) судов, которые правомочны принимать решения, получающие законную силу и подлежащие принудительному исполнению на территории государства» (постановление АС Северо-Западного округа от 1 февраля 2017 г. по делу № А66-3611/2016).

²² Определение ВС РФ от 19 января 2015 г. по делу № 307-ЭС14-3604, А21-9806/2013.

²³ Нижестоящие суды отказали в признании и приведении в исполнение данного постановления французского суда, которое было вынесено в связи с требованием Правительства Калининградской области

¹⁹ Постановление АС Поволжского округа от 9 сентября 2016 г. № Ф06-12227/2016 по делу № А72-2929/2016.

²⁰ Постановление АС Московского округа от 20 сентября 2016 г. № Ф05-14113/2016 по делу № А40-251865/15.

²¹ Отметим, что на ошибки судов в применении Киевского соглашения и Минской конвенции при рассмотрении дел о признании и приведении в исполнение иностранных *арбитражных* решений было обращено внимание ВС РФ, который указал, что «положения Киевского соглашения и Минской конвенции применимы только к вопросам взаимного признания и приведения в исполнение решений иностранных государственных (а не третейских) судов, которые правомочны принимать решения, по-

с позицией нижестоящих инстанций о том, что постановление иностранного суда является неокончательным (промежуточным) судебным актом, процитировала норму ГПК Франции о присуждении судебных расходов, а потом указала буквально следующее: «Однако в данной части судебный акт, предъявленный к принудительному исполнению по настоящему делу, является не соответствующим критерию правовой определенности (статья 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года): суды²⁴ не смогли установить характер и состав суммы, присужденной иностранным судом и предъявленной к взысканию».

Из предъявленного к исполнению судебного решения это сделать невозможно — применительно к указанной сумме в его тексте содержится единственная фраза: «Принимая во внимание, что Правительство Калининградской области, проигравшее дело, должно будет выплатить Литве 150 000 евро на основании статьи 700 Кодекса гражданской процедуры».

Следовательно, невозможно при осуществлении процедуры признания и приведения в исполнение судебного акта, не соответствующего критерию правовой определенности, обеспечить баланс прав сторон и проверить решение на соблюдение оснований для отказа в признании и принудительном исполнении иностранного судебного акта, в частности проверить его на соответствие критериям наличия исключительной компетенции суда места исполнения; наличия вступившего в законную силу решения суда по аналогичному требованию; противоречия исполнению ре-

шения публичному порядку государства-исполнения».

Нам сложно оценить, чего больше — абсурдного или непонятого — содержится в данных выводах судьи ВС РФ. Что подразумевается под неспособностью судов «установить характер и состав суммы», присужденной к взысканию с Правительства Калининградской области? Почему постановление иностранного суда, предусматривающее взыскание конкретной суммы судебных расходов, не соответствует критерию правовой определенности? Какой баланс прав сторон должны были обеспечить российские суды, к которым обратились с заявлением о признании и приведении в исполнение данного постановления? Что для российских судов послужило причиной невозможности проверить наличие их исключительной компетенции или факт противоречия признания и приведения в исполнение постановления французского суда российскому публичному порядку? Впрочем, зная о давно сформировавшемся и никем особо не скрываемом нежелании Российской Федерации (и, очевидно, ее субъектов и государственных органов) добровольно исполнять вынесенные против нее иностранные судебные и арбитражные решения, приведенные выводы судьи ВС РФ и общий итог рассмотрения российскими судами заявления Литовской Республики о признании и приведении в исполнение иностранного судебного акта никакого удивления не вызывают.

Как следует из постановления АС Московского округа от 11 ноября 2015 г.²⁵, некоторые российские судьи до сих пор считают, что участники международных арбитражных (третейских) процессов должны уведомляться о разбирательствах (в том числе арбитражных заседаниях) в соответствии с требованиями Конвенции о вруче-

об отмене решения Международного арбитражного суда Международной торговой палаты. Апелляционный суд Парижа оставил в силе арбитражное решение, обязав Правительство Калининградской области выплатить Литовской Республике сумму понесенных судебных расходов.

²⁴ Очевидно, имеются в виду российские суды первой и кассационной инстанций.

²⁵ Постановление АС Московского округа от 11 ноября 2015 г. № Ф05-14732/2015 по делу № А40-5286/15.

нии за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам (Гаага, 15 ноября 1965 г.) (далее – Гаагская конвенция), которая не применяется к разрешению споров международными коммерческими арбитражами. Арбитражный суд г. Москвы отказал в признании и приведении в исполнение решения Арбитражного суда при Экономической палате Чешской Республики и Аграрной палате Чешской Республики, придя к выводу об отсутствии надлежащих доказательств извещения участников процесса в порядке, установленном Гаагской конвенцией. АС Московского округа отменил определение Арбитражного суда г. Москвы, однако совсем по другой причине и без указания на ошибочность применения судом первой инстанции положений Гаагской конвенции²⁶.

²⁶ В этой связи обратим внимание на постановление АС Северо-Кавказского округа от 5 ноября 2016 г., в котором кассационная инстанция указала, что «[суд первой инстанции при рассмотрении заявления компании о признании и приведении в исполнение арбитражного решения... ошибочно руководствовался положениями Гаагской конвенции, которые применимы к вопросам взаимного признания и приведения в исполнение решений иностранных государственных судов. Признание и приведение в исполнение на территории Российской Федерации иностранных арбитражных решений (решений иностранных третейских судов) регулируется положениями Нью-Йоркской конвенции...

<...>

Таким образом, при рассмотрении заявления компании о признании и приведении в исполнение арбитражного решения... суд первой инстанции применил международный договор, не подлежащий применению (Гаагскую конвенцию). При этом суд не применил к правоотношениям сторон международный договор, подлежащий применению (Нью-Йоркскую конвенцию), регулирующий вопросы признания и приведения в исполнение на территории Российской Федерации иностранных арбитражных решений (решений иностранных третейских судов)» (постановление АС Северо-Кавказского округа от 5 ноября 2016 г. № Ф08-6640/2016 по делу № А32-1593/2016). Хотя общая правомерность данного вывода судей АС Северо-Кавказского округа не вызывает сомнений, заметим, что Гаагская

Выше были рассмотрены только акты российских судов, вынесенные по делам о признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений, которые, по нашему мнению, содержат ошибочные или как минимум спорные выводы. При этом далеко не все из заслуживающих некоторой критики определений и постановлений судов, с которыми ознакомился автор, были упомянуты в данной статье. Конечно, как отмечалось выше, в 2015 и 2016 гг. судами было вынесено и значительное количество актов, достойных положительных отзывов. Однако в целом приходится констатировать, что, во-первых, судами достаточно часто допускаются ошибки при применении соответствующих нормативных предписаний и, во-вторых, к сожалению, все чаще стали встречаться определения и постановления, которые либо не могут быть признаны в надлежащей степени мотивированными, либо составлены таким образом, что не представляется возможным понять те или иные выводы, к которым пришли судьи.

конвенция все же регулирует порядок вручения за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам, а не вопросы взаимного признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений.

Настоящая статья представляет собой ретроспективный анализ процесса становления и развития третейского разбирательства споров, связанных с экономической деятельностью, в России в XX в. Становление новой государственности после революции 1917 г. потребовало создания механизма разрешения споров, соответствующего потребностям формирующегося государства. Развитие внешних экономических связей способствовало обращению к международному коммерческому арбитражу. Современный этап связан с развитием рынков капитала, что требует специального механизма разрешения инвестиционных споров. В работе прослеживается процесс становления механизма разрешения инвестиционных споров в негосударственных юрисдикционных органах сквозь призму практики по спорам с участием компаний Lena Goldfields, NOGA, инвестора Зедельмайера (Sedlmayer). Авторы настаивают на необходимости выработки и обеспечения единых подходов к разрешению споров как в государственных, так и в негосударственных юрисдикционных органах.

Н.Г. Доронина,

доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист РФ, главный научный
сотрудник ИЗиСП при Правительстве РФ,

Н.Г. Семилютина,

доктор юридических наук, заведующая
отделом гражданского законодательства
зарубежных государств ИЗиСП
при Правительстве РФ,

М.А. Цирина,

кандидат юридических наук,
ведущий научный сотрудник ИЗиСП
при Правительстве РФ

Проблемы разрешения споров, вытекающих из экономических отношений, в современных условиях (практика негосударственных юрисдикционных органов)

1. Значение разрешения споров в негосударственных юрисдикционных органах

В настоящее время существенно возрастает значение практики разрешения споров в негосударственных юрисдикционных органах, что обуславливается факторами как внутреннего, так и внешнего

порядка. К числу так называемых внутренних факторов следует отнести прежде всего осуществление экономических реформ и преобразований в нашей стране, что повлекло изменение системы организации экономических отношений¹, которое состояло, в частности, в:

¹ С.Н. Братусь, определяя соотношение производственных отношений и правового регулирования, отмечал,

- полном отказе от плановых методов регулирования экономики;
- отказе от соответствующей плановой системы распределения материальных и финансовых ресурсов;
- объявлении полной либерализации внешнеэкономических связей и отказе от монополии государства на осуществление внешнеэкономических связей.

В числе внешних факторов следует назвать, в частности, интернационализацию и глобализацию экономического оборота, усложнение хозяйственных связей между участниками оборота. Использование достижений научно-технической революции, развитие информационных технологий способствует тому, что передача права собственности на товары постепенно вытесняется более сложными отношениями, включающими в себя обязательства по передаче прав на технологию или иных прав на объекты интеллектуальной собственности, которые составляют неотъемлемую часть предмета поставки (например, передача права собственности на партию персональных компьютеров). Отношения сторон начинают приобретать длящийся характер и не прекращаются с передачей права собственности на предмет поставки (например, поставка нередко сопровождается обязательствами по техническому и (или) гарантийному обслуживанию). Усложнение договорных связей неизбежно связано с возрастанием роли автономии воли сто-

что «материальные или производственные отношения существуют независимо от людей и выступают как результат их деятельности, направленной на поддержание своего существования. Юридические же нормы... определяют границы поведения людей или, что означает то же самое, регулируют это поведение в соответствии с интересами господствующего в данном обществе класса, воздействуя на их волю, тем самым оказывая воздействие на производственные отношения, возникающие независимо от воли людей, как объективный результат их деятельности» (*Братусь С.Н.* О роли советского права в развитии производственных отношений. М.: Знание, 1954. С. 12–13).

рон. Стороны не могут и не должны полагаться на то, что государство посредством нормативных предписаний обеспечит своевременное и адекватное урегулирование возникающих между ними правоотношений. Стороны сами стремятся упорядочить систему сложных связей в рамках заключаемых ими соглашений, формируя своего рода «сеть договоров», связанных между собой и регламентирующих целый комплекс сложившихся или складывающихся правоотношений².

² С возрастанием роли договорного регулирования, типизацией договоров в области внешнеэкономической деятельности ряд авторов связывает развитие четвертого этапа унификации договорного регулирования. «В течение первого – третьего периодов унификации права международных коммерческих контрактов свобода договора в международном обороте была локализована в рамках избираемого сторонами таких контрактов национального права. <...>

В четвертом периоде унификации право на выбор применимого права модифицируется таким образом, что от избрания национального права стороны переходят к согласованию в качестве применимых общих принципов права, Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА и т.п.» (*Вилкова Н.Г.* Договорное право в международном обороте. М: Статут, 2002. С. 227).

Интенсификация мирового хозяйственного оборота обеспечила экономический «запрос» на построение систем международных экономических контрактов, обеспечивающих долгосрочные связи между транснациональными субъектами – участниками отношений. Финансовые рынки в большей степени способствуют формированию таких систем договоров. См. подробнее: *Семилютин Н.Г.* Понятие «регулируемый рынок» и проблемы международного коммерческого арбитража // *Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А.С. Комарова; МКАС при ТПП РФ. М.: Статут, 2007. С. 407–419* (в статье предпринимается попытка дать классификацию систем договоров, сформировавшихся на рынке финансовых услуг, и анализируются проблема механизма разрешения споров и формы третейского соглашения, связывающего участников такого рода систем договоров). О договорных системах, регулирующих порядок совершения операций на рынке финансовых услуг, см. также: *Семилютин Н.Г.* Современные тенденции развития международного контрактно-

Стремительное изменение общественного уклада не могло не повлиять не только на систему регулирования экономических (производственных) отношений и на ее характер, но и на механизмы разрешения споров, возникающих между участниками таких отношений. Вступление в силу ГК РФ, часть первая которого была принята в октябре 1994 г., шаг за шагом последовательно делало «реальностью с правовой стороны» рыночные отношения — «отношения, основанные на экономической свободе и рыночной состязательности»³.

Нашедший отражение в положениях ГК РФ принцип автономии воли сторон получил продолжение в развитии механизмов разрешения споров. Одним из правовых актов, принятых в первые годы экономических преобразований, было Временное положение о третейских судах для разрешения экономических споров (утв. Постановлением Верховного Совета РФ от 24 июня 1992 г. № 3115-1) (далее — Временное положение)⁴.

го права и новые информационные технологии // Международное публичное право и международное частное право: проблемы и перспективы. Liber amicorum в честь профессора Л.Н. Галенской. СПб.: Издательский дом СПбГУ, 2007. С. 398–418; Она же. Договор как инструмент правового регулирования инвестиций // Регулирование инвестиций в международном частном праве: Материалы конференции (Москва, 30 октября 2007 г.) / Под ред. Н.Г. Дорониной. М.: Юриспруденция, 2008. С. 19–32; Она же. Глава 4. Договор как инструмент правового регулирования портфельных инвестиций // Отдельные виды обязательств в международном частном праве / Отв. ред. В.П. Звекон. М.: Статут, 2008. С. 143–164.

³ Алексеев С.С. Заметки из истории подготовки проекта. Замечания о содержании Кодекса, его значении и судьбе // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сборник памяти С.А. Хохлова / Отв. ред. А.Л. Маковский. М.: МЦФЭР, 1998. С. 41.

⁴ Следует напомнить, что третейское разбирательство в классическом понимании (не принимая во внимание по крайней мере международный коммерческий арбитраж) было известно российскому законодательству до начала экономических преобразований 90-х годов. Так, ГК РСФСР 1964 г. содержал Приложение № 3 «Положение о третейском суде», действие кото-

2. Особенности формирования отечественной практики разрешения споров, вытекающих из экономических отношений, в негосударственных юрисдикционных органах

Третейские суды в широком понимании (если не касаться возможности третейского разбирательства в рамках Приложения № 3 к ГК РСФСР 1964 г.) существовали в России до принятия указанного выше Временного положения. Однако развитие имущественных отношений в процессе экономического реформирования, проявлявшееся и выявлявшееся прежде всего через практику разрешения экономических споров, возникающих в области так называемых производственных отноше-

ного ограничивалось определением порядка разрешения споров между гражданами, за исключением споров, вытекающих из трудовых и семейных отношений (ст. 1 Приложения № 3 к ГК РСФСР 1964 г.).

Временное положение расширило круг подлежащих разрешению в третейских судах споров, определив последние как «спору, вытекающие из гражданских правоотношений, подведомственных арбитражному суду» (часть первая ст. 1 Временного положения). При этом под «арбитражным судом» понимался «государственный арбитражный суд». Из компетенции третейских судов были изъяты споры, «когда хотя бы одна из сторон находится на территории другого государства либо является предприятием, организацией с иностранными инвестициями», с оговоркой «если иное не установлено соглашением сторон» (часть вторая ст. 1 Временного положения). Таким образом, Временное положение по сравнению с Приложением № 3 к ГК РСФСР 1964 г. существенным образом расширило круг правоотношений, споры из которых могли подлежать разрешению в третейских судах, что, безусловно, было связано с проведением экономических реформ, предполагавшим, в частности, расширение действия принципа автономии воли.

Приложение № 3 и Временное положение утратили силу со вступлением в действие Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — Федеральный закон о третейских судах) (п. 2 ст. 47). В свою очередь, Федеральный закон о третейских судах утратил силу с 1 сентября 2016 г. со вступлением в действие Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

ний, привело к необходимости уточнения понятийного аппарата, механизмов и проблем, связанных с дальнейшим развитием механизмов разрешения споров.

Период работы над Федеральным законом от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон об арбитраже) считается этапом реформирования законодательства⁵ о третейском разбирательстве. «Несмотря на то, что феномен внутреннего третейского разбирательства предпринимательских споров в нашем государстве является ровесником рыночных экономических реформ, которые, как известно, начали реализовываться в первой половине 90-х годов XX века, его системное исследование и, соответственно, определение направленности развития стали происходить в конце 90-х годов двадцатого столетия»⁶. Развитие судебной практики разрешения споров в третейских судах и взаимодействия третейских судов с государственными судебными органами в связи с третейским разрешением споров имело как положительные, так и отрицательные результаты. Это позволило накопить опыт, необходимый для осмысления регулирования и выработки предложений по его законодательному совершенствованию. «В период с 2006 по 2014 гг. Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации сформировал практику, целью которой было противостояние недобросовестным третейским судам. Однако, как это часто

случается, «благими намерениями оказалась вымощена дорога в ад». Высший Арбитражный Суд Российской Федерации взвалил на себя бремя чуть ли не тотального контроля за деятельностью третейских судов. Одним из направлений такой деятельности стало фактическое замещение законодателя, поскольку ВАС РФ стал плодить новые нормы, на основании которых можно было бы контролировать деятельность третейских судов»⁷.

Представляется интересным то обстоятельство, что исторически государственные арбитражные суды имеют внутри себя корни третейского разбирательства. В частности, в соответствии с Декретом ВЦИК, СНК РСФСР от 21 сентября 1922 г., утвердившим Положение о порядке разрешения имущественных споров между государственными учреждениями и предприятиями (далее – Положение 1922 г.)⁸, «[и]мущественные споры между государственными учреждениями и предприятиями разрешаются Арбитражными Комиссиями, действующими на основании сего Положения в центре при Совете Труда и Обороне и на местах при Областных Экономических Совещаниях, поскольку эти споры согласно общим законам не разрешаются внутри ведомства» (ст. 1). Порядок формирования комиссий определялся ст. 2 применительно к Высшей Арбитражной Комиссии, которая «образуется в составе председателя, назначаемого Советом Труда и Обороне по представлению Народного Комиссариата Юстиции, и двух членов непосредственно назначаемых Советом Труда и Обороне. В соответственном порядке назначаются: заместитель председателя и заместители членов Комиссии». Статья 3 Положения 1922 г. определяла порядок формирования областных комиссий: «Арбитражные комиссии при областных экономических совещаниях образуются в со-

⁵ См. подробнее: *Севастьянов Г.В.* Третейская реформа в России: хронология основных событий и специфика содержания // Третейский суд. 2015. № 5 (101). С. 5–31.

⁶ *Скворцов О.Ю.* Основные тенденции развития третейского разбирательства в России (доктрина, законодательство, реформа, судебная практика третейских судов, образование, саморегулирование) // Третейский суд. 2015. № 4 (100). С. 23 (доступно в Интернете по адресу: <https://shop.americanbar.org/PersonifyImages/ProductFiles/187204082/Dev.DomesticArbitration-combo.pdf>).

⁷ *Скворцов О.Ю.* Указ. соч. С. 30.

⁸ <https://www.lawmix.ru/sssr/17800>

стве председателя, назначаемого Советом Труда и Оборона по представлению Народного Комиссариата Юстиция, и 2-х членов, назначаемых областными экономическими совещаниями». Компетенция комиссий определялась преимущественно по субъектному составу споров. К компетенции Высшей Арбитражной Комиссии было отнесено в том числе «а) разрешение споров, в коих хотя бы одной из сторон является центральное учреждение; б) споры между учреждениями или предприятиями различных губерний, если губернии эти не входят в состав одной автономной Республики или области» (ст. 4 Положения 1922 г.). Основанием для разрешения спора являлось письменное исковое заявление учреждения или предприятия, считающего свои права нарушенными (ст. 5 Положения 1922 г.). Согласно стороны, предположительно являющейся нарушившей или нарушающей права, предполагалось исходя из принадлежности к категории «государственного учреждения или предприятия». Согласно ст. 8 Положения 1922 г. слушание дела должно было происходить «с применением начала состязательного процесса. Истец обязан доказать свой иск, а ответчик свои возражения. Однако, арбитражная комиссия в праве, в случае необходимости, по собственному почину собирать доказательства». При этом «[с]пособы проверки и оценка доказательств всецело предоставляются усмотрению арбитражной комиссии» (ст. 9 Положения 1922 г.). Таким образом, исторически производство в арбитражных комиссиях обладало определенными чертами третейского разбирательства, которые затем постепенно⁹, путем последовательной трансформа-

ции позволили преобразовать комиссии в систему государственных экономических судов, сохранявших в качестве своего рода рудимента наименование арбитражных судов, уже не имевших с третейским разрешением споров ничего общего, кроме названия «арбитражный».

По мере развития третейских судов и дальнейшей реализации экономических реформ, начавшихся в начале 90-х годов, а также интенсификации контактов с зарубежными контрагентами стала неизбежно проявляться путаница в используемых понятиях и терминах «арбитраж», «арбитражное разбирательство» и т.п.¹⁰ В то же время проведение экономических реформ

миссий за счет включения в нее, в частности, споров по вопросам налогообложения, протестам по векселям (т.е. не имеющих договорной природы). Система комиссий обрела черты системы судопроизводства благодаря введению инстанций, судебного надзора и кассационно-ревизионного пересмотра решений. Согласно п. 10 Положения 1925 г. «[п]ри постановлении решений арбитражная комиссия разрешает спор о праве, руководствуясь действующими законами и общими началами Советского законодательства, а также экономической политики Советской власти, при чем может, принимая в соображение общегосударственные интересы, постановить:

- а) об отсрочке или рассрочке исполнения обязательства;
- б) о замене предмета исполнения другим предметом или денежным эквивалентом;
- в) в исключительных случаях о полном или частичном освобождении от обязательства или ответственности» (курсив наш. – Н.Д., Н.С., М.Ц.).

Предоставленное арбитражным комиссиям полномочие, руководствуясь соображениями общегосударственных интересов, освобождать сторону от ответственности приближает их уже не столько к судебным органам, сколько к органам государственного управления.

¹⁰ См., например: *Berg A.J. van den. Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia. Case Comment on Court of Amsterdam, April 28, 2009* // Journal of International Arbitration. 2010. Vol. 27. Issue 2. P. 179–198; *Dorolina N.G., Semilyutina N.G. Understanding Origins and Roots of the “Russian Arbitration”* // Russian Law: Theory and Practice. 2015. No. 2. P. 67–81; *Бойченко А.Н. Разрешение споров в современном коммерческом обороте: проблема использования терминов «арбитраж» и «арбитражный суд» в контексте действующего российского законодательства* // Журнал российского права. 2016. № 10. С. 157–165 (доступно

⁹ Постепенная эволюция началась уже спустя почти три года с принятием Декрета ВЦИК, СНК РСФСР от 12 января 1925 г., утвердившего Положение об арбитражных комиссиях по разрешению имущественных споров между государственными учреждениями и предприятиями РСФСР. (<http://bestpravo.com/sssr/eh-gosudarstvo/x4w.htm>) (далее – Положение 1925 г.). В нем была расширена компетенция арбитражных ко-

продемонстрировало склонность участников рыночных отношений к саморегулированию, использованию принципа автономии воли и свободы договора, в том числе и для урегулирования споров и конфликтных ситуаций. «Естественно, что в любом государстве на характер и содержание законодательных новелл, касающихся третейского суда, оказывает влияние общий уровень экономического развития этих стран, действующее законодательство, сложившееся в местных судах отношение к частной юрисдикции по разрешению коммерческих споров, общие исторические традиции, уровень общей правовой культуры третейского разбирательства»¹¹. Отчасти это может быть объяснено общим подходом к регулированию экономических отношений: при сохранении планово-административного регулирования участники экономической жизни заключали договоры, направленные на реализацию плана. «В СССР было признано полезным сохранять в обобществленном секторе такой технический инструмент, как договор. Но в этом проявляется скорее стремление обеспечить хорошее административное управление, чем желание за-

крепить за руководителями предприятий определенную свободу действий»¹². Такой подход, возможно, предопределил традиционное недоверие государственных юрисдикционных органов к третейскому разрешению споров, основанному исключительно на принципе свободы договора, что, в свою очередь, породило продолжительную и плодотворную дискуссию в процессе реформирования третейских судов. При этом практика разрешения споров в третейских судах (включая международный коммерческий арбитраж), взаимодействия третейских органов с органами государственного правосудия давала новые основания и аргументы для сторон в дискуссии.

Новое законодательство, в частности п. 1 ст. 11 ГК РФ, предусмотрело, что «[з]ащиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд, третейский суд (далее – суд)». Тем самым государственные и частные юрисдикционные органы оказались по существу уравненными в полномочиях по защите нарушенных или оспоренных гражданских прав. Таким образом, в число юрисдикционных органов надлежит включать как государственные, так и негосударственные юрисдикционные органы, и в частности третейские суды, которые стали формироваться практически одновременно с началом экономических реформ¹³. Следует заметить, что путь раз-

в Интернете по адресу: <http://jrnorma.ru/articles/article-1675.pdf?1501568032>.

На терминологическую путаницу в использовании понятий «арбитраж», «арбитражное производство» обращалось внимание и в заключении Государственно-правового управления Президента РФ на законопроект, подготовленный Минюстом России в 2014 г. (см.: Заключение Государственно-правового управления Президента Российской Федерации // Третейский суд. 2014. № 4 (94). С. 76–79).

Определенная путаница, а возможно, и сознательное смещение понятий допускаются и в международных договорах, подготовленных в рамках СНГ, и впоследствии в Договоре о Евразийском экономическом союзе (ЕАЭС) (Астана, 29 мая 2014 г.). Так, Приложение № 2 к Договору, утвердившее Статут Суда ЕАЭС, допускает возбуждение производства в Суде как по заявлению государства – члена ЕАЭС, так и по заявлению хозяйствующего субъекта, участника имущественных отношений, субъекта частного права.

¹¹ Комаров А.С. Некоторые заметки в связи с реформой российского законодательства о третейском суде // Третейский суд. 2015. № 4 (100). С. 20.

¹² Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. М: Междунар. отношения, 2009. С. 160.

¹³ Некоторые авторы к числу юрисдикционных органов относят исключительно органы государственного правосудия. «В ряде случаев дела, отнесенные к ведению арбитражных судов, могут разрешаться другими органами, например третейскими судами, в том числе международными коммерческими арбитражами, органами административной юрисдикции. Однако деятельность указанных органов по разрешению правовых конфликтов не является правосудием и не может лишить заинтересованных лиц пра-

вития третейского разбирательства в зарубежных странах был также тернист¹⁴, пре-

ва на обращение в арбитражный суд за защитой» (Арбитражный процесс: Учебник / Под ред. В.В. Яркова. М.: Юристъ, 1998. С. 45 (автор гл. 3 – В.В. Ярков)). Данное утверждение некорректно, поскольку в один ряд поставлены третейские суды, включая международный коммерческий арбитраж, и органы административной юстиции. Такой подход, во-первых, игнорирует существо перечисленных видов правосудия и не позволяет выделить особенности, характеризующие соответствующий вид. Во-вторых, низведение третейского разбирательства до уровня претензионного порядка не соответствует ни его природе, ни его значению, ни действующему регулированию – как национальному, так и международному. Неверным по существу является утверждение о том, что «деятельность третейских судов не является правосудием, а третейское разбирательство – судебным процессом. Такая деятельность по своей природе – форма частного правоприменения, основанная на соглашении сторон. В конечном счете решения третейских судов в той или иной степени подконтрольны арбитражным судам при решении вопросов о выдаче исполнительных листов ко взысканию» (там же). Изложенная позиция не соответствует регулированию деятельности как третейских судов, так и международного коммерческого арбитража. И российское законодательство, и международное регулирование (например, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже) основываются на признании пророгационного эффекта арбитражного соглашения. Иными словами, наличие арбитражного соглашения является основанием для того, чтобы государственный юрисдикционный орган (как, впрочем, и любой другой орган) отказался принимать к рассмотрению по существу спор, в отношении которого стороны договорились о его разрешении в третейском суде или международном коммерческом арбитраже. Кроме того, принудительное исполнение решения третейского суда (или международного коммерческого арбитража) осуществляется путем выдачи исполнительного листа (на что указывается в приведенной цитате), однако государственный суд вправе либо выдать исполнительный лист, либо отказать в выдаче листа, оставив решение без исполнения. Однако государственный суд не вправе пересматривать решение по существу. Таким образом, предположение о подконтрольности третейских судов государственному арбитражу через выдачу исполнительных листов представляется преувеличением, не отражающим существо регулирования. Например, опыт римского правосудия свидетельствует о том, что правосудие частное и государственное развивались параллельно и при этом каждая из этих ветвей так или иначе способствовала развитию другой.

¹⁴ Так, в Великобритании до принятия Закона об арбитраже 1996 г. (Arbitration Act 1996) государственные суды обладали практически неограниченными воз-

жде чем была образована обширная сеть авторитетных третейских судов, составив-

можностями для вмешательства (отмены или отказа в исполнении) в решения третейских судов (см, в частности: *Mustill M.J., Boyd St.C. Commercial Arbitration*. 2nd ed. Butterworths, 1989. P. 5–6). С.Н. Лебедев в начале 60-х годов XX в. высказывался более осторожно: «Несмотря на принципиальное признание допустимости приведения в исполнение в Англии иностранного арбитражного решения... и несмотря на отсутствие указаний в судебной практике о необходимости перепроверки такого решения по существу для придания ему исполнительной силы, за рамками этих самых общих установок условия признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений по действующему английскому праву с его предельной казуистичностью нельзя признать установившимися» (*Лебедев С.Н. Основные вопросы исполнения иностранных арбитражных решений: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1962. С. 10*).

Необходимость эффективного конкурирования с иностранными правовыми порядками побудила Великобританию, во-первых, изменить законодательство, приняв новый и более либеральный по отношению к третейским судам Закон 1996 г., а во-вторых, в принципе изменить отношение (прежде всего на уровне правовой доктрины) к третейскому разбирательству вообще и международному коммерческому арбитражу в частности. Знаковой является, например, следующая публикация: *Clow R., Stewart P. International Arbitration: Storming the Citadels // International and Financial Law Review (IFLR)*. 1990. Vol. 9. March. Примечательно, что в качестве примера успешной конкуренции в борьбе за адьюдикацию в статье приводится пример Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)), существенно увеличившего количество рассматриваемых споров. Отмечая, в частности, перенос именно в Стокгольм коммерческого спора о строительстве здания посольства США в Москве, авторы пишут: «Стокгольм обладает значительным авторитетом при рассмотрении торговых споров между контрагентами из Западной и Восточной Европы» (*Ibid.* P. 30).

В США в течение определенного времени возможность обращения к третейскому разбирательству, особенно в областях, связанных с привлечением инвестиций, также находилась под вопросом. В частности, ставилось под сомнение соответствие Конституции США действительности самого третейского соглашения, ограничивавшего право на доступ к правосудию. Такой подход постепенно преодолевался серией прецедентов, допускавших обязательность третейского соглашения. В числе ведущих следует назвать дела *Wilko v. Swan* (346 U.S. 427 (1953)), *Sherson/American Express, Inc. v. McMahon* (482 U.S. 220 (1987)) и др. (см. подробнее: *Ferrara R.C., Ertel D. Beyond Arbitration: Designing Alternatives to Securities Litigation*. Butterworth Legal Pub., 1991. P. 12–30).

ших разумную, более экономичную альтернативу государственным судам и при этом эффективно взаимодействующих с последними. Эффективное взаимодействие и взаимопонимание негосударственных и государственных юрисдикционных органов позволяет обеспечивать единство правоприменительной практики и ее предсказуемость для участников экономического оборота.

В России процесс формирования системы третейского разбирательства тоже был противоречив и прошел через несколько этапов развития. Так, переход к новому этапу реформирования третейских судов (после того как Временное положение было заменено Федеральным законом о третейских судах) эксперты связывают как с внутренними, так и с внешними факторами. К числу внешних факторов относят, прежде всего, принятие в 2006 г. дополнений к Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, содержащих новеллы, направленные на укрепление взаимодействия между третейскими судами (международным коммерческим арбитражем) и государственными судами. «Тем самым возникла необходимость гармонизации новых международных стандартов арбитражного на национальном уровне»¹⁵. Вторым фактором, побудившим к реформированию в области третейского разбирательства, стало несовершенство принятого в 2002 г. Федерального закона о третейских судах, содержащего в себе «лакуны, которыми не преминули воспользоваться недобросовестные «организаторы» постоянно действующих третейских судов. Речь идет о мимикрии под государственные суды, которые встречаются в наименованиях и регламентах отдельных центров третейского разбирательства, что

дает им возможность откровенно манипулировать действиями сторон, а иногда и злоупотреблять несуществующими возможностями по исполнению решений самим третейским судом. К борьбе с этими злоупотреблениями действующее в нашей стране третейское законодательство оказалось не готовым, поскольку реальных рычагов воздействия на лиц, злоупотребляющих третейским разбирательством, в нем попросту не оказалось»¹⁶. В результате в декабре 2015 г. был принят новый Федеральный закон об арбитраже, вступивший в силу с 1 сентября 2016 г. Его принятию предшествовало длительное обсуждение в профессиональном сообществе. «Видимо, сложившееся в практике ВАС РФ недоверие к отечественному третейскому разбирательству не позволяло отказаться от идеи «повышенного контроля» за третейским разбирательством со стороны компетентного суда, пусть даже вырабатываемые в деятельности государственных арбитражных судов формы контроля не имели аналогов в мировой практике или не соответствовали правовой природе третейского разбирательства»¹⁷.

Причиной столь длительного и обстоятельного обсуждения стала, вероятно, большая приверженность государственных арбитражных судов к административно-командным методам управления: помимо обязанности разрешать споры они выполняли и регулирующие функции путем издания так называемых «инструктивных указаний государственного арбитража»¹⁸.

¹⁶ Там же.

¹⁷ Там же. С. 23.

¹⁸ Так, по мнению одного из экспертов, «определенной трудностью в применении российскими государственными судами нового для них законодательства о третейском суде было то, что часто подлежавшие применению российские законодательные нормы, регулировавшие статус и процедуру третейского суда, не были сформулированы достаточно детально. В большей части они отражали

¹⁵ Севастьянов Г.В. Третейская реформа в России: хронология основных событий и специфика содержания. С. 6.

«...Снежный ком, запущенный «с горы» ВАС РФ, постепенно превратился в лавину, которая чуть было не оставила под собой не только корпоративные третейские суды, которые почему-то «окрестили» «карманными», но и третейские суды при торгово-промышленных палатах»¹⁹. В связи с так называемыми «карманными судами» сложно было бы обратиться и к опыту зарубежных государств, в том числе и известных своим критическим отношением к институту третейского разбирательства на начальных этапах своего развития²⁰. Однако впоследствии экономическое развитие, развитие предпринимательства, с одной стороны, форм и методов разрешения споров – с другой, заставило государства изменить свое отношение к третейскому разбирательству, что постепенно привело к симбиозу частных юрисдикционных органов и государства²¹.

общие принципы «естественного правосудия», выработанные в результате продолжительной практики в зарубежных правовых системах. В то же время принцип состязательности в системе разрешения хозяйственных споров в рамках централизованной экономики в предшествующие годы не работал в полной мере, не говоря уже о том, что в рамках планового народного хозяйства сама по себе эта система выполняла не столько юрисдикционные, сколько административные функции» (Комаров А.С. Указ. соч. С. 18).

¹⁹ Севастьянов Г.В. Третейская реформа в России: хронология основных событий и специфика содержания. С. 24.

²⁰ См. выше, сн. 14.

²¹ Одной из современных тенденций в развитии третейского разбирательства в зарубежных странах является постепенное усиление взаимодействия государственных органов и частных третейских судов. Примером может служить механизм разрешения споров, созданный Ассоциацией профессиональных участников на финансовом рынке, – FINRA (Financial Industry Regulatory Authority) (см. подробнее: Семилютин Н.Г. Корпоративные споры и развитие альтернативных механизмов разрешения споров // Журнал российского права. 2015. № 2. С. 112–127 (доступно в Интернете по адресу: <http://jrnprnorma.ru/articles/article-1305.pdf?1504943165>)).

Вмешательство КС РФ²² позволило со-

²² Наиболее значимым является постановление 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). Обращаясь в КС РФ, ВАС РФ стремился устранить сомнения относительно правомерности разрешения споров, предметом которых является недвижимое имущество, в порядке третейского разбирательства. В итоге в Постановлении № 10-П была определена общая принципиальная позиция со стороны государственных судов по отношению к частному третейскому правосудию.

Так, по мнению КС РФ, «[п]о смыслу статей 10, 11 (часть 1), 118 (часть 1) и 124–128 Конституции Российской Федерации и Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 года № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации», третейские суды не осуществляют государственную (судебную) власть и не входят в судебную систему Российской Федерации, состоящую из государственных судов. Это, однако, не означает, что Конституция Российской Федерации исключает тем самым возможность разрешения гражданско-правовых споров между частными лицами в процедуре третейского разбирательства посредством третейских судов, действующих в качестве институтов гражданского общества, наделенных публично значимыми функциями». Таким образом, «[п]редоставление 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» (п. 2 Постановления № 10-П).

Учитывая изложенное, КС РФ делает вывод о том, что «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 по-

хранить третейское разбирательство как институт гражданского общества и неотъемлемый элемент экономических реформ. Практика КС РФ, с одной стороны, и развитие третейского разбирательства (международного коммерческого арбитража) — с другой, способствовали становлению частного правосудия в нашей стране как составной части судебной системы. Результатом развития судебной практики стало признание того факта, что **«[р]ешение арбитража, третейского суда — это акт правосудия, основанный на воле сторон передать свой спор в коммерческий арбитраж, акт, который разрешает спор по существу, устанавливает меру правоты сторон спора, в том числе с позиции применимого законодательства конкретной страны или принципов международного частного права, либо исходя из принципов разумности и добросовестности.**

... По своей юридической природе арбитражное решение мало чем отличается от аналогичных решений государственного,

рождает 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» (п. 3.2 Постановления № 10-П) (курсив наш. — Н.Д., Н.С., М.Ц.).

Благодаря Постановлению № 10-П были определены место третейских (арбитражных) судов в системе российских юрисдикционных органов и принципы взаимодействия таких судов с органами государственного правосудия, основанные на нормах Конституции и действующего законодательства.

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 статьи 3 статьи 233 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» выражена позиция КС РФ в отношении идеи так называемой «объективной беспристрастности».

иностранного и иных судов, поскольку обладает всеми основными характеристиками судебного решения»²³ (выделение в оригинале. — Н.Д., Н.С., М.Ц.). В самом деле, после процедуры признания, выдачи исполнительного листа арбитражное решение (решение третейского суда) носит общеобязательный характер и мало чем отличается от решения судебного органа. Благодаря правовой связи государственных и негосударственных юрисдикционных органов, обеспечиваемой в том числе через правила процедуры разрешения споров и порядок принудительного исполнения решений негосударственных юрисдикционных органов, возможно и необходимо сформировать эффективно работающую единую систему правосудия, которая является понятной и предсказуемой для участников производственных отношений и имущественного оборота. Таким образом, понимание судебной практики следует расширить по сравнению с определением, выработанным советской правовой наукой, которая определяла судебную практику как «деятельность судов по применению законов при разрешении спорных, подлежащих их компетенции ситуаций и использованию опыта и результатов этой деятельности в надлежащем осуществлении правосудия»²⁴, и ее роль в обеспечении единообразного применения судами законов должна определяться с учетом частной негосударственной судебной практики²⁵. Следует заметить, что

²³ *Грешников И.П.* Обход права и отсутствие здравого смысла как основные начала законодательства в области третейского разбирательства в России // Третейский суд. 2015. № 5. С. 38.

²⁴ *Братусь С.Н.* Предисловие // Судебная практика в советской правовой системе / Отв. ред. С.Н. Братусь. М.: Юрид. лит., 1975. С. 3.

²⁵ Следует привести ремарку С.Н. Братуся относительно роли судебной практики: «Разумеется, это единообразие должно соответствовать истинному смыслу и содержанию закона, способствовать укреплению социалистической законности, а не отсту-

постановка проблемы таким образом разделяется не всеми авторами, однако лишь благодаря правовой связи государственных и негосударственных юрисдикционных органов, обеспечиваемой благодаря правилам процедуры разрешения споров и порядку принудительного исполнения решений негосударственных юрисдикционных органов, возможно сформировать эффективно работающую, конкурентоспособную отечественную систему правосудия, обеспечивающую защиту национальных интересов и интересов российских предпринимателей.

пять от нее, чем иногда грешила судебная практика» (*Братусь С.Н.* Предисловие. С. 6). В то же время развитие частных юрисдикционных органов создало предпосылки для формирования идеи так называемого «частного процессуального права». «Важным обстоятельством и несомненным положительным моментом первой реформы третейского разбирательства было ее проведение «снизу»... и завершение одновременно с обновлением процессуального законодательства... что обеспечило комплексное развитие и публичного, и частного права» (*Севастьянов Г.В.* Третейская реформа в России: хронология основных событий и специфика содержания. С. 6; см также: *Он же.* Правовая природа третейского разбирательства как института альтернативного разрешения споров (частного процессуального права). СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд»; М.: Статут, 2015. С. 12–86).

Данная идея представляется плодотворной, но несколько преждевременной. Представляются обоснованными критические замечания, высказанные в адрес указанной концепции частного процессуального права, «поскольку она не учитывает таких важных аспектов третейского разбирательства, как материально-правовые аспекты, а также вопросов, связанных с оспариванием решений третейских судов и их принудительного исполнения государственными судами. Сведение института третейского разбирательства исключительно к процессуальному праву, хотя и частному, недооценивает значение третейского соглашения как договорного акта частных лиц и игнорирует получившее признание в теории гражданского права выделение наряду с регулятивными охранительных правоотношений как механизма обеспечения субъективных частных прав» (*Скворцов О.Ю.* Указ. соч. С. 25).

3. Практика международного коммерческого арбитража (третейских судов) по разрешению споров во внешнеэкономической деятельности

Обращение к опыту российской государственности показывает, что наибольшее распространение третейское разбирательство получило в реформенной России в области внешнеэкономических связей. Данная область постепенно приобретала все большее значение после событий 1917 г.²⁶ не только с точки зрения формирования отечественного подхода к защите национальных экономических интересов, но и в смысле оказания влияния на международную практику создания нового мирового экономического порядка²⁷.

²⁶ Как известно, «[в] 1917 году в России начался грандиозный исторический эксперимент по созданию коммунистического общества, во многом оказавшийся успешным. Одновременно становилось все более очевидным, что самые соблазнительные идеалы коммунистического проекта практически невыполнимы, а те, которые оказались выполнимыми, порождали негативные последствия, не предусмотренные в проекте» (*Зиновьев А.А.* Русская трагедия // *Зиновьев А.А.* Несостоявшийся проект. Распутье. Русская трагедия. М: АСТ; Астрель; Владимир: ВКТ, 2011. С. 295).

²⁷ Именно «[б]лагодаря революции страна совершила беспрецедентный рывок вперед во всех отношениях – в социальном, хозяйственном, культурном, образовательном и т.д. Успех был настолько ошеломляющим для всей планеты, что Россия стала соблазнительным примером для многих народов. Это напугало Запад, и он с первых дней существования русского коммунизма вел упорную борьбу против него.

Революция принесла разочарование, обнаружив неосуществимость целого ряда обещаний коммунистов. А с другой – она принесла с собой нечто большее, чем то, что от нее ожидали. Русские люди, во всяком случае, не рассчитывали на такой стремительный прогресс. И главным завоеванием явились социальные права и гарантии для подавляющего большинства населения – гарантии работы, образования, обучения, медицинского обслуживания, отдыха, пенсии, т.е. удовлетворения основных жизненных потребностей. Революция породила также и непредвиденные последствия, которые на пер-

Такие подходы и практика формировались, во-первых, через отстаивание российской позиции в иностранных государственных судах. «Признание со стороны иностранных государств наших законов об отмене частной собственности на орудия и средства производства неразрывно было связано с признанием за рубежом нашей социалистической системы собственности»²⁸. Данное признание имело огромное значение не только для России. Прецедентность защиты российской позиции состоит также и в том, что благодаря такому признанию стало возможно признание законов о национализации, принимавшихся в развивающихся странах после Второй мировой войны. Таким образом, действия Советского государства имели большое значение для регулирования имущественных отношений как в самой России (СССР), так и в зарубежных странах. «После длительных колебаний суды буржуазных стран пришли к тому, что право собственности Советского государства на национализированное имущество в этих случаях должно быть признано»²⁹. Впоследствии признание права государства на национализацию иностранной собственности при определенных условиях стало одним из принципов международного регулирования³⁰. В качестве примеров реше-

ний иностранных судов, касавшихся права государства на национализацию, можно, в частности, указать:

- решение Высшего суда Англии от 12 мая 1921 г. по делу «Акционерное общество А.М. Лютер против Джемса Сэгора и К^о»,
- решение Высшего суда Англии от 28 февраля – 21 марта 1929 г. по делу бывшей «княгини Палей против Вейса» (в котором истица заявила требование о виндикации некоторых произведений искусства, национализированных и проданных на экспорт ответчику);
- решение федерального суда по южному округу штата Нью-Йорк от 5 июня 1931 г. по делу о советском золоте, вывезенном в США Госбанком СССР и депонированном в двух нью-йоркских банках; на это золото заявил претензии Банк Франции и др.³¹

В решении германского суда по делу Лепке 1928 г. подчеркивается, что применительно к национализации речь идет не о применении мер карательного характера, а о «тех общих декретах СССР о национализации, целью которых является проведение существующей в России в настоящее время формы хозяйства»³².

Первый опыт построения новой системы хозяйствования, новой системы правоотношений субъектов, находящихся по

вых порах еще воспринимались как пережитки прошлого, а с годами все более давали о себе знать как неизбежные спутники коммунизма» (Зиновьев А.А. Русская трагедия. С. 301).

²⁸ Лунц Л.А. Международное частное право. М.: Юридиздат МЮ СССР, 1949. С. 198.

²⁹ Там же. С. 200.

³⁰ Так, в конце 50-х – начале 60-х годов XX в. завоевавшие независимость молодые государства во исполнение своего суверенитета над природными богатствами осуществляли национализации иностранной собственности на своей территории. Эти действия стали причиной дискуссии в рамках ГА ООН, результатом которой стало принятие:

– Резолюции ГА ООН 1803 (XVII) от 14 декабря 1962 г. «Неотъемлемый суверенитет над естественными ресурсами», предусматривающей, что национали-

зация, экспроприация или реквизиция будут осуществляться в общественных интересах;

– Резолюции ГА ООН 3201 (S-VI) от 1 мая 1974 г., утвердившей Декларацию об установлении нового международного экономического порядка (НМЭП), которая содержит признание права на национализацию при условии выплаты соответствующей компенсации.

См. подробнее: Norton P.M. A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation // American Journal of International Law (AJIL). 1991. Vol. 85. No. 3. P. 474–505.

³¹ Приводится по: Лунц Л.А. Международное частное право. С. 200.

³² Цит. по: Там же. С. 201.

отношению друг к другу в равном положении, оказал большое влияние на область международных публично-правовых отношений, закрепив право государства на выбор способа организации хозяйствования и регулирования имущественного правопорядка на своей территории. «...Признание экстерриториального действия советских законов о национализации в приведенных решениях обосновывается:

а) тем, что права собственности Советского государства, приобретенные в пределах его юрисдикции, могут обсуждаться лишь на основании советских законов;

б) что какая-либо «проверка» законности действий Советского правительства была бы нарушением иммунитета суверенного государства;

в) что правовая сила законов о национализации не может быть умалена путем применения оговорки о публичном порядке;

г) что квалификация советских законов как «карательных» (уголовно-правовых) актов (не могущих получить действие за пределами СССР) означает извращение действительной природы этих актов»³³.

Следует признать, что обращение к юрисдикции иностранных судов имело вынужденный характер и было связано с нарушением имущественных интересов Российского государства за рубежом. В том, что касается экономического сотрудничества, государство стремилось использовать механизм третейского разбирательства, обращаясь к третейским органам разрешения споров. В числе таких органов следует назвать Гаагскую постоянную палату третейского суда (*Cour permanente d'arbitrage*), учрежденную Первой мирной конференцией 1899 г., и Гаагскую постоянную палату международного правосудия (*Cour permanente de justice internationale*). Такие суды «могут служить органами для разрешения споров, вытека-

ющих из договоров, заключенных частными лицами (иностранными гражданами) с государством»³⁴.

Однако споры, вытекающие из правоотношений между участниками имущественного оборота, не являющимися государствами, подлежали разрешению «третейскими судами, предназначенными разрешать споры по гражданским и торговым делам между гражданами и предприятиями различных государств, [которыми] являются лишь те суды, в которых споры рассматриваются по инициативе и при участии самих заинтересованных сторон, на началах, приближающихся к производству в третейских судах, действующих в пределах одного государства»³⁵.

Разбирательство спора между близкой к банкротству английской компанией *Lena Goldfields*, инициированное ей против Советского государства в феврале 1930 г. на основании арбитражной оговорки о разрешении спора арбитражем *ad hoc*, оказало большое влияние не только на развитие международного коммерческого арбитража за пределами СССР³⁶, но и на разви-

³⁴ *Вормс А.* Третейские суды по торговым и другим гражданским делам в советско-германском торговом обороте // Советское право. 1926. № 4 (22). С. 3.

³⁵ Там же. С. 4.

³⁶ Концессионное соглашение, заключенное между *Lena Goldfields* и Советским государством, предусматривало разрешение споров арбитражем, подлежащим формированию сторонами в случае возникновения спора (арбитражем *ad hoc*). Соглашение, заключенное в 1925 г., предоставляло право английской компании разрабатывать те золотые месторождения, которые она разрабатывала до момента их изъятия в 1918 г. на основании решения Российского государства. Спор возник по причине отказа британской компании производить работы в соответствии с соглашением. Компания ссылалась на отсутствие условий для производства работ. Спустя три месяца после начала разбирательства Советский Союз, предъявивший встречный иск, заявил о прекращении своего участия в нем. В результате в сентябре 1930 г. разбирательство завершилось вынесением решения, подписанного двумя из трех арбитров, присуждавшего английской компании весьма значительную сумму компенсации, подлежащей взысканию с государства. Дело *Lena Goldfields* продолжает привлекать внима-

³³ *Лунц Л.А.* Международное частное право. С. 201–202.

тие системы разрешения внешнеэкономических споров в самом СССР, побудив к созданию собственного внешнеторгового арбитража.

Учрежденная на основании Постановления ЦИК и СНК от 17 июня 1932 г. «О Внешне-торговой арбитражной комиссии при Всесоюзной торговой палате» Внешнеторговая арбитражная комиссия (далее – ВТАК) являлась постоянно действующим третейским судом для рассмотрения споров, возникающих из сделок по внешней торговле³⁷. Как указывали экспер-

ные спустя более чем 65 лет после своего завершения тем, что оно, во-первых, было связано с национализацией иностранной собственности без выплаты компенсации в 1918 г.; во-вторых, с прекращением концессионного соглашения в 1929 г.; в-третьих, с отказом признать решение арбитража в пользу английской компании в 1930 г. и, наконец, в-четвертых, с отказом от уплаты присужденной арбитражем суммы компенсации. Советский Союз никогда не признавал решение по делу *Lena Goldfields*, однако в результате дипломатических переговоров согласился уплатить символическую сумму. Тем не менее данное дело до сих пор продолжает оказывать влияние на развитие современного международного коммерческого арбитража благодаря выдвиганию несколько важных новаторских идей, не теряющих актуальности до сих пор: 1) применению норм, не имеющих связи с какой либо национальной системой, – «общих принципов права»; 2) праву большинства арбитров проводить разбирательство и принимать решение в отсутствие меньшинства (одного арбитра) и, наконец, 3) принципу «компетенции-компетенции» (*Kompetenz-Kompetenz*), т.е. праву арбитража признавать себя компетентным разрешать спор, вытекающему из автономности арбитражного соглашения (см.: *Veeder V.V. The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of the Three Ideas // International & Comparative Law Quarterly (ICLQ)*. 1998. Vol. 47. Issue 4. P. 747; см. также: *Вудер В.В.* Советско-американский арбитражный процесс Гарримана: Ллойд Джордж, Ленин и каннибалы // *Международный коммерческий арбитраж*. 2005. № 2. С. 92–108; № 3. С. 66–78; *Nussbaum A. Arbitration between the Lena Goldfields, Ltd. and the Soviet Government // Cornell Law Review*. 1950. Vol. 36. No. 1. P. 31–53 (доступно в Интернете по адресу: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1582&context=clr>).

³⁷ *Ландау Б.А.* Введение // *Внешнеторговый арбитраж в СССР / Всесоюзная торговая палата*. М.; Л.: Внешторгиздат, 1933 (приводится по: *Международный коммерческий арбитраж: Опыт отечественного регулирования / саморегулирования. 80 лет МКАС при ТПП РФ: 1932–2012: Сборник избранных научных,*

ты, учреждая ВТАК, Россия стремилась перенести рассмотрение споров из внешнеэкономических связей на свою территорию³⁸. Обеспечение соответствия разбирательства международным стандартам рассматривалось как необходимое условие подобного переноса места разрешения споров. Следует заметить, что деятельность ВТАК (как, впрочем, и МКАС при ТПП РФ) заслужила позитивной оценки, в том числе и у зарубежных специалистов³⁹. Со времени своего учреждения в 1932 г. до 2011 г. в рамках ВТАК (ныне – МКАС при ТПП РФ⁴⁰) было рассмотрено свыше 8 тыс. коммерческих споров⁴¹. Безусловным преимуществом международного коммерческого ар-

нормативных, архивных, аналитических и иных материалов. Т. I / Сост. и науч. ред. А.И. Муранов. М.: Статут, 2012. С. 152).

³⁸ *Гоцхбарг А.Г.* Перенос арбитража в СССР // *Внешняя торговля*. 1936. № 9–10. С. 1–2; см. также: *Ватенберг И.С., Рамзайцев Д.Ф., Шнейдман М.И.* Внешнеторговый арбитраж / Всесоюзная торговая палата. М.: Междунар. кн., 1941. С. 3, 5. Согласно Л.А. Лунцу, «[п]еренесению из-за границы в СССР арбитражного разбирательства споров по внешней торговле способствовал рост экономической и политической мощи Советского Союза» (*Лунц Л.А.* Международное частное право. С. 358).

³⁹ См., например: *Rashba E.S.* Settlement of Disputes in Commercial Dealings with the Soviet Union // *Columbia Law Review*. 1945. Vol. 45. No. 4. P. 551; *Pisar S.* The Communist System of Foreign-Trade Adjudication // *Harvard Law Review*. 1959. Vol. 72. No. 8. P. 1480; *Larkin E.M.* The Effect of Communism on International Trade Arbitration in the Soviet Union // *The George Washington Law Review*. 1965. Vol. 33. No. 3. P. 733–739.

⁴⁰ Речь идет о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, являющемся правопреемником арбитражного суда при ТПП СССР, учрежденного в 1932 г. (см. п. 4 Положения о МКАС при ТПП РФ, являющегося Приложением I к Закону РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (в ред. до 1 сентября 2016 г.) (Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1240)).

⁴¹ *Международный коммерческий арбитраж: Опыт отечественного регулирования / саморегулирования. 80 лет МКАС при ТПП РФ: 1932–2012: Сборник избранных научных, нормативных, архивных, аналитических и иных материалов. Т. I / Сост. и науч. ред. А.И. Муранов. С. 30.*

битража является сравнительно простой по сравнению с государственными юрисдикционными органами порядок признания и приведения в исполнение принятых им решений за рубежом⁴².

Быстрая либерализация внешнеэкономической деятельности и параллельное бурное реформирование экономики способствовали стремлению увязать в той или иной форме свои правоотношения с иностранными правовыми порядками. Одной из форм такого увязывания стало и перенесение разбирательства споров за пределы РФ. Этому не могло не способствовать противоречивое отношение национальных государственных юрисдикционных органов к третейскому разбирательству вообще, о чем писалось выше, а в ряде случаев — к международному коммерческому арбитражу в частности.

Принятие в 1958 г. Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) (далее — Нью-Йоркская конвенция), а также увеличение числа ее участников⁴³ способствовало распространению международного коммерческого арбитража и его развитию (совершенствованию процедур разрешения споров, повышению уровня прозрачности) и, как следствие, росту уровня доверия к нему.

Как уже отмечалось выше, к началу экономических реформ 90-х годов XX в. рос-

сийский коммерческий арбитраж вначале в лице ВТАК, а затем и МКАС при ТПП РФ подтвердил сложившуюся репутацию как в России, так и за ее пределами. Принудительное исполнение решений иностранных арбитражных судов в соответствии с положениями Нью-Йоркской конвенции осуществлялось судами общей юрисдикции. Так продолжалось до вступления в действие АПК РФ 2002 г., предусматривавшего передачу полномочий, связанных с исполнением решений как третейских судов, так и международного коммерческого арбитража государственным арбитражным судам. Смена компетенции государственных юрисдикционных органов в части обеспечения исполнения решений частных (негосударственных) юрисдикционных органов вызвала противоречивые отзывы. С одной стороны, принятие нового АПК РФ восполнило пробелы, связанные с процедурой исполнения или оспаривания решений третейских (арбитражных) судов, устанавливая порядок рассмотрения ходатайств об отмене арбитражных решений. «Важной законодательной новеллой, хотя напрямую и не связанной с международным коммерческим арбитражем, но имеющей непосредственное к нему отношение, явилось устранение новым российским процессуальным законодательством существовавшего ранее различия в подходах к возможности вмешательства государственных судов в споры, подлежащие разрешению во внутренних третейских судах с одной стороны, и в международных третейских судах — с другой»⁴⁴. Вместе с тем ряд экспертов связывали такую передачу с началом кампании «борьбы за юрисдикцию»⁴⁵.

⁴² Идея обеспечения сравнительно быстрого и простого порядка исполнения решений органов международного коммерческого арбитража давно искала способа реализации. Так, в качестве первого опыта следует назвать Конвенцию о приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Женева, 26 сентября 1927 г.), которая впоследствии была заменена эффективно действующей в настоящее время Нью-Йоркской конвенцией (см. подробнее: *Лебедев С.Н.* Указ. соч. С. 14).

⁴³ В настоящее время в Нью-Йоркской конвенции участвуют 157 государств. О практике применения Нью-Йоркской конвенции на территории России см. также: *Карабельников Б.Р.* Исполнение решений международных коммерческих арбитражей: Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. М.: ИД ФБК-ПРЕСС, 2003.

⁴⁴ *Жильцов А.Н.* Оспаривание решений международных коммерческих арбитражей в соответствии с российским законодательством // *Международный коммерческий арбитраж.* 2005. № 1. С. 5.

⁴⁵ См. подробнее: *Муранов А.И.* Исполнение иностранных судебных и арбитражных решений: компетенция российских судов. М.: Юридический дом «Юстицинформ», 2002. С. 11.

В результате несогласованности и противоречивости внутренней экономической политики государства, а также стремления отдельных «бизнесменов» выйти за пределы национальной (российской) юрисдикции, в том числе путем искусственной привязки к иностранному правопорядку, появилось значительное число споров, «перенесенных» в различные органы за рубежом. Одни из них относились к негосударственной (частной) юрисдикции (речь идет об органах зарубежного коммерческого арбитража), другие — к числу иностранных государственных судебных органов или международных юрисдикционных органов (например, Европейский суд по правам человека (далее — ЕСПЧ))⁴⁶. Отсутствие единой позиции, единой концепции взаимодействия между частными и государственными юрисдикционными органами, а также защиты в зарубежных судах и арбитражах привело к проблемам, связанным с защитой как интересов отдельных предпринимателей за рубежом, так и государственных интересов в целом⁴⁷.

Проблема усугублялась нестабильностью отечественной практики в отношении приведения в исполнение решений международного коммерческого арбитража, развитием дискуссии по поводу проблемы арбитрабельности корпоративных

споров⁴⁸, действительности отдельных видов арбитражных оговорок и других проблем, ставящих под сомнение возможность исполнения решений национального коммерческого арбитража (третейского суда) за рубежом⁴⁹.

Механизмы защиты интересов российских предпринимателей в иностран-

⁴⁶ «...Любому бизнесмену предпочтительно по общему правилу обращаться не в иностранный, а в отечественный арбитраж, (но из этого правила бывают многие исключения, в том числе обусловленные не вполне верно понятыми идеями, чему примером служит хотя бы российская бизнес-практика за последние 20 лет, во многом вызванная недоверием бизнеса к государству, а также не вполне адекватной политикой российских властей и некомпетентностью государственных судов)» (Международный коммерческий арбитраж: Опыт отечественного регулирования / саморегулирования. 80 лет МКАС при ТПП РФ: 1932–2012: Сборник избранных научных, нормативных, архивных, аналитических и иных материалов. Т. 1 / Сост. и науч. ред. А.И. Муранов. С. 44).

⁴⁷ Плахов А.В. Готова ли Россия судиться в международных судах и трибуналах? // Третейский суд. 2015. № 1. С. 46–59.

⁴⁸ По проблеме арбитрабельности корпоративных споров см., например: *Балеевских Л.С.* Арбитрабельность корпоративных споров: конституционно-правовой аспект // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 2(6). С. 10–26. Наиболее известным примером при рассмотрении данной проблемы, на наш взгляд, следует считать так называемое «дело Максимова», неоднократно упоминавшееся в литературе и практике. См.: решение МКАС при ТПП РФ от 31 марта 2011 г. по делу № 244/2009 (по иску Н.В. Максимова к ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» о взыскании 15 818 312 029,47 руб. и по встречному иску ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат» к Н.В. Максимова о взыскании 5 893 336 856,35 руб.); определение Арбитражного суда г. Москвы от 28 июня 2011 г. по делу № А40-35844/11-69-311; постановление ФАС Московского округа от 10 октября 2011 г. по тому же делу; Определение ВАС РФ от 30 января 2012 № ВАС-15384/11 об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ. Дело также рассматривалось и в КС РФ, который Определением от 17 июля 2012 г. № 1488-О отказал в рассмотрении жалобы Н.В. Максимова. См. также: *Куделич Е.А.* Арбитрабельность в поисках баланса между частной автономией и публичным порядком // Закон. 2014. № 4. С. 103; *Коновалова Н.В., Агальцова М.В.* Арбитрабельность споров из акционерных соглашений // Закон. 2014. № 4. С. 112–113; *Семилютин Н.Г.* Корпоративные споры и развитие альтернативных механизмов разрешения споров. С. 114–115. В связи с рассмотрением проблемы арбитрабельности корпоративных споров следует отметить, что в ряде государств такие споры признаны неарбитрабельными. Речь идет, в частности, об Украине, где Высший Хозяйственный Суд, а также Закон от 5 марта 2009 г. № 1076-VI признали корпоративные споры неарбитрабельными. См об этом: *Chernych Y.* Arbitrability of Corporate Disputes in Ukraine // Journal of International Arbitration. 2009. Vol. 26. Issue 5. P. 745–749.

⁴⁹ *Berg A.J. van den.* Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia. *Case Comment on Court of Appeal of Amsterdam, April 28, 2009; Idem.* Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia. *Case Comment on Dutch Supreme Court of 25 June 2010* // Journal of International Arbitration. 2011. Vol. 28. Issue 6. P. 617–641.

ных государственных юрисдикционных органах и иностранных третейских судах различны, что проявляется, в частности, в способах исполнения решений государственных судов и международных коммерческих арбитражей⁵⁰. Безусловно, принятие Нью-Йоркской конвенции существенно облегчило исполнение как иностранных арбитражных решений в России, так и российских международных арбитражных решений за рубежом. Вместе с тем развитие и расширение практики поставило целый ряд проблем, связанных с толкованием отдельных аспектов принудительно-го исполнения.

В числе таких проблем следует назвать, в частности, проблему конкуренции юрисдикций, проблему, вытекающую из юрисдикционного иммунитета государства при рассмотрении спора в коммерческом арбитраже. Применительно к Российской Федерации следует напомнить о нескольких делах, рассмотренных в зарубежных юрисдикционных органах, связанных с проводившимися в 90-х годах экономическими реформами. Так, в споре по иску швейцарской компании Нóга (Noga Export & Import SA) истец заявил требования к Российской Федерации на основании двух соглашений, предусматривавших поставку товаров народного потребления в обмен на поставку нефти. Контракты содержали арбитражное соглашение о разрешении спора в Арбитражном институте при Торговой палате г. Стокгольма, который удовлетворил требования истца в размере 27 млн долл. США. Россия отказалась исполнять решения арбитража, ссылаясь на иммунитет государства. Компания «Нóга», получив решение

Стокгольмского окружного суда, пыталась добиться его принудительного исполнения и обращения взыскания на российское государственное имущество. В частности, по требованию компании был арестован учебный парусник «Седов», находившийся с визитом во Франции; истребители были вынуждены досрочно покинуть авиасалон в Ле-Бурже⁵¹.

Аналогичная ситуация возникла в связи с делом гражданина ФРГ Зедельмайера, который предъявил к России иск на основании российско-германского договора о взаимной защите капиталовложений, потребовав 235 млн долл. США плюс проценты в возмещение «экспроприиро-

⁵¹ Вопросы, связанные с рассмотрением спора с компанией «Нóга», нашли отражение даже в российской прессе (но не в специальной литературе) (см., в частности: Одной «Ногой» в долговой яме // Новая газета. 2002. 29–31 июля. № 54). Комментируя ситуацию с исками компании «Нóга», адвокат российской стороны, доктор юридических наук И.В. Зенкин обратил внимание на следующее: «Дело «Нóги» – своего рода наследие «мрачного прошлого», когда рыночное мышление в России только формировалось. Необходимо привлечь к юридической борьбе лучших правоведов нашего государства. Если в Стокгольме арбитражный суд проигран полностью, то во Франции остается надежда выиграть кассацию. Теоретически исполнительный лист можно аннулировать. На мой взгляд, необходимо в кратчайшие сроки создать межведомственную комиссию под непосредственным контролем Президента РФ. Требуется провести независимый анализ проделанной по линии Минфина работы с момента возникновения конфликта. Оценить шансы и любым способом попытаться спасти ситуацию, то есть имидж России. Вовсе не обязательно забирать ведение этого юридического дела у той юридической фирмы, которую когда-то наняло Министерство финансов. Просто в государственных интересах необходимо поставить под контроль предлагаемой межведомственной комиссии всю юридическую деятельность по спору с фирмой «Нóга»» (Кто отрубит «Нóгу»? // РГ. 2002. 7 июня). В самом деле, как представляется, одной из причин конфликта с фирмой «Нóга», возможно, стали и просчеты при юридико-техническом оформлении отношений. Однако из спора с этой фирмой не было извлечено уроков и не был проведен профессиональный анализ возникшей ситуации, что оказало и продолжает оказывать негативное влияние на развитие последующих событий.

⁵⁰ 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. С. 287–288.

ванного Россией имущества»⁵². Споры, возникшие в связи с ликвидацией компании ЮКОС, по существу завершают череду судебных разбирательств по искам лиц частного права к государству — Российской Федерации. Напомним, что первым таким процессом является дело по иску компании *Lena Goldfields*⁵³.

Анализ данных споров, рассмотренных в негосударственных юрисдикционных органах, позволяет выявить некоторые закономерности, которые, на наш взгляд, оказывают негативное влияние на последующую практику. Во-первых, как представляется, причиной возникновения указанных споров стала, скорее всего, недостаточная проработка материально-правовых норм соответствующего договора, что впоследствии создало проблемы при рассмотрении дела. Второй аспект связан с некоторой кулуарностью обсуждения правовых проблем, связанных с данными разбирательствами. Под кулуарностью

здесь понимается определенная закрытость описания обстоятельств дела, а также аргументации, обосновывающей правовую позицию каждой из спорящих сторон, процессуальных шагов и действий, предпринимавшихся сторонами⁵⁴. Отсутствие широкого профессионального обсуждения специалистами действий сторон не позволяет сформулировать доктринальные положения и рекомендации, позволяющие избежать ошибок в дальнейшем. В конечном итоге такой подход не способствует защите интересов и государства в целом. Наконец, в-третьих (на что обращалось внимание еще при анализе спора с компанией «Нóга»⁵⁵), привлечение иностранных консультантов и безоговорочное подчинение мнению зарубежных специалистов в части защиты интересов нашего государства вызывает сомнения и препятствует формированию единой (в смысле непротиворечивости) и обоснованной правовой позиции российского государства.

В целом же нельзя не признать того, что развитие третейского разбирательства способствует интенсификации юридических дискуссий вообще и формированию правовой доктрины в частности. Таким образом,

⁵² Изложение решений по данному делу см.: Mr. Franz Sedelmayer (Germany) v. The Russian Federation: Two Decisions by Germany's Supreme Court. Observations by Hilmar Raeschke-Kessler // *Stockholm International Arbitration Review*. 2006. Issue 1. P. 71–99. Касясь неудавшихся попыток Зедельмайера взыскать с России выигранные суммы через германские суды, Х. Решке-Кесслер (H. Raeschke-Kessler) утверждает, что Россия в международной торговле предпочитает «позицию силы, а не права» (Ibid. P. 97), повторяя мысль, высказанную И.В. Зенкиным, относительно репутационных рисков, связанных с отсутствием внятного и профессионального изложения и анализа позиции России по делам о взыскании сумм с государства. См. также: *Fouret J., Daureu P. Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation. Enforcement of the Yukos Awards: A Second Noga Saga or a New Sedelmayer Fight?* // *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*. 2015. Vol. 30. No. 2. P. 336–344 (доступно в Интернете по адресу: <http://www.bettoseraglini.com/wp-content/uploads/2015/04/Yukos-Enforcement-ICSID-Review.pdf>) (в приведенной статье, посвященной делу ЮКОСа, показателен подзаголовок: «Принудительное исполнение решений по делу ЮКОСа: вторая saga о Нóга или новый бой Зедельмайера?»).

⁵³ См. выше, сн. 36 (концессионное соглашение, заключенное с *Lena Goldfields*).

⁵⁴ Конфиденциальность традиционно считается одним из достоинств третейского разбирательства, позволяющим сторонам в том числе сохранять лицо. Однако, с другой стороны, раскрытие юридических аспектов и практики третейских судов может предупредить стороны от ошибок в будущем. С учетом этого многие суды раскрывают правовые обстоятельства рассматривавшихся споров. Кроме того, применительно к инвестиционным спорам практикуется противоположный подход: юрисдикционные органы, разрешающие инвестиционные споры (например, Международный центр по урегулированию инвестиционных споров), публикуют решения в полном объеме (о практике МЦУИС см. разд. 4 настоящей статьи). Следует также обратить внимание на то, что Резолюцией ГА ООН 69/116 от 10 декабря 2014 г. была принята Конвенция ООН о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров.

⁵⁵ См. выше, сн. 51.

развивая так называемое негосударственное правосудие, государство способствует формированию гражданского общества, а косвенно — формированию адекватной, направленной на защиту интересов государства правовой доктрины.

4. Особенности практики разрешения инвестиционных споров

Практика разрешения инвестиционных споров выходит за рамки действия исключительно национальной системы права, так как речь идет преимущественно о защите иностранных инвестиций. Справедливый и объективный механизм разрешения инвестиционных споров рассматривается в качестве гарантии, предоставляемой иностранному инвестору принимающим государством.

Способность принимающего государства обеспечить объективное, непредвзятое и незаинтересованное разбирательство спора в рамках национальных государственных юрисдикционных органов всегда вызывала сомнения у потенциальных инвесторов. Данное обстоятельство традиционно побуждало частных иностранных инвесторов тем или иным способом уйти от юрисдикции национальных судов принимающего государства⁵⁶. Одна-

ко это было возможно, когда решение выносилось судом, не находящимся в рамках юрисдикции принимающего государства, а компетенция суда при этом основывалась на международном соглашении. Соответственно, вынесенное таким образом называемым «международным» судом решение становилось обязательным для обеих сторон, участвующих в споре.

Вне зависимости от отношения российского (советского) государства к процедуре международного коммерческого арбитража, опыт обращения к этому институту в первой половине XX в. продемонстрировал не только преимущества, но и пределы эффективности его применения в рассмотрении инвестиционных споров. Даже в условиях формирования эффективного глобального механизма обеспечения принудительного исполнения арбитражных решений (в рамках Нью-Йоркской конвенции) исполнимость решений продолжала вызывать вопросы. Стремление гарантировать исполнимость решений, принятых с соблюдением традиций третейского (арбитражного) разбирательства применительно к инвестиционным спорам, побудило заинтересованные государства (прежде всего экспортеров капитала) сформировать механизм, сочетающий в себе как элементы традиционного коммерческого арбитража, так и элементы международной системы защиты инвесторов, основанной на международно-договорном обязательстве государства подчиниться юрисдикции международного третейского суда. Создан-

⁵⁶ В качестве примера попытки ухода от национальной юрисдикции можно привести спор, рассмотренный в Международном суде в Гааге, который был связан с национализацией немецкой фабрики в Хожуве (см.: *Factory at Chorzów (Germ. v. Pol.)*, 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 17 (Sept. 13) (http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.09.13_chorzow1.htm)). Международно-правовой (публичный) характер спора и, соответственно, компетенция международного суда вытекали из того обстоятельства, что произведенная Польшей национализация частного предприятия, принадлежащего германским предпринимателям, не соответствовала Конвенции о Верхней Силезии от 15 мая 1922 г. Германия, выступавшая в качестве истца, требовала признания действий Польши незаконными. Признав действия Польши, следствием которых была экспроприация предприятия, принадлежащего германским предпринимателям,

нарушающими упомянутую Конвенцию, Суд присудил выплату «реституции имуществом или, если это невозможно, денежной компенсации в размере, соответствующем стоимости имущества». Решение по делу фабрики в Хожуве имеет значение и для современных споров, поскольку в рамках данного решения Международного суда были сформулированы критерии и принципы возмещения, выплачиваемого частному инвестору, в случае национализации имущества принимающим государством. См. подробнее: *Norton P.M.* Op. cit. P. 476.

ный механизм был призван обеспечить исполнение решения, принятого в процессе третейского разбирательства.

Ключевую роль в международно-правовом механизме защиты инвестиций играет Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (International Centre for the Investment Disputes (ICSID)) (далее – МЦУИС), учрежденный на основании Конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами (Вашингтон, 18 марта 1965 г.) (далее – Вашингтонская конвенция). МЦУИС является частью международного механизма разрешения инвестиционных споров, элементами которого также являются:

- международные двусторонние соглашения о поощрении и защите капиталовложений (Bilateral Investment Treaties (BITs)) (далее – ДИС)⁵⁷;
- иные международные договоры, предусматривающие разрешение споров в соответствии с Вашингтонской конвенцией в МЦУИС⁵⁸.

Будучи основанным на международном соглашении – Вашингтонской конвенции, МЦУИС занимает особое положение в системе негосударственных юрисдикционных органов: с одной стороны, правовой основой деятельности МЦУИС является международный договор, обязывающий участвующие в нем государства; с другой стороны, механизм, предложенный в рамках Вашингтонской конвенции, обладает всеми чертами международного третейского разбирательства – коммерческого арбитража. Особенностью международного третейского суда МЦУИС является механизм исполнения его решений, вытекающий из ст. 26 Вашингтонской конвенции. В соответствии с этой статьей согласие сторон о передаче МЦУИС спора для разрешения методом арбитража означает, если не предусмотрено иного, отказ от использования других средств разрешения споров, а также обязательство государства-участника исполнить решение МЦУИС, как если бы это было решение высшего судебного органа данного государства⁵⁹.

⁵⁷ Постановлением Правительства РФ от 9 июня 2001 г. № 456 «О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений» (далее – Постановление № 456) была утверждено Типовое соглашение, которое содержало условие (ст. 8), определяющее порядок разрешения споров между Договаривающейся стороной и инвестором другой Договаривающейся стороны. Этот порядок допускал в том числе возможность обращения к МЦУИС. Постановление № 456 было признано утратившим силу Постановлением Правительства РФ от 30 сентября 2016 г. № 992 «О заключении международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций» (далее – Постановление № 992). В отличие от Постановления № 456, Постановление № 992 не содержит какой-либо типовой формы или типовых положений для включения в соглашения о защите капиталовложений, формулируя общие принципы поощрения и защиты инвестиций.

⁵⁸ К числу такого рода «иных договоров» можно отнести, например, Соглашение о Североамериканской зоне свободной торговли (North American Free Trade

Agreement (NAFTA)) (17 декабря 1992 г.) (далее – НАФТА), Договор к Энергетической Хартии (Energy Charter Treaty (ECT)) (Лиссабон, 17 декабря 1994 г.) (далее – ДЭХ), Конвенцию об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (МИГА) (Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)) (Сеул, 11 октября 1985 г.) (далее – Сеульская конвенция) и др. Касаясь многосторонних и региональных соглашений, предусматривающих в том числе разрешение споров в МЦУИС, Дж.М. Гертцфельд обращал внимание на то, что проблемы, возникающие в связи с использованием предусмотренного ими механизма разрешения споров, в принципе, схожи с проблемами, возникающими в связи с применением ДИС (см.: *Гертцфельд Дж.М. О некоторых основополагающих вопросах, рассматриваемых в ходе арбитражей по двусторонним инвестиционным договорам // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 4. С. 29.*

⁵⁹ Придание решениям МЦУИС особой по сравнению с иными решениями международного коммерческого арбитража силы, не требующей применения, например, положений Нью-Йоркской конвенции, дало основания надеяться на то, что МЦУИС обеспечит надлежащую защиту иностранных инвесто-

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

В Российской Федерации отношение к системе международно-правовой защиты инвестиций в связи с разрешением инвестиционных споров нельзя назвать однозначно одобрительным. Об этом свидетельствует отказ России ратифицировать Вашингтонскую конвенцию, подпи-

санную ею еще в 1991 г. Основанием этому служит позиция, занимаемая некоторыми юристами-международниками, что институт международного коммерческого арбитража вполне справляется с задачей разрешения конфликтов, вытекающих из экономических, в том числе и инвестиционных, отношений. Это не помешало, однако, предусмотреть в Типовом двустороннем соглашении о защите инвестиций⁶⁰ норму о том, что спор между государством и инвестором другого государства по выбору инвестора может быть передан на рассмотрение в компетентный суд или арбитраж Договаривающейся Стороны, на территории которого осуществлены капиталовложения, либо в арбитражный суд *ad hoc* в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, либо в МЦУИС, созданный в соответствии с Вашингтонской конвенцией, для разрешения спора в соответствии с ее положениями (при условии, что она вступила в силу для обеих Договаривающихся Сторон) или в соответствии с Дополнительными правилами МЦУИС (в случае, если Вашингтонская конвенция не вступила в силу для обеих или одной из Договаривающихся Сторон).

ДИС появились после Второй мировой войны в практике международных отношений между промышленно развитыми и развивающимися государствами. Первое такое соглашение было подписано ФРГ и Пакистаном в 1959 г. Сейчас уже насчитывается более 3 тыс. ДИС⁶¹, что дает основание некоторым авторам утверждать, что в международном праве сформировалось обычное право, основанное на практике заключения ДИС⁶². Другие авторы го-

ров. Попытка Международного банка реконструкции и развития (МБРР) создать многостороннюю международную конвенцию по защите иностранной собственности в 1960 г. не увенчалась успехом (см. об этом, например: *Schwarzenberg G. Foreign Investments and International Law. Stevens & Sons, 1969; Lord Shawcross. The Problems of Foreign Investments in International Law // Recueil des cours – Collected Courses. Academie de Droit International de la Haye Vol. 102 (1961). P. 334.*

Практика пошла по пути разработки ДИС, а также многосторонних конвенций, в которых решались отдельные конкретные проблемы защиты капиталовложений. Помимо Вашингтонской была разработана другая многосторонняя конвенция – Сеульская конвенция. Следует заметить, что Россия не только подписала, но и ратифицировала Сеульскую конвенцию, однако условием вступления ее в действие для данного государства-участника является вступление для него в силу Вашингтонской конвенции.

⁶⁰ Речь идет о тексте Типового соглашения, утвержденного Постановлением № 456 (см. выше, сн. 57).

⁶¹ *Investment Promotion and Protection Treaties / ICSID. Oceana Pub., 1983.*

⁶² *Mann F.A. British Treaties for the Promotion and Protection of Investments // British Yearbook of International Law (BYBIL). 1981. Vol. 52. Issue 1. P. 241.*

воят о формировании в международном праве на основе двусторонних и многосторонних соглашений о защите иностранных инвестиций *lex specialis*, отличной от общих положений международного права. По их словам, «нормы, выраженные в двусторонних и многосторонних договорах о защите иностранных инвестиций, отражают согласие многих государств по вопросам общего характера и являются общепринятыми нормами международного права»⁶³. Это мнение было высказано арбитрами в деле *AAPL v. Sri Lanka*, решение по которому было основано на противопоставлении норм соглашения между Великобританией и Шри-Ланкой общепринятым нормам международного права⁶⁴.

Существует также и другая оценка соглашений о защите иностранных инвестиций. Например, ряд авторов полагает, что ДИС являются соглашениями между экономически неравными сторонами, так как эти соглашения составляют практику международного экономического сотрудничества лишь между промышленно развитыми и развивающимися странами⁶⁵. В качестве доказательства неравноправности сторон приводится то, что ни одно такое соглашение не содержит твердого обязательства промышленно развитого государства обеспечить вложение капитала в определенном объеме, хотя его подписание для развивающегося государства имеет целью привле-

чение иностранного капитала⁶⁶. Как указывает М. Сорнараджа, «в своем стремлении привлечь иностранный капитал развивающиеся государства ограничивают свой суверенитет, соглашаясь с тем, что разрешение споров, связанных с иностранными инвестициями, будет проводиться международно-правовыми средствами и на основе норм международного права»⁶⁷. Отсутствие правильного соотношения между обязательствами промышленно развитых и развивающихся стран в международном соглашении о защите иностранных инвестиций и составляет основание неравноправности положения сторон в международном соглашении. «Если предположить, что в международном праве существует доктрина о неравноправности международных договоров, то она может быть применена к международным соглашениям о защите иностранных инвестиций»⁶⁸.

Различное отношение к ДИС, высказанное в зарубежной литературе, заставляет нас занять сдержанную позицию в отношении признания за ними особой роли в формировании норм так называемого «международного экономического права». В то же время нельзя не признать, что эти соглашения имеют большое значение для экономического сотрудничества при регулировании двусторонних отношений между государствами по вопросам инвестиций. Значение ДИС состоит в применении конкретных норм при решении проблем защиты иностранных инвестиций. Нормы ДИС, как показывает приведенная ниже практика МЦУИС, обладают прямым действием. Эти соглашения рассматриваются также в качестве источника правового регулиро-

⁶³ Цит. по: *Sornarajah M. The International Law on Foreign Investment. Cambridge University Press, 1994. P. 227.*

⁶⁴ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. The Republic of Sri Lanka, Final Award of 27 June 1990 in Case No. ARB/87/3 // Yearbook of Commercial Arbitration. 1992. Vol. XVII. P. 106.*

⁶⁵ *Akinsanya A. International Protection of Direct Foreign Investments in the Third World. // International & Comparative Law Quarterly. 1987. Vol. 36. Issue 1. P. 58; Asante S.K.B. Chapter 31. International Law and Investments // International Law: Achievements and Prospects / M. Bedjaoui (ed.). Part I. Martinus Nijhoff Pub., 1991. P. 667.*

⁶⁶ См.: *Gunawardana A. de Z., Alvarez J.E. The Inception and Growth of Bilateral Investment Promotion and Protection Treaties // Proceedings of the American Society of International Law. 1992. Vol. 86. P. 552 (Remarks by J.E. Alvarez).*

⁶⁷ *Sornarajah M. Op. cit. P. 225.*

⁶⁸ *Ibid. P. 228.*

вания иностранных инвестиций лицами участвующих в них государств⁶⁹.

В 80-е годы в США был разработан Типовой (модельный) договор о защите иностранных инвестиций, который имеет силу закона и является основой для заключения США ДИС⁷⁰. По законодательству США, отсутствие ДИС с тем или иным государством может являться основанием для того, чтобы применять ограничительные меры в экономических и политических отношениях с соответствующим государством. По крайней мере отсутствие такого соглашения может являться основанием для отказа в предоставлении помощи по разработанной программе оказания помощи развивающимся государствам⁷¹.

В рамках проводимого анализа судебной практики следует заметить, что постоянно растущее число ДИС объясняется не столько тем, что они занимают важное место в международно-правовом механизме защиты инвестиций. Международной судебной практикой разрешения инвестиционных споров им отводится роль арбитражного соглашения, как если бы речь шла об условиях гражданско-правового договора государства с инвестором. В результате такого толкования участие государства в ДИС

рассматривается как заранее выраженное согласие этого государства на подчинение спора МЦУИС независимо от конкретных обстоятельств его возникновения и контрактных обязательств участников спора.

В части формирования современной доктрины и судебной практики разрешения инвестиционных споров представляется необходимым обратиться к работам советских юристов, которые, основываясь на признании частноправового характера инвестиционных отношений, успешно защищали национальные интересы нашего государства в инвестиционных спорах, связанных с национализацией промышленных предприятий в 30-х годах XX в.⁷² Им приходилось активно участвовать в дискуссиях с зарубежными авторами по вопросам национализации таких международно значимых объектов, как Суэцкий канал⁷³, формируя тем самым позицию в вопросах о пределах юрисдикции Международного суда в спорах, вытекающих из концессионных договоров⁷⁴. Во всех этих случаях защита интересов частного лица обеспечивалась в том числе и путем установления должной взаимосвязи деятельности арбитража и государственного суда, а также путем совершенствования общих норм международного частного права.

В одной из своих последних работ Л.А. Лунц обращает внимание на проблему «конфликта квалификаций», «когда коллизионные нормы различных стран, даже тогда, когда они выражают свои положения с помощью одинаковой терминологии, тем не менее, содержат скрытые коллизии, порождающие проблемы кон-

⁶⁹ Доронина Н.Г. Применение положений двусторонних международных соглашений о защите и гарантии инвестиций // Право и экономика. 2002. № 1. С. 86–89.

⁷⁰ Vandeveldt K.J. The Bilateral Investment Treaty Program of the United States // Cornell International Law Journal. 1988. Vol. 21. No. 2. P. 201–276 (доступно в Интернете по адресу: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1188&context=cilj>).

⁷¹ С 1982 по 1986 г. США подписали соглашения о защите инвестиций с целым рядом развивающихся государств: с Египтом (29 сентября 1982 г.), с Панамой (27 октября 1982 г.), с Сенегалом (6 декабря 1983 г.), с Гаити (11 декабря 1983 г.), с Заиром (3 августа 1984 г.), с Камеруном (26 февраля 1985 г.), с Марокко (22 июля 1985 г.), с Турцией (3 декабря 1985 г.), с Бангладеш (12 марта 1986 г.), с Гренадой (2 мая 1986 г.). В настоящее время в общей сложности таких соглашений насчитывается более 300, и их число продолжает увеличиваться.

⁷² Лунц Л.А. Суд в Соединенных Штатах Америки на службе монополистического капитала. М.: Юридиздат МЮ СССР, 1948.

⁷³ Дурденевский В.Н. Концессия и конвенция морского Суэцкого канала в прошлом и в настоящем // Советское государство и право. 1956. № 10. С. 44–47.

⁷⁴ Сапожников В.И. Неоколониалистские доктрины международной защиты иностранных концессий // Советский ежегодник международного права (1966–1967). М.: Наука, 1968. С. 90–99.

фликта квалификаций»⁷⁵. В инвестиционных спорах большое значение приобретает содержание, которое вкладывается в понятие «инвестиция». О важности усиления национального законодательства в части определения инвестиций и усиления взаимодействия между государственным судом и арбитражем, включая международный коммерческий арбитраж, свидетельствуют инвестиционные споры с участием России и некоторых других стран СНГ.

В настоящее время при толковании международных обязательств государств, участвующих в ДИС, *международный механизм защиты иностранных инвестиций* рассматривается как единая структура, на которую возлагается задача обеспечить исполнение сторонами в инвестиционном споре своих обязательств. В сформированном механизме защиты инвестиций выделяются три ступени. Первую ступень составляют двусторонние международные соглашения о взаимном поощрении и защите капиталовложений. Эта часть международного правового механизма имплементирована в национально-правовую систему стран — экспортеров капитала в виде типовых межправительственных соглашений, утверждаемых органами исполнительной власти соответствующего государства⁷⁶. В странах — реципиентах капитала этот механизм представлен государственными гарантиями защиты иностранных инвестиций, которые находят отражение, как правило, в специальных законах об иностранных инвестициях (или, как их часто называют, инвестици-

онных кодексах). Международно-правовой механизм защиты инвестиций приводится в действие с помощью ДИС. В ряде дел, рассмотренных МЦУИС, признание его компетенции рассматривать инвестиционные споры увязывалось с положениями ДИС, в которых предусматривалось обращение к процедурам МЦУИС как возможный способ разрешения инвестиционных споров⁷⁷.

В современной практике регулирования иностранных инвестиций предпринимаются попытки рассматривать нормы ДИС в части, касающейся порядка разрешения споров, как заранее данное государством согласие на передачу инвестиционных споров в МЦУИС⁷⁸. Например, в деле *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia* суд, решая вопрос о юрисдикции МЦУИС, указал на то, что арбитражное соглашение между сторонами было достигнуто в результате подачи искового заявления в МЦУИС. Учитывая, что Грузия и Греция выразили свое согласие на арбитражное разбирательство в ст. 9(2) и 9(3)(а) ДИС и в ст. 26(3) и 26(4) ДЭХ, суд счел это обстоятельство достаточным для того, чтобы признать, что арбитражное соглашение между сторонами в споре было достигнуто⁷⁹. Такое толкование ДИС приравнивает заключение международного соглашения к публичной оферте, сделанной государством будущему инвестору⁸⁰.

⁷⁵ Луниц Л.А. К вопросу о «квалификации» в международном частном праве // Советский ежегодник международного права (1979). М.: Наука, 1980. С. 214.

⁷⁶ См.: Международно-правовые основы иностранных инвестиций в России: Сборник нормативных актов и документов. М.: Юрид. лит., 1995; Двусторонние соглашения Российской Федерации с зарубежными странами о поощрении и защите капиталовложений. М.: Юрид. лит., 2000; Соглашения о защите и поощрении капиталовложений. Сборник документов. М.: Юрид. лит., 2002.

⁷⁷ См., например: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3.

⁷⁸ *Parra A.R. Applicable Substantive Law in ICSID Arbitration Initiated under Investment Treaties // ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*. 2001. Vol. 16. Issue 1. P. 20–24.

⁷⁹ *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, ¶ 118 (6 July 2007) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0444.pdf>).

⁸⁰ *Rodner J.O., Estévez J.M. BITs in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction after the ICSID Convention Has Been Denounced // Journal of International Arbitration*. 2012. Vol. 29. Issue 4. P. 437–451.

Наряду с указанным толкованием существует и иное понимание роли ДИС, в соответствии с которым согласие, данное государством на арбитражное разбирательство, не связывает его до тех пор, пока инвестор не даст свое согласие в той или иной форме на рассмотрение спора в арбитраже МЦУИС.

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

Как показывает практика заключения концессионных договоров, наиболее часто рассматриваемых в соответствии с процедурами МЦУИС, существует устойчивая тенденция вывода их за рамки национального права. Существование этой тенденции объясняется расширением международного экономического сотрудничества и усилением глобализации международных экономических отношений. «Экономические отношения выходят за рамки отдельного государства, происходит их эволюция от интернационализации товарообмена к его глобализации и переходу руководства мировыми экономическими процессами к Всемирной торговой организации, возрастанию роли и значения других экономических и финансовых международных

организаций, применению ими собственных методов регулирования»⁸¹.

5. Медиация как одна из форм разрешения споров в негосударственных юрисдикционных органах

Одной из особенностей разрешения споров посредством третейского разбирательства является то, что арбитры, как правило, предлагают сторонам и побуждают их к заключению мирового соглашения, выступая таким образом в роли своеобразных медиаторов. Это существенно сближает, но не уравнивает третейское разбирательство с медиацией. По своему существу медиацию и третейское разбирательство объединяет то, что названные механизмы разрешения споров входят в систему так называемого альтернативного разрешения споров (АРС) (*alternative dispute resolution (ADR)*). «Механизмы урегулирования споров различаются по степени участия сторон в разрешении спора: от переговоров и медиации, где стороны играют активную роль в принятии решения, влияют на результат, до экспертизы и арбитража, где стороны передают ответственность за решение своей проблемы эксперту, чье решение они принимают как обязательное, или арбитру, решению которого они договорились подчиниться»⁸². Разнообразные формы и механизмы считаются альтернативными разрешению споров в системе государственных юрисдикционных органов – государственных судов.

Государственные и альтернативные механизмы разрешения споров хотя и проти-

⁸¹ Вилкова Н.Г. Указ. соч. С. 226.

⁸² Гайдаенко Шер Н.И. Альтернативные механизмы разрешения споров как инструмент формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности (опыт России и зарубежных стран): монография / Отв. ред. Н.Г. Семилютина. М: ИздСП; ИНФРА-М, 2016. С. 46.

вопоставляются друг другу, однако по существу являются разными сторонами единой системы правосудия. Они имеют значительное число точек соприкосновения. Например, разрешая спор, судья в государственном суде вправе направить стороны к аккредитованному в данном суде медиатору, принять решение об отложении слушания, предоставив сторонам возможность провести переговоры и заключить мировое соглашение. С другой стороны, не имея возможности принудить сторону или обе стороны к совершению (воздержанию от совершения) каких-либо действий, негосударственные юрисдикционные органы вынуждены обращаться за поддержкой к государству в лице государственных юрисдикционных органов. Таким образом, эффективность правосудия в рамках того или иного государства зависит в том числе и от эффективности взаимодействия всех механизмов и структур (как государственных, так и негосударственных (альтернативных)), действия которых направлены на урегулирование конфликтных ситуаций. Действуя в едином направлении, негосударственные формы разрешения споров устраняют конфликты на своем уровне, снижая тем самым нагрузку на государственные суды. Государственные суды, не вмешиваясь в процесс разрешения спора по существу, тем не менее осуществляют общий контроль, находясь «вне конфликта», обеспечивая принудительное исполнение решений, принимаемых в рамках альтернативных механизмов разрешения споров (включая медиативные и третейские).

Одной из современных тенденций на уровне материально-правового регулирования экономических отношений является возрастание значения регулирования отношений, связанных с движением капиталов⁸³. Глобальное возрастание значения

денежных, а точнее финансовых, отношений стало важной особенностью современного этапа развития международных экономических связей: «Современное западное общество есть общество денежного тоталитаризма. Деньги тут стали универсальным и всеобъемлющим средством измерения, учета и расчета деятельности людей, учреждений и предприятий, средством управления экономикой и другими сферами общественной жизни, средством управления людьми»⁸⁴. Значение регулирования товаров и услуг постепенно отступает на второй план, уступая место движению капиталов.

Следствием этого становится существенное возрастание количества инвестиционных споров. Особенностью последних является то, что в качестве стороны в них выступает государство. Отмечая «три

и был исследован Р. Гильфердингом в работе «Финансовый капитал. Исследование новейшей фазы в развитии капитализма», вышедшей в 1910 г. Р. Гильфердинг отмечал связь между возрастающей ролью денежного капитала и развитием акционерного законодательства, рассматривая последнее в качестве инструмента влияния денег на развитие промышленного (производственного) капитала. «Несомненную познавательную ценность представляет собой уже анализ процесса мобилизации капитала, принявшего огромный размах с развитием кредита и в особенности с распространением акционерных обществ. <...>

<...>

Переход к акционерной форме предприятий в промышленности знаменует прежде всего изменение функции промышленного капиталиста, поскольку он освобождается от функции промышленного предпринимателя и вложенный им в акционерное общество капитал приобретает для него характер чисто денежного капитала. Наличие особого рынка – фондовой биржи – создает возможность реализации акций в любое время» (*Леонтьев Л. Предисловие // Гильфердинг Р. Финансовый капитал. Исследование новейшей фазы в развитии капитализма / Пер. с нем. И.И. Степанова-Скворцова. М.: Соцэкгиз, 1959. С. 10–11.*)

⁸³ Процесс постепенного возрастания роли финансового капитала начался в конце XIX – начале XX в.

⁸⁴ *Зиновьев А.А. Гибель русского коммунизма // Зиновьев А.А. Планируемая история: Запад. Посткоммунистическая Россия. Гибель русского коммунизма. М.: АСТ: АСТ МОСКВА, 2009. С. 280.*

эпохи»⁸⁵ во взаимоотношениях так называемых транснациональных корпораций⁸⁶ и принимающего государства, зарубежные эксперты рассматривают первый этап — с 1945 г. по первую половину 60-х годов — в качестве периода становления «современной карты мира» в результате завершения и подведения итогов Второй мировой войны и появления новых государств. Второй период приходится на отрезок с 70-х годов по 1985 г.; это этап экономического становления новых государств, проведения политики, связанной с утверждением нового международного экономического порядка (НМЭП). На данный период приходится самое значительное количество экспроприаций, производимых в новых государствах⁸⁷. Напомним, что именно в 1965 г. была разработана Вашингтонская конвенция в качестве главного инструмента урегулирования споров между государствами и частными

инвесторами, в том числе возникающих в связи с национализацией.

Как показал опыт разрешения споров, связанных с осуществлением инвестиций, в различных юрисдикционных органах, в том числе в органах международного коммерческого арбитража⁸⁸, а также в МЦУИС, подобное разрешение споров не обеспечивает в полной мере урегулирования конфликта между частным инвестором и принимающим государством. Нередко уже вынесенное в пользу инвестора решение требует проведения переговоров относительно порядка его исполнения, как это было, например, в споре с *Lena Goldfields*.

Глобальный финансовый кризис, начавшийся осенью 2008 г., ознаменовал завершение периода глобализации мировой экономики. «Сформулированные в 1989 г. экономистом Джоном Уильямсоном десять принципов, которые, по его мнению, выражали согласованную политику «политического и технократического» Вашингтона в отношении погрязшей во внешних долгах Латинской Америки, приобрели в то время необычайную популярность»⁸⁹. Упомянутые 10 принципов Вашингтонского консенсуса побуждали прежде всего участников рынка капиталов формировать глобальную систему инфраструктуры финансового рынка, находящуюся как бы «вне», а точнее «поверх», национальных рамок. Прибыльность вложения оказывалась главным критерием принятия решения об инвестировании капитала. При этом инвестор, стремясь увеличить прибыль, делал все возможное, чтобы снизить производственные издержки любой ценой, в том числе за счет понижения заработной платы, затрат на осуществление

⁸⁵ *Kennedy Ch.R., Jr. Relations between Transnational Corporations and Governments of Host Countries: A Look to the Future // Transnational Corporations. Vol. 1. No. 1. P. 67–91* (доступно в Интернете по адресу: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.548.6279&rep=rep1&type=pdf>).

⁸⁶ Применительно к экономическим отношениям и в связи с расширением капитала актуальность приобретает проблема так называемых транснациональных компаний (ТНК) или, иначе, многонациональных компаний (МНК). «Речь идет о мощных национальных (головных) корпорациях, каждая из которых располагает разветвленной сетью разбросанных по различным странам отделений «дочерних» предприятий (каждое из последних находится в отношении данной головной корпорации в той или иной экономической зависимости). Совокупность такой вертикальной по признаку подчиненности системы образований не обладает юридически оформленным единством. С правовой точки зрения — это конгломерат юридических лиц различной «национальности»... <...>

Многонациональной (транснациональной) именуется головная организация в совокупности с «дочерними» компаниями, находящимися в различных странах» (*Луниц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. Т. 2: Особенная часть. М: СПАРК, 2002. С. 389*). Аналогичный подход встречается и в современной литературе.

⁸⁷ В период с 1960 по 1985 г. было произведено 374 из 598 актов национализации иностранной собственности (см.: *Kennedy Ch.R., Jr. Op. cit. P. 68–69*).

⁸⁸ Речь идет, например, о таких делах, как спор с участием *Lena Goldfields* (см. выше, сн. 36), а также дело по иску Зедельмайера (см. выше, сн. 52).

⁸⁹ *Ивантер А., Механик А., Рогожников М., Фадеев В. Консенсус не достигнут // Эксперт. 2013. № 25 (856)* (доступно в Интернете по адресу: <http://expert.ru/expert/2013/25/konsensus-ne-dostignut/>).

и развитие социальных программ в принимающем государстве, защиту окружающей среды и т.п. Национальное же регулирование воспринималось в таких случаях как фактор, препятствующий движению капитала, установление требований, адресованных инвестору, — как нарушение условий, на которых привлекался иностранный капитал⁹⁰.

Отмеченные выше особенности развития рынка капиталов не могли не отразиться на практике разрешения инвестиционных споров. Будучи сформированным для защиты интересов частных иностранных инвесторов против принимающего государства, МЦУИС столкнулся с проблемой противоречивости привлечения иностранного капитала: с одной стороны, инвестор, осуществляя вложение капитала, может способствовать развитию принимающего государства, однако, с другой стороны, стремление получить максимальную прибыль любой ценой может создавать для принимающего государства, вынужденного обеспечивать социальное развитие своей территории, защищать окружающую среду, определенные неудобства. Подобная логика была положена в основу заявления юристов, многие из которых являются арбитрами МЦУИС, о междуна-

родном инвестиционном режиме⁹¹. Принятие в процессе арбитражного (третейского) разбирательства решения, вынесенного в пользу частного инвестора, но противоречащего публичному интересу принимающего государства, таким образом, может столкнуться с проблемой его исполнимости. Тем самым возникает по существу экономическая проблема⁹², касающаяся урегулирования споров о выплате компенсации за экспроприацию иностранной собственности. Данная проблема связана с необходимостью разрешить дилемму удовлетворения требований частного инвестора, стремящегося возместить все убытки, включая неполученные доходы, и способности государства выплатить причитающуюся компенсацию. Таким образом, окончание третейского разбирательства спора (даже в МЦУИС) не всегда может означать завершение процесса урегулирования конфликта⁹³.

⁹⁰ «При определении цены на товары и услуги множество расходных статей в расчет не принимались. Их относят к «внешним факторам». Среди них стоимость устранения социальных и экологических последствий добычи природных ресурсов, мер по охране окружающей среды, расходов на медицинское и социальное обслуживание, которые несут местные власти в связи с производственными травмами и профессиональными заболеваниями жителей, задействованных на объектах добычи. Сюда входит и стоимость непрямого финансирования компаний, которым дозволено сбывать особо опасную продукцию, беспрепятственно загрязнять реки, озера и целые океаны, а также не возбраняется создавать невыносимые условия труда и выплачивать работникам жалование, не соответствующее прожиточному минимуму» (Перкинс Дж. Экономический убийца объясняет, почему рухнули финансовые рынки и как их возродить. М.: ЭКСМО, 2010. С. 129–130).

⁹¹ Public Statement on the International Investment Regime (31 August 2010) (<http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/>). В заявлении, частности, отмечается негативная тенденция толкования положений соглашений о защите капиталовложений «в пользу инвестора» (pro-investor interpretation of investment treaties). В принимаемых в рамках международного коммерческого арбитража решениях нередко толкуются и применяются правовые концепции и понятия, такие как «корпоративная национальная принадлежность» (“corporate nationality”), «экспроприация», «применение режима наиболее благоприятствуемой нации» (“most-favored nation treatment”), «режим недискриминации», «режим равного и справедливого отношения» (“fair and equitable treatment”), которые нередко получают ненадлежащую «проинвесторскую» интерпретацию (unduly pro-investor interpretation) за счет ущемления интересов принимающего государства. Принятие решений, предусматривающих возмещение инвестору убытков при разрешении инвестиционных споров, создает серьезную угрозу демократическому выбору и способности государства действовать в общественном интересе (a serious threat to democratic choice and capacity of government to act in the public interest).

⁹² См. об этом: Norton P.M. Op. cit. P. 490.

⁹³ В этой связи заслуживает внимания то обстоятельство, что в ряде случаев, начав процедуру разреше-

В этой связи становятся очевидными преимущества медиации именно для разрешения инвестиционных (экономических) споров. Дело в том, что, в отличие от арбитража, решения которого оказываются непредсказуемыми для обеих сторон, которые, изложив свои позиции, перестают оказывать какое бы то ни было влияние на принятие решения, при проведении медиации обе стороны на протяжении всей процедуры продолжают участвовать в выработке окончательного решения, направленного на урегулирование конфликта. Таким образом, достигнутое сторонами медиативное соглашение имеет преимущество перед решением третейского суда, поскольку в большей степени учитывает интересы спорящих сторон⁹⁴. Однако отсутствие механизма принудительного исполнения соглашения по урегулированию конфликта, выработанного в результате медиации, сдерживает развитие данного

института разрешения споров⁹⁵. При этом нельзя не обратить внимание на то, что относительная легкость перехода третейского разбирательства в медиацию и медиации в третейское разбирательство может создавать негосударственным юрисдикционным органам некоторое преимущество: арбитр может выполнять функции медиатора. Однако не следует забывать, что пределы любого третейского разбирательства, включая разбирательство в МЦУИС, ограничены предметом арбитражного соглашения (арбитражной оговорки). Если соглашение сторон, выработанное в результате медиации, выйдет за пределы предмета арбитражного соглашения, то такое превышение может создать угрозу оспоримости медиативного соглашения как такового (что не препятствует сторонам урегулировать свои отношения в рамках обычного гражданско-правового договора). В процессе медиации стороны свободны в определении форм, методов и способов урегулирования конфликта.

Описанные преимущества медиации существенным образом способствовали развитию данной процедуры урегулирования инвестиционных споров⁹⁶. Сдерживающим

ния инвестиционного спора в МЦУИС, стороны прекращают (discontinue) разбирательство. Так, из 410 разбирательств, начатых в МЦУИС в период с 1970 по 2012 г., 104 разбирательства (т.е. около 25%) были прекращены сторонами либо по взаимному соглашению, либо по заявлению одной из сторон в отсутствие возражений противной стороны (на основании правила 44 Арбитражного регламента МЦУИС), либо вследствие бездействия стороны, инициировавшей разбирательство, либо вследствие недостаточности суммы предварительного сбора. Большинство случаев прекращения разбирательств (60%) происходит по соглашению сторон. См. подробнее: *Echandi R., Kher P. Can International Investor-State Disputes Be Prevented? Empirical Evidence from Settlements in ICSID // ICSID Review: Foreign Investment Law Journal. 2014. Vol. 29. Issue 1. P. 41–65.*

⁹⁴ Помимо названного преимущества, проведение медиации позволяет сторонам минимизировать расходы на процедуру урегулирования споров. Стороны могут снизить издержки за счет избежания весьма дорогостоящего процесса назначения арбитров и выплаты им соответствующих гонораров, отказа от проведения дорогостоящих экспертиз и экономии на сборе доказательств и обосновании своих требований (см. подробнее: *Frank S.D. Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide // ICSID Review: Foreign Investment Law Journal. 2014. Vol. 29. Issue 1. P. 77–78.*

⁹⁵ В этой связи следует заметить, что Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) с 2014 г. приступила к работе над международной конвенцией «по образцу Нью-Йоркской конвенции о признании и исполнении иностранных арбитражных решений 1958 г.» (см. подробнее: *Гайдаенко Шер Н.И. Альтернативные механизмы разрешения споров как инструмент формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности (опыт России и зарубежных стран): монография / Отв. ред. Н.Г. Семилютина. С. 147–158; см. также: Она же. Конвенция о приведении в исполнение мировых соглашений, достигнутых в результате международной коммерческой согласительной процедуры: в начале пути // Журнал российского права. 2017. № 3. С. 157–168.*

⁹⁶ В 2012 г. Международной ассоциацией юристов (International Bar Association (IBA)) специально для процедур, проводимых в рамках Вашингтонской конвенции, были разработаны Правила медиации в спорах между инвестором и государством (IBA Rules for Investor-State Mediation (<https://pca-cpa.org/>

моментом в данном случае является отсутствие механизма формализации достигнутых результатов и возможности обеспечить их исполнение способом, сравнимым с механизмом принудительного исполнения решений третейских судов (включая исполнение иностранных арбитражных решений и решений МЦУИС).

6. Значение практики разрешения споров в негосударственных юрисдикционных органах в условиях конкуренции юрисдикций

В 1975 г. вышла в свет книга «Судебная практика в советской правовой системе», в предисловии к которой С.Н. Братусь определял судебную практику как «деятельность судов по применению законов при разрешении спорных, подлежащих их компетенции ситуаций и использованию опыта и результатов этой деятельности в надлежащем осуществлении правосудия»⁹⁷. При этом им указывалось на то, что «[л]ишь в этом случае закон в сочетании с выработанными при уяснении смысла закона и конкретизированными на его основе правилами в процессе его применения судами выполняет свою служебную роль — регулирует охватываемые им общественные отношения»⁹⁸. Предметом исследования, выполненного еще в 1975 г., являлась практика государственных судов, что было, в принципе, естественно в условиях господства государственной собственности на средства производства. В этих условиях сама категория «арбитражный суд» приобретала весьма своеобразное

содержание⁹⁹, отличное от существа третейского разбирательства. Следствием экономических преобразований 90-х годов стали не только массовая приватизация государственной собственности, но и возрастание договорной свободы и автономии воли сторон, распространившейся и на вопросы, связанные с порядком разрешения споров. Таким образом, категория «судебная практика» стала включать в себя не только практику государственных юрисдикционных органов, а категория «суды» была распространена не только на государственные, но и на третейские суды. Такое изменение в понимании правоприменительной деятельности и восприятии судебной практики делает необходимым в современных условиях изучение практики как государственных, так и негосударственных юрисдикционных органов.

Следствием возрастания экономической взаимозависимости государств и развития интеграционных связей между участниками хозяйственной деятельности стало возрастание роли практики не только негосударственных юрисдикционных органов, но и международных (иностраных) негосударственных юрисдикционных органов. Определенные неудачи, о которых мы упоминали выше¹⁰⁰, свидетельствуют о недостаточном внимании к практике не только отечественных (в частности, МКАС при ТПП РФ), но и зарубежных негосударственных юрисдикционных органов (например, Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)), Лондонского международного третейского суда London Court of International Arbitration (LCIA)).

Стремление отечественных предпринимателей уйти от юрисдикции отечественных

wp-content/uploads/sites/175/2016/02/IBA-Rules-for-Investor-State-Mediation.pdf)) (см. подробнее: *Joubin-Bret A., Legum B. A Set of Rules Dedicated to Investor-State Mediation: The IBA Investor-State Mediation Rules // ICSID Review: Foreign Investment Law Journal. 2014. Vol. 29. Issue 1. P. 17–24.*)

⁹⁷ Братусь С.Н. Предисловие. С. 3.

⁹⁸ Там же. С. 5.

⁹⁹ На историю, связанную с использованием категории «арбитраж», мы обращали внимание выше (см. сн. 4).

¹⁰⁰ См. выше, сн. 36, 51 и 52.

судебных органов (как государственных, так и негосударственных) свидетельствует не столько о слабости российской позиции в конкуренции юрисдикций, сколько о недостаточной информированности о работе системы разрешения споров как в государственных, так и в негосударственных (третейских) юрисдикционных органах. Кроме того, нельзя не отметить недостаточную эффективность взаимодействия между государственными и негосударственными юрисдикционными органами. Отмеченная несогласованность проявляется, в частности, в том, что стороны порой сталкиваются с трудностями при осуществлении принудительного исполнения решений третейских судов¹⁰¹.

Результатом этого недостаточного понимания значения взаимодействия между государственными и негосударственными юрисдикционными органами становится, с одной стороны, значительная загруженность государственных юрисдикционных органов, которая в конечном итоге не может не влиять на качество разрешения споров. С другой стороны, такая ситуация ведет к ограничению принципа автономии воли сторон применительно к выбору порядка разрешения споров, что лишает прежде всего отечественного предпринимателя свободы маневра и возможности обратиться к дружественной юрисдикции для защиты своих прав и интересов.

Еще одним следствием недостаточности знания правоприменительной практики негосударственных юрисдикционных органов становится в конечном итоге несовершенство законодательства, которое сейчас не всегда позволяет обеспечить защиту интересов как отечественных предпринимателей, так и государства.

Судебная практика разрешения споров из экономических отношений свидетельствует о возрастании роли третейского разбирательства, что обусловлено не только интенсификацией оборота и увеличением числа хозяйственных связей между предпринимателями — факторами, которые повышают вероятность возникновения конфликтных ситуаций. Отмеченная тенденция также объясняется преимуществами, которые дает обращение к альтернативным по отношению к государственным механизмам разрешения коммерческих споров. К числу таких преимуществ традиционно относится неформальный характер процедуры проведения разбирательства (представление интересов сторон не требует привлечения специально обученных профессиональных представителей — адвокатов; стороны могут сами участвовать в разбирательстве; стороны вправе избрать язык разбирательства, место проведения процедуры разрешения споров и форму проведения (например, без вызова сторон)). Привлекательной является сравнительная быстрота проведения процедуры, которая обеспечивается в том числе и тем, что разбирательство не предусматривает возможность апелляции и кассации. Такая «однофазовость» процесса разбирательства позволяет сторонам, ведущим предпринимательскую деятельность, и, как следствие, лицам, обычно заинтересованным в скорейшем урегулировании конфликта (а не в поиске абстрактной справедливости), сэкономить на судебных издержках. Об эффективности свидетельствует то, что обращение к альтернативным механизмам

¹⁰¹ Проблемы, связанные с исполнением, а точнее неисполнением, решений третейских судов сделали возможным для некоторых авторов употребить выражение «арбитроцид»: «...по инерции примерно до 2007 г. госарбитраж проводил в целом в отношении международного коммерческого арбитража (и других третейских судов) политику, которую ни в коем случае нельзя было конечно же полноценно охарактеризовать как «арбитроцид», но все же можно было назвать как что-то подобное, очень отдаленно напоминающее» (Международный коммерческий арбитраж: Опыт отечественного регулирования / саморегулирования. 80 лет МКАС при ТПП РФ: 1932–2012: Сборник избранных научных, нормативных, архивных, аналитических и иных материалов. Т. 1 / Сост. и науч. ред. А.И. Муранов. С. 54).

разрешения споров позволяет сторонам оптимизировать расходы на ведение процесса, а также самостоятельно контролировать его ход, в том числе переводя его в стадию проведения согласительных процедур, и наоборот, переводя примирительные процедуры в третейское разбирательство. Предоставляемая сторонам возможность самим избирать арбитров, определять их количество, язык и место разбирательства делает разрешение спора в негосударственных юрисдикционных органах «космополитичным», т.е. отвечающим потребностям интернационализации хозяйственных связей и глобализации мирового экономического порядка. Облегченный (по сравнению с иностранными судебными решениями) порядок принудительного исполнения иностранных арбитражных решений, действующий в 157 государствах, наличие универсальных международных стандартов разрешения споров (например, Типового регламента ЮНСИТРАЛ, Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже) способствуют глобальному распространению международного коммерческого арбитража.

Своего рода «обратной стороной» развития третейских судов как негосударственного механизма разрешения споров (негосударственного правосудия) являются предпринимаемые попытки искусственного противопоставления государственного и негосударственного правосудия. Такое противопоставление двух сторон по существу единой системы правосудия нередко обосновывается ссылками на якобы чрезмерную «коррупционность» и предвзятость государственного правосудия в отдельных странах (например, странах Восточной Европы, развивающихся странах). Подобное шельмование государственного правосудия преследует цель размывания национального государственного суверенитета, ослабления позиции государства, в том числе и в области отправления правосудия. Попыт-

ки необоснованного перенесения разрешения экономических споров за пределы национальных юрисдикций, в том числе в так называемые «наднациональные» органы, выносящие решения, обязательные к исполнению на территории соответствующего государства, даже если такое исполнение противоречит публичному порядку и национальным интересам государства, участвующего в споре, едва ли могут быть оправданными. Нельзя отрицать и того факта, что разрешение спора в негосударственных (третейских) судах (в том числе в международном коммерческом арбитраже) в ряде случаев может вызывать вопросы с точки зрения обоснованности вынесенных решений, прозрачности проведения процедур разбирательства. В современных условиях практика государственных судов должна способствовать развитию сотрудничества третейских и государственных судов как двух сторон единой системы национального правосудия. Плодотворное взаимодействие всех элементов системы правосудия является залогом развития предпринимательства и благоприятного инвестиционного климата.

Современный этап развития законодательства и практики разрешения споров в третейском суде и органах международного коммерческого арбитража позволяет определить направления совершенствования законодательства. Третейское разбирательство, непосредственно вытекающее из принципа автономии воли сторон, зависит от «материально-правового регулирования» содержания правоотношений в большей степени, чем от правил процедуры разрешения спора. Так, для разрешения так называемых инвестиционных споров большое значение имеет надлежащее определение категорий «инвестиции», «иностранные инвестиции» в законодательстве РФ. Действующее определение позволяет акционерам, приобретшим свои доли участия в процессе привати-

зации государственной собственности и создавшим свои дочерние предприятия в офшорных зонах, требовать от государства компенсации убытков (как, например, в споре с ЮКОСом в размере 50 млрд долл. США¹⁰²). При этом законодательство не позволяет потребовать от так называемого «инвестора» надлежащего обоснования размера взыскиваемых убытков. Оно также не позволяет установить необходимую связь между фактом инвестиции (вложения) в производство и размером требуемого возмещения (включая взыскиваемые убытки). Заслуживающим внимания является тот факт, что Соглашение об учреждении Евразийского экономического союза, определяя категорию «иностранные инвестиции», следует по пути переосмысления возможных видов активов и способов, которыми инвестирование может быть осуществлено, не требуя подтверждения факта осуществления вложения, его полезности для принимающего государства. Таким образом, принимая решения о совершенствовании законодательства и (или) осуществляя толкование действующих законов, представляется важным на современном этапе учитывать не только практику государственных судебных органов, но и практику негосударственных органов (включая третейские суды, международный коммерческий арбитраж).

Негосударственное правосудие является одним из механизмов альтернативного разрешения споров. Их развитие является следствием расширения области применения принципа свободы договора и автономии воли сторон. Негосударственное правосудие, а точнее третейское разбирательство, представляет собой форму правосудия, а потому не может и не должно относиться ни к досудебным, ни к внесудебным, ни к послесудебным механизмам разрешения споров, будучи по своей природе собственно судебной формой разрешения споров. Этим оно отличается от всех прочих форм альтернативного разрешения споров (переговоров, медиации др.).

Обеспечение функционирования механизмов взаимодействия системы государственного правосудия и всех форм альтернативного разрешения споров является актуальной проблемой, решение которой позволит снизить нагрузку на органы государственного правосудия, повысить прозрачность всей системы разрешения споров внутри государства, обеспечить возможность эффективно защищать интересы государства и отечественных предпринимателей в зарубежных и международных юрисдикционных органах и, таким образом, будет способствовать повышению устойчивости и конкурентоспособности отечественной правовой системы.

¹⁰² Применительно к претензиям компании ЮКОС к российскому государству заслуживает специального анализа решение КС РФ, касающееся возможности исполнения решения ЕСПЧ по делу ЮКОСа (см.: Голубкова М. Не может быть исполнено: КС РФ вынес решение по делу ЮКОСа // РГ. 2017. 29 янв. (доступно в Интернете по адресу: <https://rg.ru/2017/01/19/reg-szfo/konstitucionnyj-sud-rf-vynes-reshenie-po-delu-iukosa.html>)).

Зарубежный опыт

Дискуссия о том, включают ли в себя полномочия арбитра международного арбитража возможность быть посредником в урегулировании спора между сторонами, не нова. За последние десятилетия мнения разделились: одни считают, что участие арбитра в качестве посредника в целях урегулирования спора сторонами — эффективный способ разрешить спор; другие же — что такая роль арбитра не соответствует его статусу нейтрального «частного судьи». До настоящего момента эта дискуссия основывалась на национальных концепциях понимания роли арбитра. В представленной статье авторы аргументируют, что пора отбросить устоявшиеся в рамках национальных правовых систем убеждения. Арбитрам международных арбитражей следует понять, что возможность быть посредником в достижении сторонами мирного урегулирования спора не является несовместимой со статусом арбитра, и по достоинству оценить этот полезный способ быстро и экономично разрешать споры, что позволит повысить эффективность арбитражного разбирательства. Для лучшего представления такого понимания концепции полномочий арбитров данная статья предлагает проверенные на практике инструменты, дающие возможность арбитрам способствовать мирному урегулированию спора, не превышая своих полномочий и не рискуя быть отведенными сторонами.

Klaus Peter Berger*,

J. Ole Jensen**

The Arbitrator's Mandate to Facilitate Settlement

1. Introduction

“Procedural efficiency”, “case management”, and “proactivity” — these buzz words currently dominate the realm of international arbitration. Most stakeholders have realized that a considerable decrease of the time and costs an international arbitration requires is vital to its future success. There is widespread agreement that crucial to ensuring procedural efficiency is a decisive and proactive arbitral tribunal¹. There is less agreement regarding

another important means of increasing efficiency: settlement facilitation by the arbitrator.

Whether an arbitrator can and should take a proactive approach and get involved in the parties' settlement efforts has been the subject of a controversial debate throughout the past decades². To a large extent, this debate has not

* Professor of Law and Director of the Center for Transnational Law (CENTRAL) at the University of Cologne School of Law and Board Member of the German Institution of Arbitration (DIS).

** Research Fellow and PhD candidate with Professor Berger.

¹ Cf.: *K.P. Berger & J.O. Jensen*, Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule: A Safe Harbour for Procedural Management Decisions by International Arbitrators, *Arbitration International*, Vol. 32 (2016), Issue 3, p. 416 with further references.

² See generally: *M.E. Schneider*, Combining Arbitration with Conciliation, in: A.J. van den Berg (ed.), *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture*, Kluwer Law International, 1998, p. 57–100 (available at: http://www.lalive.ch/data/publications/mes_combining_arbitration_with_conciliation.pdf); *M. Hwang*, The Role of Arbitrators as Settlement Facilitators – Commentary, in: A.J. van den Berg (ed.), *New Horizons in Interna-*

yielded definitive answers. At its core lie differ-

tional Commercial Arbitration and Beyond, Kluwer Law International, 2005, p. 571–581; *P. Lalive*, The Role of Arbitrators as Settlement Facilitators – A Swiss View, in: *Ibid.*, p. 556–564; *F.S. Nariman*, The Role of Arbitrators as Settlement Facilitators – Introduction, in: *Ibid.*, p. 531–532; *A.L. Mariott*, Arbitrators and Settlement, in: *Ibid.*, p. 533–546; *Chr. Bühring-Uhle, G. Scherer & L. Kirchhoff*, The Arbitrator as Mediator: Some Recent Empirical Insights, in: *Chr.R. Drahozal & R.W. Naimark* (eds.), *Towards a Science of International Arbitration: Collected Empirical Research*, Kluwer Law International, 2005, p. 135–143; *J. Gill*, The Arbitrator's Role in Bringing about a Settlement – An English View, in: *M. Wirth* (ed.), *Best Practices in International Arbitration: ASA Swiss Arbitration Association Conference of January 27, 2006 in Zürich* (= ASA Special Series No. 26), *Association suisse de l'arbitrage*, 2006, p. 155–165; *B. Ehle*, The Arbitrator as a Settlement Facilitator, in: *Walking a Thin Line: What an Arbitrator Can Do, Must Do or Must Not Do: Recent Developments and Trends* (Colloquium CEPANI 40, September 29, 2010), Bruylant, 2010, p. 79–95 (available at: http://www.lalive.ch/data/publications/Cepani_12_THILIN_Ehle.pdf); *Chr. Harris*, Chapter 8. Arbitrators and Settlement – A Common Law Perspective, in: *D. Baizeau & F. Spoorenberg* (eds.), *The Arbitrators' Initiative: When, Why, and How Should It Be Used?* (= ASA Special Series No. 45), *Juris Pub.*, 2016, p. 89–98; *P. Marzolini*, The Arbitrator as a Dispute Manager – The Exercise of the Arbitrator's Powers to Act as Settlement Facilitator, in: *Ibid.*, p. 99–119; *Th. Stipanowich & Z.P. Ulrich*, Commercial Arbitration and Settlement: Empirical Insights into the Roles Arbitrators Play, *Penn State Yearbook on Arbitration and Mediation*, Vol. 6 (2014), p. 1–31 (available at: https://papers.ssrn.com/abstract_id=2461839); *H.I. Abramson*, Protocols for International Arbitrators Who Dare to Settle Cases, *American Review of International Arbitration*, Vol. 10 (1999), No. 1, p. 1–17 (available at: <http://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1650&context=scholarlyworks>); *Chr. Koch & E. Schäfer*, Can It Be Sinful for an Arbitrator Actively to Promote Settlement?, *Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, Pt. 3 (1999), p. 153–184; *M. Collins*, Do International Arbitral Tribunals Have Any Obligations to Encourage Settlement of the Disputes Before Them?, *Arbitration International*, Vol. 19 (2003), Issue 3, p. 333–343; *H. Raeschke-Kessler*, The Arbitrator as Settlement Facilitator, *Arbitration International*, Vol. 21 (2005), Issue 4, p. 523–536 (available at: <http://arbitragem.pt/conselhos/deontologia/doutrina/internacional/the-arbitrator-as-settlement-facilitator--hilmar-raeschke-kessler.pdf>); *D. Favalli & M.K. Hasenclever*, The Role of Arbitrators in Settlement Proceedings, *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 23 (2008), # 7, p. 1–10 (available at: <http://www.rakluth.de/download/34-the-role-of-arbitrators-in-settlement-proceedings.pdf>); *R. Dendorfer*, Aktives Vergleichsmanagement – Best Practice oder Faux pas schiedsrichterlicher Tätigkeit?, *Zeitschrift für Schiedsver-*

ing perceptions of the arbitrator's mandate. Is his or her role limited to *deciding* the parties' dispute by rendering an award or should he or she endeavor to *resolve* it, which may include getting involved in settlement discussions between the parties? The answer to that question still markedly depends on the legal backgrounds of those who participate in the debate. While common law arbitrators are more inclined to view their role solely as decision-makers, lawyers with a civil law background follow a more liberal approach and advocate a proactive arbitral role in the parties' settlement attempts³.

Historically, such clashes of the civil law and common law traditions have existed in many areas of international arbitration. Today, in a world in which all stakeholders have realized and accepted the need for efficiency and

fahren (SchiedsVZ), 2009, Heft 5, S. 276–283; *U. Draetta*, Leveraging the Arbitral Process to Encourage Settlement: Some Practical and Legal Issues, *International Business Law Journal / Revue de Droit des Affaires Internationales*, 2009, No. 4, p. 487–496; *G. Kaufmann-Kohler*, When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard, *Arbitration International*, Vol. 25 (2009), Issue 2, p. 187–205 (available at: http://www.arbitration-icca.org/media/1/13571337624580/when_arbitrators_facilitate_settlement_kaufmann-kohler.pdf); *L. Greenwood*, A Window of Opportunity? Building a Short Period of Time into Arbitral Rules in Order for Parties to Explore Settlement, *Arbitration International*, Vol. 27 (2011), Issue 2, p. 199–210; *S. Nappert & D. Flader*, A Psychological Perspective on the Facilitation of Settlement in International Arbitration – Examining the CEDR Rules, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2 (2011), Issue 2, p. 459–470; *K.P. Berger*, Promoting Settlements in Arbitration: Is the "German Approach" Really Incompatible with the Role of the Arbitrator?, *New York Dispute Resolution Lawyer*, Vol. 9 (2016), No. 2, p. 46–49 (2016); *M. Olik & M. Čáp*, Comparison of Settlement Efforts by Arbitrators and Mediators, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 82 (2016), Issue 3, p. 250–253 (available at: <http://www.rowanlegal.com/wp-content/uploads/2016/08/Milos-Olik-and-Michal-Cap-Comparison-of-Settlement-Efforts-by-Arbitrators-and-Mediators.pdf>).

³ Cf.: *J. Karton*, *The Culture of International Arbitration and the Evolution of Contract Law*, Oxford University Press, 2013, p. 196; *S.H. Elsing*, *Procedural Efficiency in International Arbitration: Choosing the Best of Both Legal Worlds*, *Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ)*, 2011, Heft 3, S. 117.

predictability, most of these clashes have been resolved in a more or less pragmatic fashion⁴. Instead of the legal background influencing an arbitrator's procedural conduct, there is an "increasing convergence of approaches used by chairpersons in international arbitration [which] increases the predictability of the international arbitral process"⁵. Indeed, it can be considered a hallmark of the modern international arbitrator that he or she is able to adopt different styles of procedural conduct, depending on the specificities and intricacies of the case: "By drawing on a variety of legal traditions but wedding themselves to none, truly transnational arbitrators can promote the effective resolution of disputes by offering unique procedural solutions tailored to the parties' needs"⁶.

There is no reason why settlement facilitation by international arbitrators should be an exception. This Article argues that what should guide the arbitrator who is faced with the question whether to facilitate settlement between the parties are not his or her legal upbringing and cultural convictions. Neither should misconceptions about what settlement facilitation actually is deter arbitrators from exploring that option⁷. Rather, the arbitrator should solely be guided by what the parties and the intricacies of the case require. Recent surveys and developments indicate that parties in many cases require their arbitrators to facilitate settlement

between them⁸. This Article advocates that this need should not be discarded as incompatible with the arbitrator's mandate. Rather, it is compatible with the arbitrator's judicial role as a decision-maker that he can get involved in settlement discussions with the parties⁹. By elaborating on the approaches currently employed in practice, this Article offers the transnational arbitrator tried and tested procedural tools to enhance the efficiency of international arbitration by facilitating settlement between the parties¹⁰.

2. To Encourage, Promote or Facilitate Settlement? The Arbitrator Role Continuum

To a considerable extent, the debate regarding the arbitrator's role in parties' settlement efforts can be traced back to inconsistent terminology and fundamental misunderstandings¹¹. The terms "to encourage", "to promote", and "to facilitate" settlement are often used interchangeably¹². At other times, they are used to indicate differing degrees of arbitral involvement in the parties' settlement discussions¹³. Such terminological ambiguity acts as a catalyst for the ongoing controversial debate. If there is no uniform understanding of what settlement facilitation is and means, there is a danger that any discussion about this issue results in little more than two ships passing in the night. This makes it imperative to develop a clear understanding of the differing degrees of arbitrator involvement in the parties' settlement efforts before moving on to discussing its details. However, rather

⁴ A prominent example is the success of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration (2010) (http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx).

⁵ *A.J. van den Berg*, Organizing an International Arbitration: Practice Pointers, in: L.W. Newman & R.D. Hill (eds.), *Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, 3rd ed., Juris Pub., 2014, p. 415.

⁶ *D.F. Donovan*, The International Arbitrator as Transnational Judge, *World Arbitration & Mediation Review (WAMR)*, Vol. 7 (2013), No. 1, p. 198; cf.: *K.P. Berger*, The International Arbitrator's Dilemma: Transnational Procedure versus Home Jurisdiction: A German Perspective, *Arbitration International*, Vol. 25 (2009), Issue 2, p. 217–238.

⁷ See *infra* Pt. 2.

⁸ See *infra* Pt. 3.

⁹ See *infra* Pt. 4.

¹⁰ See *infra* Pt. 5.

¹¹ Cf.: *Ehle*, *Op. cit.*, p. 83; *Berger*, *The International Arbitrator's Dilemma*, p. 223; *Idem*, *Promoting Settlements in Arbitration*, p. 46.

¹² Cf.: *Mariott*, *Op. cit.*, p. 533–537; *Ehle*, *Op. cit.*, p. 79; *Draetta*, *Op. cit.*, p. 487–491; *Berger*, *Promoting Settlements in Arbitration*, p. 46–47.

¹³ See: *Hwang*, *Op. cit.*, p. 572.

than getting hung up in abstract definitions, the focus should be on what it is that international arbitrators do or can do in their attempts to help the parties settle the case.

A similarly pragmatic approach has been suggested to avoid misunderstandings caused by the use of different terminology in the context of international business mediation¹⁴. While some strictly distinguish between “facilitative”, “evaluative”, and “transformative” mediation styles, others emphasize the “nature of mediation as a fluid and dynamic process”¹⁵. To avoid such terminological quarrels, it has been suggested to view the mediator’s role as a continuum¹⁶. The mediator should not be chained to one particular style and adhere slavishly to an abstract role model, but should adopt a pragmatic approach. He or she should be ready to take the role of a facilitative, evaluative or transformative mediator, or adopt a blend of these styles, depending on what the parties and the dispute require¹⁷.

Applied to international arbitration, the arbitrator’s role in the parties’ settlement efforts may also be viewed as a continuum — a spectrum of how far the arbitrator becomes involved in the parties’ settlement efforts. At one end of that *arbitrator role continuum* is the lowest possible degree of involvement: none. A large number of arbitrators, especially from the common law world, believe that they should not even mention the possibility of settlement to the parties, let alone become involved in any mean-

ingful way. They perceive it as belittlement to tell sophisticated commercial parties, who will likely have considered their options beforehand, that they are free to settle the dispute¹⁸. In their opinion, the fact that parties initiate an international arbitration means that they want a binding decision on their dispute¹⁹. If anything, these arbitrators assume that the parties will take up the issue of settlement among themselves outside the hearing room, without the need for the arbitral tribunal to assist them in their efforts.

The next step on the continuum is the arbitral tribunal’s abstract proposal that settlement may be an option. Section h(i) of Appendix IV to the ICC Rules 2017 suggests that arbitral tribunals inform the parties “that they are free to settle all or part of the dispute either by negotiation or through any form of amicable dispute resolution methods”²⁰. Most international arbitrators seem to accept this as part of their mandate²¹. Indeed, there is little that would speak

¹⁴ L.L. Riskin, *Understanding Mediator’s Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed*, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 1 (1996), p. 7, 9 (available at: <http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1684&context=facultypub>) (“...almost every conversation about mediation suffers from ambiguity, a confusion of the ‘is’ and the ‘ought’”).

¹⁵ See generally: K.P. Berger, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, 3rd ed., Wolters Kluwer Law & Business, 2015, para. 11-25.

¹⁶ Riskin, Op. cit, p. 44.

¹⁷ See: Ibid., p. 44-45; cf.: Chr. Duve, H. Eidenmüller & A. Hacke, *Mediation in der Wirtschaft: Wege zum professionellen Konfliktmanagement*, 2. Aufl., Otto Schmidt, 2011, S. 88.

¹⁸ Karton, Op. cit., 106 (discussing reports of English and Australian arbitrators who state this as the reason why they are reluctant to mention settlement at all).

¹⁹ Cf.: Karton, Op. cit., p. 106 (quoting an Australian arbitrator: “International arbitration is expensive and time consuming. Invariably, the parties try to negotiate. It would be outstanding if they didn’t try to negotiate. Arbitrations are a last resort. It’s pretty naive to say to the parties, ‘Have you considered trying to resolve this amicably?’ You know they got big law firms involved. Of course they know the ropes. It is very, very occasionally appropriate to say something”).

²⁰ Arbitration Rules and Mediation Rules, ICC, 2017, p. 63 (available at: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf.pdf>); see also: Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, 2nd ed., ICC, 2012, p. 11; The AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes (2004), Canon IV(F) (http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/commercial_disputes.authcheckdam.pdf).

²¹ Kaufmann-Kohler, Op. cit., p. 188; Draetta, Op. cit., p. 493; cf.: M.M. Pitkowitz & M.-T. Richter, *May a Neutral Third Person Serve as Arbitrator and Mediator in the Same Dispute?*, Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ), 2009, Heft 4, S. 227; O. Froitheim, *Die Ablehnung von Schiedsrichtern wegen Befangenheit in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit* (= Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, Bd. 31), Heymanns, 2016, S. 666.

against simply informing the parties that they might consider settling the case. On the other hand, this information *alone* may not go a long way to actually encourage settlement. As indicated above, parties will almost always be aware of the option to negotiate a settlement.

The part of the continuum where the arbitral tribunal actually contributes in a meaningful way is laid out in Sec. h(ii) of Appendix IV to the ICC Rules 2017, which states that “where agreed between the parties and the arbitral tribunal, the arbitral tribunal may take steps to facilitate settlement of the dispute”²². This provision acknowledges the intrinsic value of facilitating settlement between the parties. However, it does not provide any concrete examples of what these “steps to facilitate settlement” may look like. One of those steps is provided for in Art. 2(3)(a) IBA Rules of Evidence 2010: “The Arbitral Tribunal is encouraged to identify to the Parties... any issues that the Arbitral Tribunal may regard as relevant to the case and material to its outcome”. Such an early evaluation can be an important step to stimulate settlement between the parties as they realize their chances to succeed in the arbitration.

Another step further on the continuum is for the arbitral tribunal to conduct a full-fledged settlement conference with the parties. The Centre for Effective Dispute Resolution (hereinafter – CEDR), an independent British commercial ADR provider, has published a helpful soft-law instrument in that regard. The CEDR Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration 2009 (here-

inafter – CEDR Rules)²³ clarify that in a settlement conference, the arbitral tribunal not only discusses the chances of a possible settlement with the parties, but also its potential contents²⁴. The arbitral tribunal thus becomes immediately involved with the parties’ settlement efforts and discusses with them in a dialectic manner how the case is best to be settled.

Finally, on the far end of the continuum, there is caucusing. The practice of caucusing involves separate meetings by the arbitral tribunal with each party in order to get a better understanding of the background of the dispute and the parties’ respective interests, thus increasing the options for settlement²⁵. This approach is gleaned from mediation practice and is intended to “overcome the ‘negotiator’s dilemma’, which makes parties withhold information because they cannot be sure that the other side does not behave opportunistically”²⁶. While potentially very effective, such caucusing, when used in arbitration, raises important due process issues in regard to the parties’ right to be heard and the prohibition of *ex parte* communications with the arbitral tribunal²⁷.

It is here where the lines between arbitration and mediation start to blur. Parties may have Kafkaesque feelings about an arbitration-turned-mediation without them becoming entirely aware of it at the time²⁸. To avoid any confusion, the use of mediation techniques in the

²² See: DIS-Arbitration Rules 98, Sec. 32.1 (<http://www.disarb.org/en/16/rules/dis-arbitration-rules-98-id10>) (“At every stage of the proceedings, the arbitral tribunal should seek to encourage an amicable settlement of the dispute or of individual issues in dispute”); see also: Court of Innovative Arbitration (COIA) Rules (2015), Art. 13.4 (<http://coia.org/wp-content/uploads/2015/10/151001-COIA-Arbitration-Rules.pdf>) (“After consulting the parties and if neither party objects, the Arbitrator is authorized to attempt to bring about a settlement to the dispute”).

²³ CEDR Rules, Art. 5(1.1)–(1.4) (https://www.cedr.com/about_us/arbitration_commission/Rules.pdf).

²⁴ *Ibid.*, Art. 5(1.3).

²⁵ *Schneider*, *Op. cit.*, p. 90.

²⁶ *Berger*, *Private Dispute Resolution in International Business*, para. 12-3.

²⁷ See *infra* Sec. 5.4.

²⁸ Such transformations of the arbitral process into an entirely different process like mediation or conciliation mainly happen in Chinese arbitrations (see: China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) Arbitration Rules (2015), Art. 47(2) (<http://www.cietac.org/Uploads/201703/58c0fe0c7337a.pdf>) (“With the consents of both parties, the arbitral tribunal may conciliate the case in a manner it considers appropriate”); see also: *Kaufmann-Kohler*, *Op. cit.*, p. 196).

arbitration must be strictly distinguished from ADR proceedings which are conducted *separately* from the arbitration. Such separate proceedings may take place before, during or after the arbitration.

If they are conducted *before* the arbitration the entire process is often referred to as “Med-Arb”²⁹. Under the “Med-Arb” approach, arbitration is only initiated if the prior mediation has not led to a settlement between the parties. If the parties have so agreed, the same individual that has acted as mediator may then also act as arbitrator in the subsequent arbitration³⁰. Nevertheless, the proceedings remain formally separate and the arbitration constitutes an entirely new process. Similarly, some arbitration laws explicitly allow the arbitral tribunal to conduct mediation or conciliation during the arbitration, provided the parties consent³¹. Article 5(3.1) of the CEDR Rules clarifies that for that purpose “[t]he Arbitral Tribunal shall insert a Mediation Window in the arbitral proceedings”, resulting in what is often referred to

as “Arb-Med-Arb”³². Even though these proceedings are conducted during the arbitration and sometimes by the same individuals that are serving as arbitrators – which, in itself may pose considerable problems – such dispute resolution processes are strictly separate from the arbitration. The same is true for ADR proceedings conducted *after* the arbitration. In processes like “Arb-Med”³³ the arbitration ends with a non-binding award, giving the parties a basis to negotiate a settlement in subsequent mediation proceedings.

Contrary to such separate proceedings, this Article focuses on what an arbitral tribunal may legitimately do *in* an arbitration without changing the process into something else. For the present purposes, “settlement facilitation” shall refer to any aspect on the arbitrator role continuum, from mentioning the possibility of settlement in an abstract way to conducting caucus sessions.

3. A Growing User Appetite for Settlement Facilitation in International Arbitration

It is a truism that international arbitration provides the parties with the freedom to tailor the proceedings to their specific needs and to select arbitrators accordingly. Sociological studies have found that, for a long time, parties have not exercised this freedom in terms of appointing arbitrators specifically for their settlement facilitation skills³⁴. In these studies,

²⁹ See: *D. Ross, Med-Arb/Arb-Med: A More Efficient ADR Process or an Invitation to a Potential Ethical Disaster?*, in A.W. Rovine (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2012*, Martinus Nijhoff Pub., 2013, p. 359 (available at: <http://www.donnarossdisputeresolution.com/wp-content/uploads/2012/04/A1-Fordham-Papers-Med-Arb-Ross.pdf>); *E. Sussman, Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process*, *New York Dispute Resolution Lawyer*, Vol. 2 (2009), No. 1, p. 72 (available at: <http://sussmanadr.com/docs/Med%20arb%20NYSBA%20Spring%202009%20final%20PDF.pdf>).

³⁰ *Berger, Private Dispute Resolution in International Business*, para. 15-11.

³¹ See, e.g.: *Arbitration Ordinance (cap. 609) (2014)*, Sec. 33(1) (<https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609>) (“If all parties consent in writing, and for so long as no party withdraws the party’s consent in writing, an arbitrator may act as a mediator after the arbitral proceedings have commenced.”); *Singapore International Arbitration Act (cap. 143A) (1994)*, Sec. 17(1); *The Arbitration and Conciliation Act, 1996*, No. 26 of 1996 (India), Sec. 30(1) (<http://icadr.nic.in/file.php?123?12:1461580854>) (“...with the agreement of the parties, the arbitral tribunal may use mediation, conciliation or other procedures at any time during the arbitral proceedings to encourage settlement”).

³² See: *D. Nigmatullina, The Combined Use of Mediation and Arbitration in Commercial Dispute Resolution: Results from an International Study*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 33 (2016), Issue 1, p. 37–82.

³³ See: *Ross, Op. cit.*; cf.: *Stipanowich & Ulrich, Op. cit.*, p. 10, 25–28.

³⁴ *Th. Schultz & R. Kovacs, The Rise of a Third Generation of Arbitrators? Fifteen Years after Dezalay and Garth*, *Arbitration International*, Vol. 28 (2012), No. 2, p. 167 (available at: https://papers.ssrn.com/abstract_id=2343779); cf.: *2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration* (<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>), p. 26 (which does not mention the arbitrator’s approach to settlement facilitation as one of the “influences on choice of co-arbitrators”).

whether the arbitrator had the “[a]bility to encourage settlement between the parties” was seen as one of the least relevant criteria for arbitrator selection³⁵. That data has supported the traditional common law view that arbitrators should be reluctant to get involved in the parties’ settlement efforts³⁶. Today, it appears more difficult for opponents of settlement facilitation to rely on empirical data. Indeed, newer data suggests that parties’ selection patterns have significantly changed over the past years. The candidate’s approach to settlement facilitation and his or her abilities in this regard have become an important aspect in the selection process of arbitrators³⁷.

The reasons for this change are connected to a global shift in how parties to international commercial contracts prefer to resolve their disputes. Historically, the growth and success which arbitration has witnessed since the 1960s was mainly caused by the procedural straight-jackets, particularities and limits to party autonomy in domestic procedural laws. Because of these pitfalls, commercial parties regarded international arbitration as a highly attractive alternative to state court litigation. Today, the tide appears to be turning. Now that the “alternative” international arbitration has become the norm for cross-border disputes, the process is faced with ever increasing competition from other means of dispute resolution, such as ne-

gotiation, conciliation and mediation. These processes are viable “alternatives to the alternative” and thus become increasingly attractive for the users of international arbitration³⁸.

The *Global Pound Conference Series 2016–2017* provides valuable insights in this regard³⁹. This series of more than thirty conferences across the globe asks its participants (commercial parties, counsel, arbitrators, mediators and other stakeholders) for their experience and needs regarding alternative dispute resolution. The result is an unprecedented set of data, indicating how parties to international commercial contracts prefer to resolve their disputes today and in the future. Once all conferences have been concluded, this data will be published as “The GPC Series Final Report” at the end of 2017. The conferences that have taken place in 2016 already indicate what the final results may look like⁴⁰.

In the seven conferences that have taken place in 2016⁴¹, more than 600 stakeholders have answered important questions in regard to their dispute resolution preferences. One question they were asked is what role they want their dispute resolution providers (i.e. arbitrators, mediators and judges) to take⁴². A clear majority answered that, while they initially do not have a preference, they “seek guidance from the providers regarding optimal ways of resolving their

³⁵ *Schultz & Kovacs*, Op. cit., p. 167.

³⁶ Cf.: *Karton*, Op. cit.; see also: *Draetta*, Op. cit., p. 493; *Elsing*, *Procedural Efficiency in International Arbitration*, S. 117–118; *G.B. Born*, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 2007; *Froitzheim*, Op. cit., S. 665; cf.: *M. McIlwrath*, Chapter 23. *Selecting Arbitrators for Commercial Oil & Gas Industry Arbitrations*, in: J.M. Gaitis (ed.), *The Leading Practitioners’ Guide to International Oil & Gas Arbitration*, Juris Pub., 2015, p. 908.

³⁷ *E. Vidak-Gojkovic*, L. *Greenwood & M. McIlwrath*, *Puppies or Kittens? How To Better Match Arbitrators to Party Expectations*, in: Chr. Klausegger, P. Klein, F. Kremslehner, A. Petsche, N. Pitkowitz, J. Power, I. Welsler, G. Zeiler (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2016*, Manz; C.H. Beck; Stämpfli, 2016, S. 64–65; cf.: *McIlwrath*, Op. cit., p. 908.

³⁸ Cf.: *K.P. Berger & J.O. Jensen*, *It Takes Pressure to Form Diamonds: The Changing Landscape of Dispute Resolution and Its Implications for International Arbitration* (<http://www.kluwerarbitrationblog.com/2016/05/23/>).

³⁹ See *Global Pound Conference* (<http://www.globalpoundconference.org>) (hereinafter – GPC).

⁴⁰ See: *Cumulated Data Results: March to December 2016* (http://www.globalpoundconference.org/Documents/Aggregated%20Data%20Report%20GPC_28Dec.pdf) (showing the aggregated results of 2016).

⁴¹ The conferences that have taken place in 2016 were the GPCs in Singapore (March 17–18, 2016), Lagos (June 30, 2016), Mexico City (August 29, 2016), New York (September 12, 2016), Geneva (September 29, 2016), Toronto (October 15, 2016) and Madrid (October 20, 2016).

⁴² See: GPC, p. 13 (Session 1, Question 4: “What role do parties involved in commercial disputes want providers to take in the dispute resolution processes?”).

dispute” when such a dispute arises⁴³. This indicates that parties are in principle open to settlement suggestions beyond the specific dispute resolution process they are in at that moment.

In terms of dispute resolution policies, the participants indicated that currently the most effective commercial dispute resolution processes were those that combined adjudicative with nonadjudicative elements⁴⁴. This indicates a growing user-interest in settling disputes during adversarial proceedings in an amicable way, ideally with the assistance of the adjudicator. In line with that, there was a clear majority who thought that “[g]reater emphasis on collaborative instead of adversarial processes for resolving disputes” is going to have the most significant influence on the future of dispute resolution⁴⁵. Looking at the combination of these results, it becomes clear that parties increasingly seek dispute resolution methods that are not purely adversarial. Rather, they appreciate the possibility of combining adjudicatory with non-adjudicatory mechanisms.

This trend is also reflected in the growing number of escalation or multi-tier (“cascade”) dispute resolution clauses that are being included into international commercial contracts⁴⁶. These clauses foresee the mandatory

completion of a negotiation and / or mediation stage before arbitration proceedings may be initiated. Their purpose is that only a very limited number of disputes arising between the parties remain to be settled in adversarial arbitration proceedings, while the majority of them will have been settled amicably without the need to initiate arbitration.

Two other surveys indicate that parties may be increasingly interested in arbitrators with the skill to facilitate settlement. The first was conducted with more than 200 internationally active US arbitrators⁴⁷. It indicates that throughout the past five to ten years, the number of cases settled in the course of international arbitrations has been increasing significantly⁴⁸. Thus, there is a clear trend to seek a collaborative solution to disputes even if they have already resulted in adversarial proceedings. The second survey involved in-house counsel of Fortune 1,000 companies and concluded that saving time and money are the most important reasons why parties turn to alternative dispute resolution⁴⁹. While there are many ways in which time and money can be saved, settlement facilitation goes a long way towards that end.

First and foremost, settlement facilitation provides efficiency to the resolution of the parties’ dispute. Instead of going through the entire process of an international arbitration, the parties conclude their dispute at an earlier

⁴³ GPC, p. 13. That option received a total popularity ranking of 63%, followed by “[t]he providers decide on the process and the parties decide how the dispute is resolved” (38%) and “[t]he parties decide how the process is conducted and how the dispute is resolved (the providers just assist)” (34%).

⁴⁴ Ibidem. That option received a popularity ranking of 57%. It was followed by the adoption of “[p]re-dispute or pre-escalation processes to prevent disputes” (42%) and “[n]on-adjudicative dispute resolution methods (mediation or conciliation)” (39%).

⁴⁵ Ibid., p. 104 (“What innovations/trends are going to have the most significant influence on the future of commercial dispute resolution?” That option received a total popularity ranking of 60%. It was followed by “[c]hanges in corporate attitudes to conflict prevention” (53%) and “[h]armonisation of international laws and standards for dispute resolution systems” (29%).

⁴⁶ See: *K.P. Berger, Law and Practice of Escalation Clauses, Arbitration International*, Vol. 22 (2016), Issue 1, p. 1–18.

⁴⁷ *Stipanowich & Ulrich*, Op. cit., p. 2. The survey was conducted by the College of Commercial Arbitrators and Straus Institute for Dispute Resolution in 2013.

⁴⁸ Ibid., p. 17–18.

⁴⁹ Ibid., p. 8 (“Respondents to a 2011 survey of corporate counsel in Fortune 1,000 corporations identified each of the following goals as among the reasons companies choose ADR (alternative or appropriate dispute resolution) over litigation: saving time (70.9% of respondents); saving money (68.7%); allowing parties to resolve disputes themselves (52.4%); limiting discovery (51.5%); preserving privacy and confidentiality (46.8%); and preserving good relationships (43.5%). Each of these goals is likely to be effectively served – indeed, perhaps best served – by a negotiated settlement of disputes occurring as early as possible after a dispute arises” (footnotes omitted)).

stage, often after the taking of evidence. In addition, parties do not have to appoint a new individual to conduct a mediation to arrive at a settlement. Rather, arbitrators are already at the parties' disposal and are familiar with the facts of the case as well as the commercial background of the dispute⁵⁰. Second, arbitrators are in a far better position than the parties to pick the right moment in which to provide settlement facilitation. While the parties can only choose unilaterally when to put that option on the table and often feel a disadvantage in the mere fact that they propose settlement, the arbitral tribunal can evaluate the right moment from a neutral perspective⁵¹. Third, a settlement in the course of an arbitration provides security and predictability to the parties as the settlement contract may be turned into a consent award or award on agreed terms⁵². Thus, the result parties take away from a collaborative resolution of their dispute is as enforceable as that of adversarial arbitral proceedings. Finally, if an ongoing business relationship is at stake, parties will in many cases prefer an amicable settlement over an adversarial outcome⁵³. This not only saves the short-term legal costs for conducting the arbitration, but may create large revenues in the medium and long term if parties can continue their business relationship. For these reasons, parties from civil law jurisdictions sometimes even expect the arbitral tribunal to suggest a reasonable settlement when the time is ripe⁵⁴. For them, there is no doubt that this is part of the arbitrator's mandate. In China, for instance, approximately 50% of

parties explicitly request settlement facilitation from the tribunal during their arbitration⁵⁵.

Globally, all of this indicates the parties' growing appetite for more collaborative elements in the arbitral process⁵⁶. Parties from both civil and common law jurisdictions acknowledge the benefit of ending adversarial processes in an amicable way. Settlement facilitation provides an efficient, cost- and time-saving option to achieve that goal. Accordingly, many parties now require the skill from their arbitrator to be able to facilitate settlement between them⁵⁷. If those parties do not find what they are looking for in international arbitration, there is a possibility that they will turn to other methods of ADR such as mediation or conciliation⁵⁸.

4. Reconciling Settlement Facilitation with the Arbitrators Judicial Role

If parties require settlement facilitation, what is there to stop arbitrators from providing it? The answer to that question depends on one's conceptual understanding of the arbitrator's mandate. Today, it is largely undisputed that the arbitrator's mandate has a hybrid nature⁵⁹. On the one hand, it is defined by the par-

⁵⁰ Kaufmann-Kohler, *Op. cit.*, p. 197.

⁵¹ Ibidem.

⁵² See *ibidem*; see also: Draetta, *Op. cit.*, p. 487.

⁵³ See: *Ibid.*, p. 491; see also: J. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2012, p. 105.

⁵⁴ S.H. Elsing, *Commentary on Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration (DIS Rules)*, in: K.-H. Böckstiegel, St.M. Kröll & P. Nacimiento (eds.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd ed., Wolters Kluwer Law & Business, 2015, p. 690–692.

⁵⁵ Kaufmann-Kohler, *Op. cit.*, p. 196.

⁵⁶ Stipanowich & Ulrich, *Op. cit.*, p. 28–29.

⁵⁷ See *supra* fn. 37 and accompanying text.

⁵⁸ See: Berger & Jensen, *It Takes Pressure to Form Diamonds*; cf.: F.S. Nariman, *The Spirit of Arbitration: The Tenth Annual Goff Lecture*, *Arbitration International*, Vol. 16 (2000), Issue 3, p. 267 (“...until the resolution of a dispute by settlement is considered once again to be a constituent function of arbitration, ADR will take over and displace it as a pragmatic and workable alternative”).

⁵⁹ J.D.M. Lew, L.A. Mistelis & St.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, para. 5-26 (“The mixed or hybrid theory has become the dominant world-wide theory as elements of both the jurisdictional and the contractual theory are found in modern law and practice of international commercial arbitration.”); cf.: Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., p. 1991; E. Gaillard & J. Savage (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 1122.

ties' contract with the arbitrator (*receptum arbitri*) in which parties are free to shape the arbitrator's mandate in any way they see fit. In that sense, the arbitrator is a service provider to the parties. On the other hand, the arbitrator's role also has a judicial dimension. Arbitrators perform a "quasi-judicial" function and must adhere to the mandatory rules of the applicable *lex arbitri*⁶⁰. The combination of these two aspects to the arbitral mandate make the international arbitrator a "private judge"⁶¹.

In regard to settlement facilitation, some focus on the party autonomy aspect of the arbitrator's mandate and consider that mandate to comprise anything that helps the parties to resolve their dispute⁶². If parties are best served with a settlement conference, this is what the arbitrator will provide. The opponents of settlement facilitation have a narrower understanding of the arbitrator's mandate and focus on its judicial side. They see it as the arbitrator's sole task to *decide* the parties' dispute, not to settle it⁶³. To them, arbitration is about winning and losing, not about discussing options for an amicable settlement.

Conventional wisdom ascribes the latter view to the common law tradition⁶⁴. However, even some civil law jurists are convinced that "prodding parties towards settlement is not part

of the arbitrators' mandate"⁶⁵. If these voices acknowledge any arbitral role in settlement facilitation, it never extends beyond the very beginning of the arbitrator role continuum, i.e. proposing settlement to the parties in an abstract way⁶⁶. Anything beyond such a simple proposal is incompatible with their conception of the arbitrator's mandate. To them, the arbitrator's role as a private judge means that his or her mandate is limited to providing a binding decision on the parties' dispute⁶⁷.

It is true that a final decision on the parties' dispute is the arbitrator's main and original mandate⁶⁸. However, contrary to the opponents of settlement facilitation, the arbitral mandate is not confined to decision-making. Even with a focus on the arbitrator's judicial role, such a *narrow* understanding of that role does not reflect contemporary practice before most domestic courts around the world. Rather, a comparative analysis of different procedural laws indicates that it is an important aspect of the role of judges in many jurisdictions to facilitate settlement between litigating parties. This has traditionally been the case in jurisdictions of the "Germanic" background, i.e. Austria⁶⁹, Germa-

⁶⁰ Cf.: RG, 29.11.1904 – Rep. VII. 192/04, RGZ 59, 247, 249; *Jivraj v. Hashwani*, [2011] UKSC 40, para. 41 (appeal taken from EWCA).

⁶¹ Cf.: *J. Schäfer*, The Arbitrator as a Private Judge, in: *Walking a Thin Line: What an Arbitrator Can Do, Must Do or Must Not Do: Recent Developments and Trends* (Colloquium CEPANI 40, September 29, 2010), p. 22.

⁶² *Ehle*, Op. cit.; cf.: *Y. Dezalay & B.G. Garth*, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, University of Chicago Press, 1996, p. 40 (fn. 17) ("Pierre Lalive... hardly ever decided a case. They would all be settled at some point. And that takes a lot of skill... from the chairman...").

⁶³ *Hwang*, Op. cit., p. 571; *Collins*, Op. cit., p. 343; cf.: *Abramson*, Op. cit., p. 2.

⁶⁴ *Draetta*, Op. cit., p. 493; *Elsing*, *Procedural Efficiency in International Arbitration*, S. 117–118; *Born*, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., p. 2007; *Froitzheim*, Op. cit., S. 665; cf.: *McIlwrath*, Op. cit., p. 908.

⁶⁵ Berlin Event Considers Arbitrator and Counsel Ethics (<http://www.globalarbitrationreview.com/article/1069407/berlin-event-considers-arbitrator-and-counsel-ethics>).

⁶⁶ *Collins*, Op. cit., p. 343; *Born*, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., p. 2006; *C.A. Rogers & J.C. Jeng*, Chapter 7. The Ethics of International Arbitrators, in: *L.W. Newman & R.D. Hill* (eds.), *Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, 3rd ed., p. 204–205; cf.: *Waincymer*, Op. cit., p. 105.

⁶⁷ Cf.: *Stipanowich & Ulrich*, Op. cit., p. 6.

⁶⁸ *U. Theune*, *DIS Rules*, in: *R.A. Schütze* (ed.), *Institutional Arbitration: Article-by-Article Commentary*, C.H. Beck; Hart Pub.; *Nomos*, 2013, p. 262; cf.: *P. Schöldström*, *The Arbitrator's Mandate: A Comparative Study of Relationships in Commercial Arbitration under the Laws of England, Germany, Sweden and Switzerland*, Stockholms universitet, 1998, p. 324; *Lew, Mistelis & Kröll*, Op. cit., p. 279; *Born*, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., p. 1985.

⁶⁹ *Zivilprozessordnung (ZPO)*, Sec. 204(1), sentence 1 (Austria): "At the oral hearing, the court may, either at the request of a party or *ex officio*, attempt an amicable settlement of the entire dispute or certain aspects

ny⁷⁰, and Switzerland⁷¹. It is also the approach of other civil law jurisdictions, such as Belgium⁷², France⁷³, Italy⁷⁴, and the Netherlands⁷⁵.

However, most opponents of settlement facilitation in international arbitration fail to acknowledge that even in the main common law jurisdictions judges are now encouraged to facilitate settlement between the parties. In England and Wales, Section 1.4(1) and (2)(f) of the Civil Procedure Rules (CPR) provides that the court must “help... the parties to settle the whole or part of the case”. In the United States, the efficacy of this approach has also been acknowledged: “In this business-like system of civil procedure the tradition is strong that the court promotes compromise. The judge who gathers the facts soon knows the case as well as the litigants do, and he concentrates each subsequent increment of fact-gathering on the most important issues still unresolved”⁷⁶.

thereof” (authors’ translation). This provision applies to arbitrators by analogy. Cf.: *Ehle*, Op. cit., p. 81; *Born*, International Commercial Arbitration, 2nd ed., p. 2006.

⁷⁰ Zivilprozessordnung (ZPO), Sec. 278(1) (https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p1026): “In all circumstances of the proceedings, the court is to act in the interests of arriving at an amicable resolution of the legal dispute or of the individual points at issue”.

⁷¹ Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 197: “Litigation shall be preceded by an attempt at conciliation before a conciliation authority” (<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20061121/index.html>).

⁷² Code judiciaire, Art. 731.

⁷³ Code de procédure civile, Art. 21: “To conciliate parties is part of the mandate of the judge” (translation available at <https://www.legifrance.gouv.fr>).

⁷⁴ Codice di procedura civile, Art. 185.

⁷⁵ Dutch Code of Civil Procedure, Art. 87(1): “The court may, at the request of the parties or one of them or *ex officio*, in all cases and at any stage of the proceedings, order an appearance of the parties at the hearing in order to attempt a settlement” (authors’ translation).

⁷⁶ *J.H. Langbein*, The German Advantage in Civil Procedure, University of Chicago Law Review, Vol. 52 (1985), No. 4, p. 831–832 (available at: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1530&context=fss_papers).

Accordingly, US federal district judges are encouraged to facilitate settlement between the parties before them⁷⁷. In fact, state courts in many common law jurisdictions frequently facilitate settlement, which may go as far as conducting caucuses⁷⁸. Thus, the argument that settlement facilitation is incompatible with the arbitrator’s *judicial* role does not reflect judicial reality in many jurisdictions. Rather, it is a hallmark of civil procedure rules around the world that it is part of the judge’s mandate to help the parties before him or her to arrive at a settlement.

Another concern some have in regard to settlement facilitation is that arbitrators might abdicate their mandate to decide the parties’ case by using settlement between the parties as a short cut⁷⁹. They fear that parties may feel coerced into settling even though they would prefer an award⁸⁰. Of course, arbitrators “should never give the impression to the parties that they are more interested in the parties engaging into a settlement agreement than they are to decide the dispute through a final award”⁸¹. An arbitrator employing settlement facilitation as a way to enhance the efficiency of the proceedings must be very conscious of the parties’ wants and needs. Under no circumstances should the arbitrator force settlement negotiations upon parties who are not interested in them. But as long as the arbitral tribunal obtains the “informed consent” of the parties prior to taking any settlement facilitation mea-

⁷⁷ See: *D.M. Provine*, Settlement Strategies for Federal District Judges, Federal Judicial Center, 1986 (available at: <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/StlStrt.pdf>); cf.: *Dezalay & Garth*, Op. cit., p. 168 (“The [US] judge serves as a case manager [and] settlement adviser”).

⁷⁸ *Kaufmann-Kohler*, Op. cit., p. 191–192; cf.: *Harris*, Op. cit., p. 89.

⁷⁹ *Hwang*, Op. cit., p. 572; *Elsing*, Procedural Efficiency in International Arbitration, S. 118; *Theune*, Op. cit., p. 262.

⁸⁰ *Kaufmann-Kohler*, Op. cit., p. 200.

⁸¹ *Elsing*, Commentary on Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration (DIS Rules), p. 2.

tures⁸², there is no room for the concern that the measure is *forced* upon them. In any case, this concern is met by the opposing observation that some arbitrators do not facilitate settlement simply because they cannot or do not want to sacrifice the hours of arbitrating that an early settlement would entail⁸³.

At the end of the day, whether settlement facilitation is compatible with the hybrid nature of the arbitrator's mandate comes down to a simple question: where is the harm of providing it, if a) this is what the parties want in a given case; b) their legitimate expectations with respect to the scope of the tribunal's initiative are met; and c) their mandatory due process rights are preserved? Just as party autonomy allows the parties to tailor their dispute, the contractual nature of arbitration allows them to shape the arbitrator's mandate. This makes the arbitrator's mandate a flexible creature, to a large part defined by what parties want it to be. If the parties require active involvement by an arbitrator in their settlement efforts, settlement facilitation becomes part of the arbitrator's mandate.

Indeed, as party expectations change and develop⁸⁴, the general concept of the arbitrator's mandate may evolve accordingly⁸⁵. In light of the civil procedure rules outlined above, it is not surprising that "there is generally no blanket prohibition even in [common law] systems against arbitrators proposing settlement of the parties' dispute"⁸⁶. Quite to the contrary: "Many arbitrators, arbitration practitioners and scholars are now recognizing that the traditional pa-

radigm of the arbitrator as single-minded adjudicator must be refined to incorporate a broader concept of the arbitral role, including active case management at all stages of the proceeding, early resolution of some or all issues, and activities that set the stage for settlement"⁸⁷.

This broad understanding of the arbitrator's *judicial* role is now acknowledged in many modern arbitration laws⁸⁸, arbitration rules⁸⁹ and soft law instruments⁹⁰. These laws and rules explicitly endow the arbitral tribunal with the power to facilitate settlement, should the parties require it. Particularly noteworthy in this regard are the CEDR Rules, which provide a transnational standard and have already received a good amount of attention by commentators⁹¹. Significant are also the changes made to

⁸² Cf.: IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, IBA, 2014, p. 11 (available at: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918>) ("Informed consent by the parties to such a process prior to its beginning should be regarded as an effective waiver of a potential conflict of interest").

⁸³ Cf.: *Stipanowich & Ulrich*, Op. cit., p. 7.

⁸⁴ See supra Pt. 3.

⁸⁵ Cf.: *Agrimex Ltd. v. Tradigrain SA*, [2003] EWHC 1656 (Comm.), para. 31.

⁸⁶ *Born*, International Commercial Arbitration, 2nd ed., p. 2007.

⁸⁷ *Stipanowich & Ulrich*, Op. cit., p. 29; cf.: *Elsing*, Procedural Efficiency in International Arbitration, S. 118 ("Th[e] objections raised against the involvement of arbitrators in settlement attempts cannot, and must not, prevail over the obvious advantages that emphatic promotion of settlements brings, in particular, time and cost efficiency and greater acceptance by the parties").

⁸⁸ The Arbitration and Conciliation Act, 1996, No. 26 of 1996 (India), Sec. 30(1): "It is not incompatible with an arbitration agreement for an arbitral tribunal to encourage settlement of the dispute..."; [Japanese Arbitration Law], Law No. 138 of 2003, Art. 38(4): "An arbitral tribunal or one or more arbitrators designated by it may attempt to settle the civil dispute subject to the arbitral proceedings, if consented to by the parties"; Dutch Arbitration Act 2015, Art. 1043: "At any stage of the proceedings the arbitral tribunal may order the parties to appear in person for the purpose of attempting to arrive at a settlement". The arbitration laws of Singapore and Hong Kong are to the same effect (see supra fn. 31).

⁸⁹ DIS-Arbitration Rules 98, Sec. 32.1; Court of Innovative Arbitration (COIA) Rules (2015), Art. 13.4.

⁹⁰ CEDR Rules; AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes (2004), Canon IV(F); IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987, Rule 8 (https://www.trans-lex.org/701100/_/iba-rules-of-ethics-for-international-arbitrators-1987/#head_9).

⁹¹ Cf.: *Nappert & Flader*, Op. cit.; *Draetta*, Op. cit., p. 495 (fn. 7); *Ehle*, Op. cit., p. 86–87; *Elsing*, Procedural Efficiency in International Arbitration, S. 118; *Greenwood*, Op. cit., p. 206–207; *Stipanowich & Ulrich*, Op. cit., p. 1 (fn. 4); *A. Panov & S. Petit*, Amicable Settlement in International Arbitration, in: *The European, Middle Eastern and African Arbitration Review 2015*, GAR, 2015.

the UNCITRAL Rules of Organizing Arbitral Proceedings. These Notes restate the current practice of conducting international arbitrations and reflect the views of the civil and common law practitioners who were part of the Working Group preparing the Notes. While the 1996 version of these Notes merely stated that “[a]ttitudes differ as to whether it is appropriate for the arbitral tribunal to bring up the possibility of settlement”⁹², the updated 2016 version now acknowledges that “[i]n appropriate circumstances, the arbitral tribunal may raise the possibility of a settlement between the parties”⁹³. Though this is still a rather cautious approach, it reflects the general perception that the arbitrator’s judicial mandate is, in principle, compatible with becoming involved in the parties’ settlement efforts.

In light of all these considerations, an arbitrator should no longer be viewed as a one-dimensional decision-maker. Rather “[a]n arbitrator, is an arbitrator, is an arbitrator, whose function it is, not merely to adjudicate the dispute, but also to help resolve it amicably with the co-operation of the parties. <...> ‘Arbitration’ must never be considered as excluding from its purview the settlement of a dispute before the arbitrator: because this is of the essence of *the spirit* of arbitration”⁹⁴.

Thus, *whether* arbitrators may facilitate settlement between the parties is not the decisive question anymore. The decisive question is *how* specifically international arbitrators may be involved while at the same time complying with the judicial part of their mandate to safeguard due process between the parties. This is what the following section is concerned with.

5. Available Tools for the Facilitation of Settlements

This last section will address certain methods and techniques international arbitrators can employ at different stages of the arbitration to facilitate settlement between the parties. Along the arbitrator role continuum⁹⁵, the present section will consider the concerns opponents of settlement facilitation may have regarding the parties’ due process rights. It is hoped that thus, regardless of their cultural background, international arbitrators will acknowledge that settlement facilitation can provide valuable efficiency without sacrificing due process.

5.2. Mentioning Settlement to the Parties

Most arbitrators agree that, at any stage of the proceedings, they can suggest that the parties may attempt a settlement⁹⁶. For some arbitrators, this has become a routine question at the initial case management meeting. Arbitrators opposing even mentioning settlement at this stage of the proceedings assume that parties are sophisticated enough to negotiate a settlement without the arbitrator making them aware of that option⁹⁷. Their approach is based on the assumption that parties do not want to waste more time and money on settlement attempts. Rather, they seek a definitive outcome of their dispute. Neither will they be interested in saving their business relationship as they would not have initiated arbitration if that relationship could be saved. This makes those arbitrators reluctant to even mention settlement to the parties.

Indeed, whether mentioning settlement facilitation to the parties makes sense may well depend on what the parties have been through before they have initiated arbitration. If they have already unsuccessfully completed several steps of an escalation clause and / or tried to

⁹² UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings (1996), para. 47 (<http://www.his.com/~dlevy/english/texts/arbitration/arb-notes.htm>).

⁹³ UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016), para. 72 (<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-2016-e-pre-release.pdf>).

⁹⁴ *Nariman*, *The Spirit of Arbitration*, p. 267 (emphasis in original).

⁹⁵ See *supra* Pt. II.

⁹⁶ See *supra* fn. 17.

⁹⁷ See *supra* fn. 14–15.

mediate the dispute, there is less chance that they will be interested in settlement facilitation. In all other cases, there is little that speaks against at least mentioning the possibility of settlement to the parties.

5.2. *Providing an Early Neutral Evaluation*

A technique that is not immediately aimed at bringing about a settlement, but often leads to it, is providing an early neutral evaluation. In an early neutral evaluation, the arbitral tribunal shares its preliminary views on the entire case or individual issues with the parties at an early stage of the proceedings. This allows the parties to tailor their submissions to what the arbitral tribunal considers the crucial points of the case and can thus help to expedite the proceedings considerably. In addition, once the parties know the arbitral tribunal's tendency in regard to specific issues, settlement efforts are usually more successful as each party is aware of the strengths and weaknesses of its case⁹⁸. This is reflected in one Swiss arbitrator's approach: "I think that it is helpful after the first or second exchange of briefs, that you sit together with the parties and that the arbitrators – but generally only if the parties agree to it – present their preliminary opinions on the basis of the evidence that has so far been produced... I call them preliminary views conferences"⁹⁹.

This approach has also been adopted in the CEDR Rules. Article 5(1.1) CEDR Rules allows the tribunal to:

"provide all Parties with the Arbitral Tribunal's preliminary views on the issues in dispute in the arbitration and what the Arbitral Tribunal considers will be necessary in terms of evidence from each Party in order to prevail on those issues"¹⁰⁰.

Before the arbitrators provide their preliminary views, it is essential to obtain all parties' consent¹⁰¹. Under no circumstances may the arbitral tribunal's views be imposed upon a party that, for whatever reasons, does not want to hear them. Even with such consent, some arbitrators are hesitant to provide an early neutral evaluation. For example, Chinese arbitrators, known for their traditional sympathy for settlement facilitation, do not provide an early evaluation "because they consider that expressing an opinion on the outcome would be improper and would put their impartiality in jeopardy"¹⁰². Other international arbitrators have similar concerns: "As one put it, if the arbitrators were to share their preliminary opinions on any point of fact or law: "In my view you could overturn the award. You can't indicate that you've made up your mind until the end of the arbitration". Another interviewee, a former judge, said: "You have to be careful because you don't know enough about the case, you have to do it very cautiously. I came closest to it as a judge, and people then say 'He made up his mind against us'"¹⁰³.

These concerns about the appearance of bias are overrated. An early neutral evaluation does not lead to the arbitrator making up his or her mind before the conclusion of the case. Rather, arbitral decision-making is a long and continuous process¹⁰⁴. Having indicated their *preliminary* views to the parties at a certain point in time during the proceedings will not deter international arbitrators from arriving at diametrically opposed *final* conclusion in the award in case a thorough review of all submissions and evidence so requires. Nevertheless, to avoid any appearance of bias, arbitrators should expressly reserve their right to reconsider their position and make it very clear to the parties that the arbitral tribunal is still open to all submissions and views after having provided

⁹⁸ Cf.: Kaufmann-Kohler, Op. cit., p. 188.

⁹⁹ Karton, Op. cit., p. 107.

¹⁰⁰ Cf. Art. 2(3) IBA Rules of Evidence, supra Pt. II.

¹⁰¹ Schneider, Op. cit., p. 76.

¹⁰² Kaufmann-Kohler, Op. cit., p. 197.

¹⁰³ Karton, Op. cit., p. 106; cf.: Gill, Op. cit., p. 159.

¹⁰⁴ Schneider, Op. cit., p. 76; cf.: Froitzheim, Op. cit., S. 668.

an early evaluation¹⁰⁵. In addition, arbitrators should obtain a waiver from each party of its right to challenge the impartiality of the arbitrators due to them providing an early neutral evaluation if settlement fails and the proceedings continue. If these safeguards are in place, there is no reason for concern regarding the parties' due process rights in connection with an early neutral evaluation.

Finally, a practical concern about early neutral evaluation by international arbitrators may be that it is too early for the arbitral tribunal to have thoroughly reviewed the case file: "the principal risk for an arbitrator [providing preliminary views] is not the appearance of bias or pre-judgment but the revelation of the arbitrator's ignorance of the [f]ile"¹⁰⁶. Such considerations may well lead some arbitrators not to suggest an early neutral evaluation. However, the perceived extra-effort of reviewing the case file at an early point in the arbitration should not be misunderstood as wasted time if the parties do not reach a settlement. Quite to the contrary, an early evaluation of the issues at stake is an ideal way to take charge of the process and may be critical for streamlining the proceedings and providing a bespoke procedure for the individual dispute¹⁰⁷. Thus, if an early evaluation does not lead to settlement, it will in any case greatly assist the parties and the tribunal to focus on the key issues at stake.

5.3. Conducting a Settlement Conference

A measure that is more directly aimed at facilitating settlement than an early neutral evaluation is a settlement conference between the arbitral tribunal and the parties. Often, such settlement conferences are referred to as the "Germanic" approach to facilitating settlement¹⁰⁸. Section 32.1 DIS Rules 1998 serves as a proxy

for this approach¹⁰⁹. It states that "[a]t every stage of the proceedings, the arbitral tribunal should seek to encourage an amicable settlement of the dispute or of individual issues in dispute". This provision is rooted in Sec. 278(1) German Code of Civil Procedure which includes a similar provision for state court judges¹¹⁰. To better understand its significance, three points deserve mentioning. First, the reference to "every stage of the proceedings" means that it is a continuing task of the arbitral tribunal to evaluate the case and propose a settlement conference whenever it considers the moment to be right. Second, Sec. 32.1 DIS Rules 1998 is not formulated as an obligation ("should" rather than "shall"). It thus makes settlement facilitation a *nobile officium* of the arbitral tribunal, while at the same time protecting the arbitrators against the accusation of partiality if they act under the provision¹¹¹. Finally, that the arbitral tribunal should "seek to encourage" settlement means that a settlement conference must not be imposed on the parties against their will. Nevertheless, some understand this requirement as "empowering the arbitral tribunal to present *proprio motu* its own settlement proposals" without the need "to obtain the parties' approval in advance"¹¹². That understanding is in line with the fact that, in many cases, Sec. 32.1 DIS Rules 1998 only reflects the parties' pre-existing expectations¹¹³. However, there will always be parties that are either not familiar with settlement conferences or who have their reasons for not wanting them in a given case. Thus, before conducting a settlement conference, arbitral tribunals must always – and in practice usually do – obtain the

¹⁰⁵ Ehle, Op. cit., p. 82; Schneider, Op. cit., p. 76.

¹⁰⁶ Schneider, Op. cit., p. 76 (quoting A. Hirsch).

¹⁰⁷ Berger & Jensen, Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule, p. 431.

¹⁰⁸ Raeschke-Kessler, The Arbitrator as Settlement Facilitator, p. 525; Berger, Promoting Settlements in Arbitration, p. 46.

¹⁰⁹ See: DIS-Arbitration Rules 98, Sec. 32.1.

¹¹⁰ Cf. supra fn. 70.

¹¹¹ See *Elsing*, Commentary on Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration (DIS Rules), p. 3; see also: *Favalli & Hasenclever*, Op. cit., p. 22.

¹¹² *Elsing*, Procedural Efficiency in International Arbitration, S. 118.

¹¹³ See: *Elsing*, Commentary on Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration (DIS Rules), p. 1.

parties' express consent to this process, including under Sec. 32.1 DIS Rules 1998¹¹⁴.

In the settlement conference, the arbitral tribunal explores and discusses the chances for and the possible content of a settlement agreement with the parties in a dialectic and interactive process. Often, the party-appointed arbitrators play an important role in these discussions because a party may be more likely to understand (and accept) the arguments of the tribunal if they are presented to it by the arbitrator it has appointed¹¹⁵. The ideal result of such a conference is a settlement agreement concluded by the parties, either with the assistance of the arbitral tribunal or outside the hearing room.

Significantly, despite their common-law origin, the CEDR Rules also adopt this "Germanic" approach in Art. 5(1):

"Unless otherwise agreed by the Parties in writing, the Arbitral Tribunal may, if it considers it helpful to do so, take one or more of the following steps to facilitate a settlement of part or all of the Parties' dispute:

<...>

1.2. provide all Parties with preliminary non-binding findings on law or fact on key issues in the arbitration;

1.3. where requested by the Parties in writing, offer suggested terms of settlement as a basis for further negotiation;

1.4. where requested by the Parties in writing, chair one or more settlement meetings attended by representatives of the Parties at which possible terms of settlement may be negotiated."¹¹⁶

The main concern about such settlement conferences is that arbitrators make themselves vulnerable to challenges. A settlement proposal

may be regarded as a sign of bias towards one party, as such a proposal will usually point out a weakness in at least one party's case¹¹⁷. However, actual bias because of a participation in settlement conferences is very infrequent¹¹⁸. Indeed, anecdotal evidence suggests that instances in which parties divulge sensitive information during settlement negotiations which they have not presented in their submissions are "extremely rare"¹¹⁹. In any case, this concern can be rebutted by acquiring all parties' consent before conducting a settlement conference. If all parties give their informed consent and waive any right to challenge the arbitral tribunal because of its participation in a settlement conference, the parties are barred from any challenges on these grounds¹²⁰.

Under the DIS Rules, such a waiver may be dispensable as the existence of Sec. 32 DIS Rules 1998 already protects the arbitrators against any challenges¹²¹. A waiver may also be dispensable where the DIS Rules do not apply, but the seat of the arbitration is in Germany. Even without an express waiver of the right to challenge an arbitrator, German courts have repeatedly denied challenges because of an arbitrator's involvement in a settlement conference to which the parties had previously consented:

"The fact that an arbitrator has participated in settlement negotiations with the parties and has supported a settlement proposal which is

¹¹⁴ See: *Elsing*, Commentary on Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration (DIS Rules), p. 3.

¹¹⁵ *H. Raeschke-Kessler*, Making Arbitration More Efficient: Settlement Initiatives by the Arbitral Tribunal, *International Business Lawyer*, Vol. 30 (2002), Issue 4, p. 161; *Berger*, Promoting Settlements in Arbitration, p. 46.

¹¹⁶ See supra fn. 23.

¹¹⁷ See: *B.M. Cremades*, Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration, *Arbitration International*, Vol. 14 (1998), Issue 2, p. 162; *Kaufmann-Kohler*, Op. cit., p. 197–198; *Elsing*, Commentary on Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration (DIS Rules), p. 3.

¹¹⁸ *Elsing*, Procedural Efficiency in International Arbitration, S. 118.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ See: *Kaufmann-Kohler*, Op. cit., p. 198; see also: *Theune*, Op. cit., p. 263; *Berger*, Promoting Settlements in Arbitration, p. 47.

¹²¹ *Elsing*, Commentary on Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration (DIS Rules), p. 3; *Favalli & Hasenclever*, Op. cit., p. 3–4.

far away from the expectations of the party that challenges him, does not justify, in and of itself, doubts as to his independence and impartiality. Rather, from the perspective of a reasonable party, this would be the case only if that party could have the legitimate impression that the conduct of the arbitrator is based on bias or arbitrariness. If a settlement shall be reached during settlement negotiations, the arbitrator must be granted considerable leeway for his [or her] own proposals. The considerations which the arbitrator makes in such a context must not be regarded as final determinations of the legal issues at stake, but as mere thought-provoking impulses for the parties' settlement negotiations. If one of the parties discovers errors in the tribunal's arguments and proposals, it may always argue against them and reject a settlement based on those arguments or proposals and may, through further submissions and motions for the taking of evidence, try to make the arbitrators change their minds¹²².

In all other cases, the significance of obtaining such a waiver is expressed in the official explanation of General Standard 4(d) of the IBA Guidelines on Conflict of Interest 2014:

“[T]he arbitrator should receive an express agreement by the parties that acting in such a manner shall not disqualify the arbitrator from continuing to serve as arbitrator. Such express agreement shall be considered to be an effective waiver of any potential conflict of interest that may arise from the arbitrator's participation in such process or from information that the arbitrator may learn in the process. If the assistance by the arbitrator does not lead to final settle-

ment of the case, the parties remain bound by their waiver¹²³.

Indeed, in light of the ever-increasing number of challenges and the misuse of that right by some parties¹²⁴, the arbitral tribunal should always obtain the parties' *informed consent* and waiver of any challenges connected to the tribunal's settlement efforts before it conducts a settlement conference. Once this consent and the waiver are obtained, there is nothing that would speak against conducting a settlement conference¹²⁵.

5.4. Using Mediation Techniques, in Particular Caucusing

Finally, at the far end of the arbitrator role continuum is the use of tools borrowed from mediation¹²⁶. The classic example is caucusing¹²⁷. Caucusing is the most controversial settlement facilitation technique on the arbitrator role continuum. As caucusing occurs in the arbitration itself, not as a separate Arb-Med or Arb-Med-Arb process¹²⁸, the parties' due process rights are in full force¹²⁹. Of particular concern in regard to caucusing is the parties' right to be heard. If the arbitral tribunal holds private sessions and listens to what one party has to say in the absence of the other, that party may reveal facts to the members of the tribunal the other party is unable to rebut¹³⁰. Such an *ex parte* con-

¹²² OLG München, 3. Januar 2008 – 34 SchH 3/07: Zur Ablehnung eines Schiedsrichters, Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ), 2008, Heft 2, S. 104 (authors' translation; citations omitted); cf.: OLG Frankfurt am Main, 27. April 2006 – 26 SchH 1/06: Zur Ablehnung eines Schiedsrichters und zum Antrag auf Feststellung der Unzulässigkeit des Verfahrens, Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ), 2006, Heft 6, S. 331.

¹²³ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, p. 10.

¹²⁴ Cf.: G.J. Horvath & St. Wilske (eds.), *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2013, p. 33–34.

¹²⁵ *Kaufmann-Kohler*, Op. cit., p. 198.

¹²⁶ See generally: *K.P. Berger*, Integration of Mediation Elements into Arbitration: “Hybrid” Procedures and “Intuitive” Mediation by International Arbitrators, *Arbitration International*, Vol. 19 (2003), Issue 3, p. 387–403; cf.: *Cremades*, Op. cit., p. 162; *Berger*, Promoting Settlements in Arbitration, p. 48; *Olik & Čáp*, Op. cit., p. 252.

¹²⁷ See supra Pt. 2.

¹²⁸ *Ehle*, Op. cit., p. 82; cf. supra Pt. 2.

¹²⁹ *Berger*, Promoting Settlements in Arbitration, p. 48.

¹³⁰ *Kaufmann-Kohler*, Op. cit., p. 198; *Gill*, Op. cit., p. 159; cf.: *Olik & Čáp*, Op. cit., p. 252.

versation is a textbook example for a violation of the right to be heard and usually constitutes a ground to vacate the award¹³¹.

Some are of the opinion that this concern can be alleviated by obtaining all parties' consent that caucusing may be conducted: "Since flexibility is the main advantage of the arbitral process, separate meetings with the parties should therefore not be definitely ruled out, for example in order to overcome final obstacles in the way of a settlement. Any initiative for unilateral caucusing during settlement negotiations in which the arbitral tribunal participates should come from the parties and all parties have to agree on this method"¹³².

Indeed, if it is true that the parties are free to shape the arbitrator's mandate in any way they see fit¹³³, why should party autonomy not allow them to contract out of their right to be heard and validly agree that the arbitral tribunal may conduct caucuses?

This is where the second prong to the arbitrator's mandate comes into play, namely his or her judicial mandate to safeguard the parties' mandatory due process rights. In light of the paramount importance of the parties' right to be heard as a core due process (or *natural justice*) right, it is doubtful whether state courts would confirm an agreement to waive the right to be heard. Indeed, courts have been hesitant

in allowing parties to waive other due process rights. In the famous *Dutco* case, for instance, the French *Cour de Cassation* has declared that parties cannot waive their right to each select an arbitrator¹³⁴. Similarly, the Ninth Circuit Court of Appeals has held that mandatory provisions, such as the parties' right to a judicial review of the arbitral award in set aside proceedings, cannot be waived by party agreement¹³⁵. However, both courts have emphasized that this only applies to waivers in the parties' arbitration agreement, i.e. before the dispute has arisen. Since the question of caucusing usually only comes up in regard to settlement facilitation when the arbitration is already on the way, it may be possible for parties to waive their right to be heard in that respect and provide their *informed consent* to conduct caucuses. Indeed, when confronted with a specific situation in which the arbitral tribunal considers caucusing key to arriving at an amicable solution, the parties are in a position to determine the specific impact of a waiver of their right to be heard in exchange for the increased possibility that they achieve a settlement.

However, caucusing also raises concerns regarding the arbitrator's impartiality (the second core *natural justice* requirement). It is the purpose of a caucus session that parties feel free to disclose information they otherwise would not have revealed. Accordingly, the arbitrator will learn facts in caucusing which are not contained in the case file of the arbitration¹³⁶. In some cases, these facts may indicate a different outcome to what the case file would require. While the ar-

¹³¹ N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern & M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed., Oxford University Press, 2015, para. 6.192; G.B. Born, *International Arbitration: Cases and Materials*, 2nd ed., Wolters Kluwer Law & Business, 2015, p. 1236. Compare to the *ex parte* conversations by a party-appointed arbitrator in the maritime boundary arbitration between Croatia and Slovenia which have become known as the "Sekolec Scandal" (see: A. Ross, "Poisoned Waters": Croatia's Stance on the Sekolec Scandal (<http://globalarbitrationreview.com/article/1034698/%E2%80%9Cpoisoned-waters%E2%80%9D-croatia%E2%80%99s-stance-on-the-sekolec-scandal>)).

¹³² Raeschke-Kessler, *Making Arbitration More Efficient*, p. 161; cf.: R. Wolff, *Verzicht auf rechtliches Gehör im Schiedsverfahren*, in: M. Nueber, D. Przeszlowska & M. Zwirchmayr (Hgs.), *Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel*, Verlag Österreich, S. 180.

¹³³ See supra Pt. IV.

¹³⁴ *BKMI Industrienlagen GmbH & Siemens AG v. Dutco Construction*, Cass. 1^{er} civ., 7 janvier 1992, joint les pourvois n^{os} 89-18.708 et 89-18.726, Bull. civ. I, n^o 2, p. 2, 1992 Rev. arb., p. 470; cf.: K.P. Berger, *Schiedsrichterbestellung in Mehrparteischiedsverfahren: Der Fall "Dutco Construction" vor französischen Gerichten*, *Recht der internationalen Wirtschaft (RIW)*, 1993, Heft 9, S. 702–707.

¹³⁵ *In re Wal-Mart Wage and Hour Employment Practices Litigation*, 737 F.3d 1261 (9th Cir. 2013).

¹³⁶ Raeschke-Kessler, *The Arbitrator as Settlement Facilitator*, p. 525; Ehle, *Op. cit.*, p. 83; Elsing, *Procedural Efficiency in International Arbitration*, S. 118; cf.: Gill, *Op. cit.*, p. 158–159.

bitrator will be conscious to ignore all information obtained in caucusing when deciding on the merits, there is a non-negligible risk that the arbitrator will not be able to entirely exclude these facts from his or her intellectual decision-making process¹³⁷. This risk alone suffices to create the appearance of bias. Therefore, caucusing should be avoided even if all parties' consent has been obtained¹³⁸. This is in line with the CEDR Rules which state in Art. 5 (2.1) that “[t]he Arbitral Tribunal shall not meet with any Party without all other Parties being present”. Fortunately, the prohibition of caucusing does not constitute a real threat to the success of arbitrators' initiatives to foster a settlement between the parties as the success rate of the other methods on the arbitrator role continuum is already high¹³⁹.

6. Conclusion

For more than 50 years, there has been a debate whether it is appropriate for international arbitrators to facilitate settlement. The recent tectonic shift in the dispute resolution landscape towards more collaborative methods of ADR suggests that now the time has come to put that debate to bed and embrace settlement facilitation as an efficient way to end the par-

ties' dispute. The growing interest in resolving disputes amicably puts international arbitrators at a crossroads. Either provide what the parties require and offer settlement facilitation within the limits of the parties' legitimate expectations and due process rights — or lose them to competitive alternatives such as mediation, conciliation and similar collaborative methods of ADR. In terms of settlement facilitation, there is no reason to bow down and leave the field to these “alternatives to the alternative”. While it is true that, first and foremost, it is the arbitrator's mandate to *decide* the parties' dispute, that mandate is not limited to decision-making. Rather, settlement facilitation has become a genuine additional part of the modern arbitrator's mandate. In line with that change, most practitioners have overcome the common law / civil law divide. They facilitate settlement where the parties and the case so require — regardless of their cultural background and legal upbringing. This is reflected in the CEDR Rules which, it is hoped, will grow to become the “IBA Rules of Evidence” for settlement facilitation by international arbitrators. It is also reflected in a show of hands at the *Fordham International Arbitration and Mediation Conference 2016*, which has indicated that a surprising number of common law practitioners do see a role for international arbitrators in the facilitation of settlement in international arbitration proceedings.

Today, it seems to be understood that the preferable approach, also in this area of international arbitration law, is pragmatic rather than dogmatic. The question is not *whether* arbitrators should or should not facilitate settlement from a conceptual point of view. It is *how* they can best assist the parties to resolve their dispute: either by rendering a final award or assisting them in achieving a negotiated settlement if and to the extent that they so wish. Hence, techniques to facilitate settlement of the dispute should belong to the arsenal of every international arbitrator in order to diversify the services which the arbitration community is able to provide to its users.

¹³⁷ The influence of the unconscious on arbitral decision-making has been discussed to a considerable extent. See, e.g.: Chr.R. Drahozal, Behavioral Analysis of Arbitral Decision Making, in: Chr.R. Drahozal & R.W. Naimark (eds.), *Towards a Science of International Arbitration: Collected Empirical Research*, p. 319–337; L. Reed, The 2013 Hong Kong International Arbitration Centre Kaplan Lecture – *Arbitral Decision-Making: Art, Science or Sport?*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 30 (2013), Issue 2, p. 85–99; E. Sussman, Arbitrator Decision-Making: Unconscious Psychological Influences and What You Can Do about Them, *American Review of International Arbitration*, Vol. 24 (2013), No. 3, p. 487–514 (available at: https://papers.ssrn.com/abstract_id=2372307); R.K. Helm, A.J. Wistrich & J.J. Rachlinski, Are Arbitrators Human?, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 13 (2016), Issue 4, p. 666–692 (2016).

¹³⁸ Kaufmann-Kohler, Op. cit., p. 204; Berger, *The International Arbitrator's Dilemma*, p. 224.

¹³⁹ Raeschke-Kessler, *The Arbitrator as Settlement Facilitator*, p. 535.

В статье описываются и анализируются принципы толкования и исполнения пробелов договоров в английском праве с особым акцентом на договорах строительного подряда, а также представлен и проанализирован в соответствии с английским правом ряд особо актуальных проблемных вопросов по договорам строительного подряда. Особое внимание в статье уделяется самым недавним случаям правоприменения в английских судах по рассматриваемой тематике, особенно в отношении контрактов FIDIC. В первой части статьи приводятся примеры из судебной практики и анализ ряда общих принципов толкования и исполнения пробелов соглашений сторон. Вторая часть статьи, которая будет опубликована в ближайших номерах нашего журнала, содержит обзор и анализ правоприменения и теории в отношении следующих вопросов, касающихся правового регулирования отношений по строительному подряду в английском праве: задержки исполнения, продления срока, неустойки, расторжения договора, сроков и процедур, определения размера убытков и т.д.

Первоначально данная статья была опубликована в 2016 г. на датском языке в журнале „Tidsskrift for Bygge- og Boligret“ (2016. 703).

Niels Schiersing,

FCIArb, Advocate (Denmark) and Solicitor (England & Wales), Member of Arbitration Chambers London & Hong Kong

Construction Contracts in English Law – General Part

1. Introduction

Around the world, contracts regarding international construction and civil engineering projects – both offshore and onshore – are often governed by English law, and English law to this very day remains at the core of the entire common law system. Generally, English law may be said to be a “default” choice of law in commercial contracts within a number of different areas, including the construction industry. Consequently, it is crucial that individuals involved in drafting, negotiating and concluding international construction contracts “governed by and construed in accordance with English law” (or other common law jurisdictions) as well as individuals engaged in resolv-

ing disputes arising out of such contracts, possess adequate relevant knowledge of the most fundamental principles applicable to interpretation and gap-filling of commercial contracts under English law.

This article aims to provide such knowledge, although the length of the articles, obviously, entails some limitations as to comprehensiveness. As indicated in the title, the article has a special focus on construction contracts in English law¹ – not least contracts based on the

¹ It should be noted that there is no such thing as “UK law” although this term can, not infrequently be observed in commercial contracts. In *Exmek Pharmaceuticals SAC v. Alkem Laboratories Ltd.*, [2015] EWHC 3158 (Comm.) the use of such a term in the choice of law clause was considered to be a reference to English law.

so-called Rainbow Suite of contracts published by FIDIC², especially the Red Book (works designed by the employer) and the Yellow Book (works designed by the contractor).

2. Sources of Law

In England, construction contract disputes are typically decided by the Technology and Construction Court (hereinafter – TCC), which in turn is a part of the High Courts of England³. The TCC is comprised of highly competent judges, and the TCC's decisions are well-founded and enjoy great respect among practitioners. In general, the Court of Appeal, consequently, are reluctant to overturn the TCC's finding of facts in a particular case (*Obrascon Huarte v. GoG*)⁴ in which the Court of Appeal stated:

“The Court of Appeal is reluctant to overturn findings of fact made at first instance. This is particularly true in the case of appeals from the Technology and Construction Court”⁵.

In addition to the TCC, the Court of Appeal and the English Supreme Court, have in a number of cases considered and decided cases relating to construction law⁶.

Regarding English treatises on contract law, reference can generally be made to the

very comprehensive and often quoted “Chitty on Contracts”, the latest edition of which is the 32nd from 2015. In addition, *Lord Justice Lewison*, *Interpretation of Contracts*, 6th ed., Sweet & Maxwell, 2015, is highly recommended as regards the process of contract interpretation. For English (and in part also international) construction law based on English law, reference is made to *St. Furst & The Hon. Sir V. Ramsey*, *Keating on Construction Contracts*, 10th ed., Sweet & Maxwell, 2016 (hereinafter – Keating); *N. Dennys & R. Clay*, *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 13th ed., Sweet & Maxwell, 2015 (hereinafter – Hudson's); and *R. Wilmot-Smith*, *Wilmot-Smith on Construction Contracts*, 3rd ed., 2014 (hereinafter – Wilmot-Smith).

3. Contractual Interpretation

In many civil law jurisdictions, the courts are reluctant to provide general opinions on the principles of interpretation, gap-filling and adaptation of contracts in their decisions⁷. It is often left to scholars to seek to distill the relevant applicable principles based on the specific rulings of the courts.

Contrast this approach to the one practiced by English courts where the common law tradition (the legal development is historically driven by an evolutionary judicial act based on binding precedents (and a strict court hierar-

² FIDIC is an acronym for the *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*, an organisation established by advisory engineers. FIDIC is headquartered in Switzerland.

³ In England, the so-called Senior Courts consist of the three different divisions of the High Court (of which the TCC is a part of the Queen's Bench Division) and of the Court of Appeal. Above the Senior Courts is the Supreme Court (until 2009 named House of Lords) (cf.: Constitutional Reform Act 2005, Pt. 3).

⁴ *Obrascon Huarte Lain SA v. Her Majesty's Attorney General for Gibraltar*, [2015] EWCA Civ. 712.

⁵ *Ibid.*, para 95.

⁶ Some Supreme Court judges also decide such cases as members of the Judicial Committee of the Privy Council (hereinafter – JCPC). The JCPC remains the highest court of appeal for, e.g., many current and former Commonwealth countries, as well as the United Kingdom's overseas territories and crown dependencies etc.

⁷ This can be said to be a part of the civil law tradition where more general statements of the law are for the legislator (see, e.g., Art. 5 of the French Code Civil originating from the rule of Napoleon Bonaparte: «Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises»). In the 27 Sultan Azlan Shah Lecture (2013) entitled “The Limits of Law” (<https://www.supremecourt.uk/docs/speech-131120.pdf>), Lord Sumption of the English Supreme Court stated: “This means that judges may only formulate principles applicable to the particular facts before them. They may not purport to lay down general rules which would apply in any other case. That would be classified as an essentially legislative function. In keeping with that principle, there is with limited exceptions no doctrine of precedent in French law”.

chy)) entails that the so-called “speeches” of the judges are very comprehensive and contain a statement of previous case-law and a meticulous reasoning for how the law applies to the facts of the case at hand, so that any established legal principles are considered to apply or not to the facts of the current case. For civil law practitioners, it is generally possible to find good arguments in English case law, and if dealing with a matter governed by English law a profound and in-depth knowledge of the relevant body of case law is absolutely crucial.

In a number of decisions spanning the past 45 years, the English Supreme Court (formerly the House of Lords) has had the opportunity to state and restate the legal methodology applicable to contract interpretation under English law, not least as regards commercial contracts. In this regard reference is made to decisions such as *Prenn v. Simmonds*⁸, *L. Schuler AG v. Wickman Machine Tool Sales Ltd.*⁹, *Reardon Smith Line Ltd. v. Yngvar Hansen-Tangen*¹⁰, *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*¹¹, *Bank of Credit and Commerce International SA v. Munawar Ali, Sultana Runi Khan & Ors.*¹², *Chartbrook Ltd. v. Persimmon Homes Ltd.*¹³, *Rainy Sky SA & Ors. v. Kookmin Bank*¹⁴ and, most recently, *Arnold v. Britton & Ors.*¹⁵.

Traditionally, English law has had a strong focus on predictability and certainty; see, e.g., the following nearly 250-year-old statement from Lord Mansfield in *Medcalf v. Hall*¹⁶:

“Nothing is more mischievous than uncertainty in mercantile law”¹⁷.

⁸ [1971] 1 WLR 1381.

⁹ [1974] AC 235.

¹⁰ [1976] 1 WLR 989.

¹¹ [1998] 1 WLR 896.

¹² [2001] UKHL 8.

¹³ [2009] UKHL 38.

¹⁴ [2011] UKSC 50.

¹⁵ [2015] UKSC 36.

¹⁶ (1782) 3 Doug. 113.

¹⁷ *Ibid.*, 115.

See also Lord Bingham’s dissenting opinion in the classic case decided by the House of Lords on statement of losses in *The Golden Victory*¹⁸:

“A majority of my noble and learned friends also agree with [the referred decision]. I have the misfortune to differ. I give my reasons for doing so, unauthoritative though they must be, since in my respectful opinion the existing decision undermines the quality of certainty which is a traditional strength and major setting point of English commercial law, and involves an unfortunate departure from principle”¹⁹.

Put briefly, English courts have historically been inclined to adopt and adhere to a rather narrow and textual approach to contract interpretation; cf. Lord Hoffman in the House of Lords’ decision in *Chartbrook Ltd. v. Persimmon Homes Ltd.*²⁰ where he stated that the decisive factor for the interpretation was “what a reasonable person having all the background knowledge which would have been available to the parties would have understood them to be using the language in the contract to mean”²¹ just as he, in the same context, with reference to a previous decision in *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*²² stated that English courts “do not easily accept that people have made linguistic mistakes, particularly in formal documents”.

This is still the prevailing tendency in English law, where it is considered preferable to uphold a few commercially unfair contracts rather than sacrifice the principles of certainty and predictability.

As regards the principles applicable to the interpretation of construction contracts, the

¹⁸ *Golden Strait Corporation v. Nippon Yusen Kubishka Kaisha (“The Golden Victory”),* [2007] UKHL 12.

¹⁹ *Ibid.*, para 1.

²⁰ [2009] UKHL 38.

²¹ *Ibid.*, para. 14.

²² [1998] 1 WLR 896.

TCC recently had an opportunity to weigh in on this in *J. Murphy & Sons Ltd. v. Beekun Energy Ltd.*²³ The dispute arose from a modified version of the FIDIC Yellow Book (design and build contracts) for the construction of an industrial plant and concerned an on-demand guarantee issued by the contractor according to Clause 4.2 of the Yellow Book. The works were significantly delayed and the employer wanted to draw on the guarantee since a claim of approx. GBP 10 million had not been paid despite a written demand by the employer. Here, the TCC stated as follows:

“When interpreting a written contract, the court is concerned to identify the intention of the parties by reference to what a reasonable person having all the background knowledge which would have been available to the parties would have understood them to be using the language in the contract to mean. The court does so essentially as one unitary exercise by focusing on the meaning of the relevant words in their documentary, factual and commercial context. That meaning has to be assessed in the light of (i) the natural and ordinary meaning of the clause, (ii) any other relevant provisions of the contract, (iii) the overall purpose of the clause and the contract, (iv) the facts and circumstances known or assumed by the parties at the time that the document was executed, and (v) commercial common sense, but (vi) disregarding subjective evidence of any party’s intentions. Agreements should be read as a whole and construed so far as possible to avoid inconsistencies between different parts on the assumption that the parties had intended to express their intentions in a coherent and consistent way. One expects provisions to complement each other. Only in the case of a clear and irreconcilable discrepancy would it be necessary to resort to the contractual order of precedence to resolve it”²⁴.

It should be noted that the above statement by the TCC – including numbering – is a verbatim quote from Lord Neuberger’s seminal speech in *Arnold v. Britton & Ors.*²⁵ which is the latest more general statement by the English Supreme Court for the methodology applicable to contract interpretation by the English courts²⁶.

Readily, from *J. Murphy & Sons Ltd. v. Beekun Energy Ltd.* it can be concluded that there is no special regime for interpreting construction contracts but that the general principles of interpretation and gap-filling apply.

Even if the contract was to be termed a “relational contract”, there is no special interpretation regime applicable to such a contract. Reference can be made to Lord Steyn in *Total Gas Marketing Ltd. v. Arco British Ltd. & Ors.*²⁷ concerning a contract for the sale of natural gas; in his speech Lord Steyn stated that

“the central question is whether on a correct construction of a long term contract for the sale of gas it was discharged by reason of the non-occurrence of a condition. It is a contract of a type which is sometimes called a relational contract. But there are no special rules of interpretation applicable to such contracts”.

However, in an obiter dictum, Lord Steyn suggested that a possibility of an ex-post adjustment of such contracts may be relevant, stating

“[t]hat is not to say that in an appropriate case a Court may not take into account that, by reason of the changing conditions affecting such a contract, flexible approach may best match the reasonable expectations of the parties. But, as in the case of all contracts, loyalty to the contractual text viewed against its relevant

²³ [2016] EWHC 607 (TCC).

²⁴ *Ibid.*, para. 43.

²⁵ [2015] UKSC 36, para. 15.

²⁶ The actual (re)use of the quote amply illustrates the very essence of the common law as being based on binding precedents (“stare decisis”) and court hierarchy.

²⁷ [1998] 2 Lloyd’s Rep. 209 (HL).

contextual background is the first principle of construction”.

In a construction contract setting, such ex-post adjustments could not least be relevant in, e.g., BOT-agreements where the co-operation between the employer and the contractor goes beyond the construction phase. Considering Lord Neuberger’s speeches in *Arnold v. Britton & Ors.*, as quoted by the TCC above, and in *Marks & Spencer plc v. BNP Paribas Securities Services Trust Co. (Jersey) Ltd.*, both of which are discussed below, the possibilities for such adaptation are, however, very limited.

From the legal theory, reference can be made to Wilmot-Smith, para. 1.67 where it is, quite succinctly, stated that “there are no magic rules of construction applying to building contracts. Rules of contractual interpretation apply to all contracts...”

4. “Business Common Sense” – a Tool for Contract Interpretation

Notwithstanding the above-mentioned methodology applied by the English courts in contract interpretation, English contract law contains several principles which may justify a less textual interpretation of contracts. One such principle concerns interpretation based on the so-called “business common sense”. Often, the decision by the House of Lords in *L. Schuler AG v. Wickman Machine Tool Sales Ltd.*²⁸ is brought to the fore in order to illustrate the core of this principle, as per Lord Reid:

“The fact that a particular construction leads to a very unreasonable result must be a relevant consideration. The more unreasonable the result, the more unlikely it is that the parties can have intended it, and if they do intend it the more necessary it is that they shall make that intention abundantly clear”²⁹.

Furthermore, reference can be made to the House of Lords’ decision in *The Antaios*³⁰ where Lord Diplock stated that

“if detailed and syntactical analysis of words in a commercial contract is going to lead to a conclusion that flouts business common sense it must yield to business common sense”³¹.

However, one should note that these are clear exemptions from the usual interpretation method; cf. the following comment from Lord Mustill in *Charter Reinsurance Co. Ltd. (in liquidation) v. Fagan & Ors.*³² to the above quote from Lord Reid’s speech in *L. Schuler AG v. Wickman Machine Tool Sales Ltd.*:

“This practical rule of thumb (if I may so describe it without disrespect) [i.e. the approach suggested by Lord Reid] must however have its limits. There comes a point at which the court should remind itself that the task is to discover what the parties meant from what they have said, and that to force upon the words a meaning which they cannot fairly bear is to substitute for the bargain actually made one which the court believes could better have been made. This is an illegitimate role for a court. Particularly in the field of commerce, where the parties need to know what they must do and what they can insist on not doing, it is essential for them to be confident that they can rely on the court to enforce their contract according to its terms”³³.

In addition, reference can be made to Lord Clarke’s speech in *Rainy Sky SA & Ors. v. Kookmin Bank*³⁴:

²⁸ [1974] AC 235.

²⁹ *Ibid.*, para. 251.

³⁰ *Antaios Compañía Naviera SA v. Salen Rederierna AB* (“*The Antaios*”), [1984] AC 191.

³¹ *Ibid.*, p. 201.

³² [1997] AC 313.

³³ *Ibid.*, p. 388.

³⁴ [2011] UKSC 50.

“...The exercise of construction is essentially one unitary exercise in which the court must consider the language used and ascertain what a reasonable person, that is a person who has all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract, would have understood the parties to have meant. In doing so, the court must have regard to all the relevant surrounding circumstances. If there are two possible constructions, the court is entitled to prefer the construction which is consistent with business common sense and to reject the other”³⁵.

The available case law demonstrates that the “business common sense” approach or doctrine is a narrow exception and bears little or no resemblance with, *e.g.*, Sec. 36 of the Nordic Contracts Act applicable in the Scandinavian countries (Denmark, Norway and Sweden) which provision allows for the setting aside or adaption of contract, in part or in full, if a finding of manifest unreasonableness is made by the courts.

Put differently, under English law, a party to a commercial agreement finding itself having concluded a contract on even manifestly unfair or unreasonable terms should not rely on the English courts to come to its assistance and provide an interpretation of the agreement contrary to its immediate linguistic or semantic meaning. Similarly, manifest unfairness cannot, in and of itself, justify an adaptation of the contract. This has been clearly established in the most recent practice of the English Supreme Court, in particular by the decision in *Arnold v. Britton & Ors.*³⁶ Here, the Supreme Court refused to depart from a textual interpretation of a provision on “service charges” in a leasehold contract on service charge contributions regarding certain holiday cottages in Wales. The charge was intended to cover the

cost of maintenance of roads, paths, drains, fences and a common area as well as lawn mowing and disposal of waste. The contracts concerning the sale of the holiday cottages concerned were, for the most part, concluded in the 70s and 80s. The original service charge of GBP 90 per cottage per year should be increased subject to an index of 10% p.a., but compounded. As the contractual term was 99 years, the indexation clause would mean that the contribution in 2015 would amount to GBP 2,500 and in the final years of the contract, the charge would be approx. GBP 550,000 annually. This is a case where hardly any doubt exists that the Scandinavian courts would either apply a restrictive interpretation or – as this was not possible – adapt the terms of the contract based to be manifestly unfair with reference to Sec. 36 of the Nordic Contracts Act.

However, the Supreme Court refused to depart from a literal or textual interpretation, as Lord Neuberger, *inter alia*, noticed:

“While commercial common sense is a very important factor to take into account when interpreting a contract, a court should be very slow to reject the natural meaning of a provision as correct simply because it appears to be a very imprudent term for one of the parties to have agreed, even ignoring the benefit of wisdom of hindsight. The purpose of interpretation is to identify what the parties have agreed, not what the court thinks that they should have agreed. Experience shows that it is by no means unknown for people to enter into arrangements which are ill-advised, even ignoring the benefit of wisdom of hindsight, and it is not the function of a court when interpreting an agreement to relieve a party from the consequences of his imprudence or poor advice. Accordingly, when interpreting a contract a judge should avoid rewriting it in an attempt to assist an unwise party or to penalise an astute party”³⁷.

³⁵ [2011] UKSC 50, para. 21

³⁶ [2015] UKSC 36.

³⁷ *Ibid.*, para. 20.

Furthermore, it was emphasized that the assessment of “common sense“ shall be made *ex ante*, i.e. at the time of the conclusion of the agreement. This can be compared with, e.g., Sec. 36 of the Nordic Contracts Act which explicitly permits the unfairness assessment to be made both *ex ante* and *ex post*; cf. that “regard shall be had to the circumstances existing at the time the contract was concluded, the terms of the contract and subsequent circumstances”³⁸.

Reference can further be made to *Aston Hill Financial Inc. v. African Minerals Finance Ltd.*³⁹ where the Court of Appeal, *inter alia*, stated:

“Commercial common sense is not to be elevated to an overriding criterion of construction and, secondly, that the parties should not be subjected to the individual judges on notions of what might have been the sensible solution to the parties’ conundrum. Still less should the issue of construction be determined by what seems like ‘commercial common sense’ from the point of view of one of the parties to the contract”⁴⁰.

4. “Business Efficacy” – a Tool for Gap-Filling / Implication of Terms

Another important principle of common law is the principle of implying a term into a contract in order to give the contract the so-called “business efficacy”. Where business common sense is a principle aimed at the interpretation of the wording of the contract itself, the implication of a term in order to give the contract business efficacy is an exercise in gap-filling, i.e.

the incorporation into the contract of a provision which is not apparent and cannot be derived from the actual wording of the contract.

The origin of the principle in English law is usually referenced as *The Moorcock*⁴¹ case where the court ruled that

“it will be found that... the law is raising an implication from the presumed intention of the parties with the object of giving to the transaction such efficacy as both parties must have intended that at all events it should have”.

Traditionally, reference is also made to cases *Reigate v. Union Manufacturing Co. (Ramsbottom) Ltd.*⁴² and *Shirlaw v. Southern Foundries (1926) Ltd.*⁴³ In the latter decision, the concept of the “officious bystander” was introduced by the English courts, stating that

“[p]rima facie that which in any contract is left to be implied and need not be expressed is something so obvious that it goes without saying”.

Furthermore, it was added that gap-filling should only be considered

“if, while the parties were making their bargain, an officious bystander were to suggest some express provision for it in their agreement, they would testily suppress hint with a common ‘Oh, of course!’”⁴⁴.

This concept still prevails in English law and references to a question which the officious bystander would have asked the parties and how the parties would have answered the question are frequently expressed in various decisions by the courts.

The test for implication of terms is now formulated by Lord Simon in the Privy Council’s

³⁸ Section 36 in its entirety reads as follows in the Danish version:

“36(1). A contract may be modified or set aside, in whole or in part, if it would be unreasonable or at variance with the principles of good faith to enforce it. The same applies to other juristic acts.

36(2). In making a decision under subsection (1) hereof, regard shall be had to the circumstances existing at the time the contract was concluded, the terms of the contract and subsequent circumstances.”

³⁹ [2013] EWCA Civ. 416.

⁴⁰ *Ibid.*, para. 24.

⁴¹ (1884) 14 PD 64.

⁴² [1918] 1 KB 592.

⁴³ 1939 2 KB 206.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 227.

decision in *BP Refinery (Westernport) Pty Ltd. v. President, Councillors and Ratepayers of the Shire of Hastings*⁴⁵, where he stated that

“for a term to be implied, the following conditions (which may overlap) must be satisfied: (1) it must be reasonable and equitable; (2) it must be necessary to give business efficacy to the contract, so that no term will be implied if the contract is effective without it; (3) it must be so obvious that ‘it goes without saying’; (4) it must be capable of clear expression; (5) it must not contradict any express term of the contract”.

In *Philips Electronique Grand Public SA v. British Sky Broadcasting Ltd.*⁴⁶ the Court of Appeal stated the following addition to the principle:

“The question of whether a term should be implied, and if so what, almost inevitably arises after a crisis has been reached in the performance of the contract. So the court comes to the task of implication with the benefit of hindsight, and it is tempting for the court then to fashion a term which will reflect the merits of the situation as they then appear. Tempting, but wrong.

...It is not enough to show that had the parties foreseen the eventuality which in fact occurred they would have wished to make provision for it, unless it can also be shown either that there was only one contractual solution or that one of several possible solutions would without doubt have been preferred”⁴⁷.

Some doubt has existed whether the decision by the Privy Council in *Attorney General of Belize & Ors. v. Belize Telecom Ltd. & Anor.*⁴⁸ expressed a softening in the strict requirements, which the English courts have traditionally demanded in order to accept the implication of a term into

a commercial contract, but in a recent decision in *Marks & Spencer plc v. BNP Paribas Securities Services Trust Co. (Jersey) Ltd.*⁴⁹, the Supreme Court had the opportunity to present a reconsideration of the state of law in this area and from the decision it can be ascertained that such a softening was not intended. Consequently, the principles of *BP Refinery (Westernport) Pty Ltd. v. President, Councillors and Ratepayers of the Shire of Hastings* and *Philips Electronique Grand Public SA v. British Sky Broadcasting Ltd.* will continue to apply. The dispute in *Marks & Spencer plc v. BNP Paribas Securities Services Trust Co. (Jersey) Ltd.* arose out of a tenancy agreement. According to the provisions of the agreement, the rent was to be paid quarterly in advance. The tenant prepaid the rent for the coming quarter, but subsequently exercised an option to terminate the lease to expire approximately one month into the quarter in question. The tenant then demanded a proportionate repayment of the prepaid rent, namely the rent covering the period after the termination of the lease but this claim for repayment was dismissed by the Supreme Court. The contract ran to approx. 70 pages and did not include any express provision concerning repayment of prepaid rent in circumstances such as these. In his speech, Lord Neuberger expressly acknowledged that the payment of rent “fairly [can] be said, at least in general terms, to have been envisaged as being the tenant’s quid pro quo” to be able to utilize the rented premises during the period covered by the payment. He further considered that

“[t]here is therefore real force in the contention that, if [a landlord] can retain the apportioned sum, it would be unfairly prejudicial to [the tenant] and a pure windfall for [the landlord]. A provision that the defendant landlords should reimburse the claimant tenant the apportioned sum would thus seem to be reasonable and equitable”⁵⁰.

⁴⁵ [1977] 16 ALR 363.

⁴⁶ [1995] EMLR 472.

⁴⁷ The quote is from the speech given by the Master of the Rolls, Thomas Bingham.

⁴⁸ [2009] 1 WLR 1988.

⁴⁹ [2015] UKSC 72.

⁵⁰ *Ibid.*, para. 33.

According to Lord Neuberger, the decisions making up the body of case law regarding the implication of terms “represent a clear, consistent and principled approach. It could be dangerous to reformulate the principles”. However, Lord Neuberger did add a number of interesting considerations which warrant mentioning. First, that the matter of implication of terms is not

“critically dependent on proof of an actual intention of the parties when negotiating the contract. A term should not be implied into a detailed commercial contract merely because it appears fair or merely because one considers that the parties would have agreed it if it had been suggested to them. Those are necessary but not sufficient grounds for including a term”.

Secondly, it was confirmed that the criterion for implication is “necessity”, so that it must be necessary to perform completion in order to achieve contractual efficiency and, in the respect, the test for necessity was formulated by Lord Neuberger (referencing Lord Sumption) as follows⁵¹:

“A term can only be implied if, without the term, the contract would lack commercial or practical coherence”.

Such lack of coherence was not found to exist in the case before the Supreme Court.

Consequently, the more professional the parties and the more complex and comprehensive the contract, the more reluctant the English courts will be with regard to possibly implying terms into the contract. Therefore, in construction contracts between professional parties, the English courts must be expected to be very reluctant to imply terms into their contracts.

The Supreme Court’s decision in *Marks & Spencer v. BNP Paribas* is also of interest for its emphasis on the sequential dimension of inter-

pretation and gap-filling. In his speech, Lord Neuberger stressed that interpretation and gap-filling by implication of a term are two different, albeit related, exercises in as much as the question of implication of terms will only be considered after the initial interpretation of the contract’s provisions, and only gaps which render the contract incoherent in relation to the dispute are found to exist by the courts. In this respect, Lord Neuberger stated:

“...To speak of construing the contract as a whole, including the implied terms, is not helpful, not least because it begs the question as to what construction actually means in this context. In most, possibly all, disputes about whether a term should be implied into a contract, it is only after the process of construing the express words is complete that the issue of an implied term falls to be considered. Until one has decided what the parties have expressly agreed, it is difficult to see how one can set about deciding whether a term should be implied and if so what term”⁵².

Finally, it should be mentioned that there is no doubt that, similar to the question of contract interpretation, the question of implication of terms must also be made *ex ante*, i.e. based on an assessment of the contract at the time of its conclusion so that subsequent circumstances should not be taken into consideration. This is in accordance with the so-called “doctrine of assumptions” in Scandinavian contract law, but, as mentioned, contrary to Sec. 36(2) of the Nordic Contracts Act promulgated in the Scandinavian countries.

5. Exclusion of “Extrinsic Evidence” – the “Parol Evidence Rule”

A peculiar and distinctive feature of English law (and common law), which is often ignored or overlooked by parties from civil law jurisdictions, is the exclusion of the so-called extrinsic

⁵¹ [2015] UKSC 72, para. 21.

⁵² *Ibid.*, paras. 27–28.

evidence, often labelled “the Parol Evidence Rule” (hereinafter – PER).

At its core, PER entails that where a written agreement between the parties exists, evidence concerning the pre-contractual phase, typically concerning the negotiations between the parties, is inadmissible. It is quite often phrased as English courts being reluctant to consider evidence “outside the four corners of the contract”.

Regarding PER in a construction law framework, reference can be made to Hudson’s para. 1-030 *et seq.*, Keating, para. 3-005 *et seq.*, and Wilmot-Smith, para. 1.85 *et seq.*

It must be emphasized that PER is considered to be a part of substantive law and is part of the methodology for contractual interpretation (cf. the quotes from *Arnold v. Britton & Ors.* as repeated in *J. Murphy & Sons Ltd. v. Beekton Energy Ltd.* above). The classification of PER under substantive law is not trite or a minor detail but, *e.g.*, entails that an arbitral tribunal – regardless of the seat of arbitration – in a dispute where English law is *lex causae*, must apply PER when resolving the parties’ dispute failing which, the arbitral award, if the arbitration has its seat in England, will be exposed to a challenge under the English Arbitration Act 1996, Sec. 69⁵³ of which allows for the courts to set aside an arbitral award based on an obviously wrong application of English law by an

arbitral tribunal (as opposed to the arbitration tribunal’s finding of facts).

A recent review of PER, its background and purpose can be found in *Globe Motors Inc. & Ors. v. TRW Lucas Varity Electric Steering Ltd. & Anor.*⁵⁴ where the Court of Appeal declared:

“It is now clearly established by authority that the general rule is that the pre-contractual negotiations of the parties cannot be taken into account in interpreting its terms and determining what they mean. The exceptions are where a party seeks to establish that a fact which may be relevant as background was known to the parties or to support a claim for rectification or estoppel. The rationale for the general rule is said to be practical policy and the public interest in economy and predictability in obtaining advice and adjudicating disputes. The general rule means that, in this respect, legal interpretation differs from the way language is interpreted in ordinary life. It has long been the settled position in English law”⁵⁵.

Regarding the application of PER in an international context reference can be made to the TCC’s monumental ruling in *Bluwater Energy Services BV v. Mercon Steel Structures BV & Ors.*⁵⁶ The case concerned the construction of an off-shore mooring structure for tankers in the Caspian Sea. Here, the contractor terminated the contract on grounds of delay. In relation to a particular question, the parties disagreed on the understanding of a certain table and its application to tests for the quality assurance of weldings. The employer relied on prior discussions between the parties about this matter, the validity of which was contested by the contractor. Here, the court refused to attach value to these prior discussions; however, the court did refer in detail to the content of the discussions, which in this light may appear somewhat surprising⁵⁷.

⁵³ Section 69 of the English Arbitration Act is not mandatory and by agreement the parties can, thus, opt out of or exclude this provision. Such opt-out must be considered agreed by parties adopting a contract within the FIDIC Rainbow Suite, since the FIDIC contracts contain dispute resolution by way of arbitration under the ICC Arbitration Rules (2017), which in turn in Art. 35(6) provide that the arbitration parties “shall be deemed to have waived their right to any form of recourse insofar as such waiver can be validly made”. This includes a waiver of using the Arbitration Act Sec 69. An implied opt-out is also made by parties choosing to apply the LCIA Arbitration Rules (2014) (cf. Art. 26.8, whereby the parties can “waive irrevocably their right to any form of appeal, review or recourse to any State court or other legal authority, insofar as such waiver shall not be prohibited under any applicable law”).

⁵⁴ [2016] EWCA Civ. 396.

⁵⁵ *Ibid.*, para. 61.

⁵⁶ [2014] EWHC 2132 (TCC).

⁵⁷ *Ibid.*, para. 697 *et seq.*

Further examples of the principle's application and restrictions on the prohibition are provided by Keating, para. 3-005 *et seq.* and Wilmot-Smith, paras. 1.89–1.90. With the decision in *Arnold v. Britton & Ors.*, the English courts have formulated a clear “restatement” of the continuing application of PER in English law. This dovetails with the desire for certainty and predictability of contractual interpretation; cf. also Lord Hoffmann in *Chartbrook Ltd. v. Persimmon Homes Ltd. & Ors.*⁵⁸:

“The rule may well mean, as Lord Nicholls has argued, that parties are sometimes held bound by a contract in terms which, upon a full investigation of the course of negotiations, a reasonable observer would not have taken them to have intended. But a system which sometimes allows this to happen may be justified in the more general interest of economy and predictability in obtaining advice and adjudicating disputes. It is, after all, usually possible to avoid surprises by carefully reading the documents before signing them and there are the safety nets of rectification and estoppel by Convention”⁵⁹.

The precise limits of PER can be difficult to determine, since the rule does not apply when the relevant part of a contract is to be considered ambiguous. Also, the practical application of PER regarding deleted / crossed-out words in a contract presents a somewhat opaque picture since the available case law demonstrates that such deletions, to a certain extent, are considered admissible for purposes of interpretation. The starting point could be said to be *Sassoon (M.A.) & Sons Ltd. v. International Banking Corp.*⁶⁰ where the court stated that

“the effect is the same as if the deleted words had never formed part of the print at all”.

This would appear to be a strict and straightforward application of PER. However, in several recent cases a tendency may be discerned to distinguish between deletions in pre-printed contracts, where deletions could be considered for purposes of interpretation of the contract, and more “bespoke” agreements where the application of the PER entailed that previous drafts should not be considered; cf. *Mottram Consultants Ltd. v. Sunley (Bernard) & Sons Ltd.*⁶¹ where Lord Cross declared that

“when the parties use a printed form and delete parts of it, one can, in my opinion, pay regard to what has been deleted as part of the surrounding circumstances in the light of which one must construe what they have chosen to leave in”⁶².

Also, reference can be made to Lord Reid in *Timber Shipping Co. SA v. London & Overseas Freighters Ltd.*⁶³ In *Punjab National Bank v. de Boinville*⁶⁴ the court went even further and included for purposes of interpretation parts from previous contracts which were not included in the contract before the court.

In *Mopani Copper Mines plc v. Millennium Underwriting Ltd.*⁶⁵ concerning a reinsurance contract the following general consideration regarding deleted words is provided:

“The diversity of authority renders it difficult for a judge of first instance to recognise when recourse to deleted words may properly be made. The tenor of the authorities appears to be that in general such recourse is illegitimate, save that (a) deleted words in a printed form may resolve the ambiguity of a neighboring paragraph that remains; and (b) the deletion of words in a contractual document may be taken into account, for what (if anything) it is worth, if the fact of

⁵⁸ [2009] UKHL 38.

⁵⁹ *Ibid.*, para. 41.

⁶⁰ [1927] AC 711.

⁶¹ [1975] 2 Lloyd's Rep. 197.

⁶² *Ibid.*, para. 209.

⁶³ [1972] AC 15.

⁶⁴ [1992] 1 WLR 1138.

⁶⁵ [2008] EWHC 1331 (Comm.).

deletion shows what it is the parties agreed that they did not agree and there is ambiguity in the words that remain. This is classically the case in relation to printed forms or clauses derived from printed forms, but can also apply where no printed form is involved”⁶⁶.

Adapted to our “modern” times, the above-mentioned case law could suggest that FIDIC contracts are to be treated as pre-printed agreements and, consequently, that it would be permissible (at least to a certain extent) for purposes of contract interpretation to include the parts of the FIDIC contracts which the parties have waived or derogated from. Some support for this position can be found in *J. Murphy & Sons Ltd. v. Becton Energy Ltd.*⁶⁷ where the question was whether it was a pre-requisite for the contractor’s obligation to pay a delay damages that the Engineer had provided a decision on this question as per Clause 8.7 of the FIDIC Yellow Book (cf. the wording “subject to Sub-Clause 2.5”). However, the provision requiring a determination by the Engineer had not been included in the contract before the court and the court did rely on the absence of this particular wording when deciding the case. The court, *inter alia*, stated as follows:

“[The employer] relies on the fact that the wording as agreed between the parties in Sub-Clause 8.7 is to be contrasted with the wording in FIDIC Yellow Book which States in terms that the obligation to pay delay damages is subject to Sub-Clause 2.5”⁶⁸.

Furthermore, reference can be made to paras. 21.28 and 36 of the decision.

Analytically, this could be considered a deletion of a provision in the FIDIC Yellow Book and a subsequent inclusion of the deleted parts for purposes of interpretation of the contract which might be at odds with the PER in its most

rigid form. The TCC was aware of this and addressed the question as follows:

“In Sub-Clause 8.7 the words ‘subject to Clause 2.5’ qualifying [the contractor’s] payment obligations do not appear, whereas in the equivalent standard clause in the FIDIC Yellow Book they do. Objectively assessed on the facts here, this selected deviation from the standard form is consistent with the parties’ intention being not to make [the employer’s] right to claim delay damages subject in any way to Clauses 2.5 and 3.5. I accept that this is only context and certainly by no means determinative of the issue in [the employer’s] favour. I also bear in mind the comments in [*Mopani Copper Mines plc v. Millennium Underwriting Ltd.*]. To the extent that recourse to deleted words is permissible, care must be taken as to what inferences, if any, may properly be drawn. Here of course, the position is that the parties chose to agree a clause wholly different from the standard wording and one which excluded any reference to Sub-Clause 2.5. It is relevant background at least”⁶⁹.

Furthermore, at para. 60 of the decision, and relying on *Mottram Consultants Ltd. v. Sunley (Bernard) & Sons Ltd.*, the deviation from the provisions of FIDIC Yellow Book was once again considered “relevant factual background”.

However, upon examination of the decision, it could appear that the omission of “subject to Sub-clause 2.5” was in fact more than just relevant background for the court when deciding the case.

In conclusion, the available case law regarding PER in this context is quite uneven, and the precise demarcation line between admissible and inadmissible references to deletions and deviations from previous contracts or standard documents appear somewhat blurred. It is, thus, hard to establish a hard and fast rule in this regard.

Keating at para. 3-005 states that “it is unclear whether in construing a contract it is

⁶⁶ [2008] EWHC 1331 (Comm.), para. 120.

⁶⁷ [2016] EWHC 607 (TCC).

⁶⁸ *Ibid.*, para. 22.

⁶⁹ *Ibid.*, para. 48.

permissible to look at deletions from printed documents and, if it is permissible, for which purpose”. Furthermore, at para. 3-012 the following statement appears: “Where parties have made a contract in a document that contains deletions, to look at the deletions does not offend the principle discussed above which prevents reference to preliminary negotiations. The deletion is physically contained in the concluded contract. It is submitted that the court should first construe the retained words. If they are unambiguous, reference to the deletions is unnecessary. If they are ambiguous reference to deletions from printed documents should be permitted to see whether objectively they throw light on the meaning of the retained words”. In light of *J. Murphy & Sons Ltd. v. Beekton Energy Ltd.* it seems doubtful whether this is a precise expression of the current legal position under English construction law.

Further reference can be made to the recent decision in *Narandas-Girdhar & Anor. v. Bradstock*⁷⁰:

“Even if recourse is had to the deleted words, care must be taken as to what inferences, if any, can properly be drawn from them. The parties may have deleted the words because they thought they added nothing to, or were inconsistent with, what was already contained in the document; or because the words that were left were the only common denominator of agreement, or for unfathomable reasons or by mistake. They may have had different ideas as to what the words meant and whether or not the words that remained achieved their respective purposes”.

One might find the rationale for PER as somewhat unconvincing. There is a distinctive difference between admitting documentation relating to, e.g., prior negotiations between the parties but, quite possibly, attaching limited weight to such material for purposes of contractual interpretation and the outright refusal

to even admit such evidence. As per Lady Hale in *Chartbrook Ltd. v. Persimmon Homes Ltd.*⁷¹:

“But I have to confess that I would not have found it quite so easy to reach this conclusion had we not been made aware of the agreement which the parties had reached on this aspect of their bargain during the negotiations which led up to the formal contract. On any objective view, that made the matter crystal clear”⁷².

Finally, it is worth noting that PER, as mentioned in the quote from *Globe Motors*, does not apply in the case of rectification, i.e. when it is claimed that it does not reflect the parties’ agreement⁷³. This distinction is quite often used by lawyers in an attempt to “smuggle” extrinsic evidence into a case of contractual interpretation.

6. Good Faith

Doctrines of good faith and fair dealings in commercial contracts have a long tradition, not least in civil law jurisdictions and they have, e.g., been codified in a number of soft law instruments such as UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts (2010), Art. 1.7, Principles of European Contract Law (PECL), Art. 1:201, and Draft Common Frame of Reference (DCFR), Art. I.–1:103.

However, such “good faith” standards have traditionally been met with skepticism or outright refusal by the English courts. This is due in part to the fact that, in English law, the parties are considered to have opposing interests and, therefore, save for cases of actual misrepresentation or fraudulent behaviour do not owe to each other an obligation of good faith in their commercial dealings.

However, in recent case law, English courts have in some cases considered that a principle

⁷¹ [2009] UKHL 38.

⁷² *Ibid.*, para. 50.

⁷³ See: *Bluewater Energy Services BV v. Mercon Steel Structures BV & Ors.*, [2014] EWHC 2132 (TCC), para. 705; Keating, paras. 3-025 and 12-015 *et seq.*

⁷⁰ [2016] EWCA Civ. 88 (Comm.).

of good faith does indeed apply in long-term (relational) contracts; cf., e.g., *Yam Seng Pte Ltd. v. International Trade Corp. Ltd.*⁷⁴ in which decision the court stated that

“there would be no difficulty, following the established methodology of English law, for the implications of terms in fact, in implying such a duty in any ordinary commercial contract based on the presumed intention of the parties”⁷⁵.

However, that this statement is not uncontroversial is illustrated by, e.g., the following quote from the Court of Appeal’s decision in *Mid-Essex Hospital Services NHS Trust v. Compass Group UK and Ireland Ltd. (t/a Medirest)*⁷⁶:

“I start by reminding myself that there is no general doctrine of ‘good faith’ in English contract law, although a duty of good faith is implied by law as an incident of certain categories of contract. If the parties wish to impose such a duty they must do so expressly”⁷⁷.

Reference can further be made to *Cantor Fitzgerald International v. Horkulak*⁷⁸:

“It is pertinent to observe that, in cases of this kind, the implication of the term is not the application of a ‘good faith’ doctrine, which does not exist in English contract law; rather is it as a requirement necessary to give genuine value, rather than nominal force or mere lip-service, to the obligation of the party required or empowered to exercise the relevant discretion”⁷⁹.

Good faith, however, was found to be part of the agreement in *Bristol Groundschool Ltd. v.*

*Intelligent Data Capture Ltd. & Ors.*⁸⁰; the court explicitly relied on the contract being a “relational contract” (cf. Lord Steyn in *Total Gas Marketing Ltd. v. Arco British Ltd. & Ors.*⁸¹, mentioned above in this article).

In Hudson’s at para. 3-063 “it is submitted that construction contracts have no obvious features which make them more suitable for the implication of good faith than the general run of commercial contracts”. In Keating at para. 3-085 et seq. the authors adopt a more neutral position in this regard.

If, however, the contract itself contains a provision on good faith, the court will include this in the interpretation of the agreement; cf., e.g., *Bluewater Energy Services BV v. Mercon Steel Structures BV & Ors.* which, as mentioned, concerned mooring structure in the Caspian Sea. Here, the contract, *inter alia*, provided that the parties “uphold the highest standards of business ethics” and furthermore stated that “honesty, fairness and integrity shall be paramount principles in the dealings between the parties”. Some discretionary rights afforded to the employer in the contract were consequently subject to the employer complying with these obligations.

In conclusion, the position under English law as regards “good faith” is not absolutely clear, but, at this point in time, the traditional reluctance towards an explicit recognition of good faith as part of the general contract law most likely entails or suggests that an explicit contractual requirement of good faith will be necessary in most commercial relationships.

7. Oral Variation of Agreements Contrary to Written Requirements in a Contract

As a final matter of more general importance relevant also for construction contracts, it is necessary to consider whether an agreement requiring changes to the contract to be

⁷⁴ [2013] EWHC 111 (QB).

⁷⁵ *Ibid.*, para. 131

⁷⁶ [2013] EWCA Civ. 200.

⁷⁷ *Ibid.*, para. 105.

⁷⁸ [2004] EWCA Civ. 1287.

⁷⁹ *Ibid.*, para. 30.

⁸⁰ [2014] EWHC 2145 (Ch.).

⁸¹ [1998] 2 Lloyd’s Rep. 209 (HL).

made in writing entails that the agreement cannot be amended by an oral agreement.

Until recently, English case law contained conflicting decisions on this matter. Reference can be made to *United Bank Ltd. v. Masood Asif*⁸² which assumed that in such cases no oral amendment to the agreement could in fact take place while, on the other hand, *World Online Telecom Ltd. v. I-Way Ltd.*⁸³ considered that as a matter of law such a change could not be ruled out but would depend on the facts of the case.

In late April 2016, the Court of Appeals in *Globe Motors Inc. & Ors. v. TRW Lucas Varity Electric Steering Ltd. & Anor.*⁸⁴ has expressed a firm position on the matter. The decision by the court turned on a different aspect of the dispute and the position expressed by the court was made by way of an obiter dictum. Notwithstanding this, the position must be considered of significant value (at least until the Supreme Court may have reached another conclusion). The case concerned a production agreement for power steering units. Among its boilerplate clauses, the contract provided that the agreement level could “only be amended by a written document which (i) specifically refers to the provision of this Agreement to be amended and (ii) is signed by both Parties”.

One of the parties submitted that an amendment to the contract had been made orally whilst the other party alleged that such a change was impermissible in the light of the contract’s anti-oral variation clause. In support of this position, it was contended that such provisions “promote certainty and avoid false or frivolous claims of an oral agreement”.

One of the legal precedents examined in this regard was a more than 100-year-old decision of the Australian Court of Appeal in *Liebe v. Molloy*⁸⁵ according to which any extra work in

a contract should be agreed in writing in order to be honored. Here the court found that the parties’ conclusive conduct could imply a derogation from the provision.

In *Globe Motors Inc. & Ors. v. TRW Lucas Varity Electric Steering Ltd. & Anor.*⁸⁶, the Court of Appeal concluded that an “anti-oral variation” clause may also be waived orally subject to English law, so that the parties, by virtue of an oral agreement or their actions, have, as the case may be, changed the content of the agreement despite such a contractual provision. Specifically, the judge given the first speech agreed with the judge at first instance that, in view of the parties

“open, obvious and consistent dealings over a long period, there was no other explanation but that the parties intended to add the [party in question] as a party to the Agreement”⁸⁷.

Another judge stated in more general terms that

“I agree... [the ‘anti-oral variation’ clause in question] does not prevent the parties from varying the Agreement orally or in any other informal manner. The governing principle, in my view, is that of party autonomy. The principle of freedom of contract entitles parties to agree whatever terms they choose, subject to certain limits imposed by public policy... The parties are therefore free to include terms regulating the manner in which the contract can be varied, but just as they can create obligations at will, so also can they discharge or vary them, at any rate where to do so would not affect the rights of third parties”⁸⁸.

The third judge took the opportunity to add that

⁸² [2000] EWCA Civ. 456.

⁸³ [2002] EWCA Civ. 413.

⁸⁴ [2016] EWCA Civ. 396.

⁸⁵ (1906) 4 CLR 347.

⁸⁶ [2016] EWCA Civ. 396.

⁸⁷ *Ibid.*, para. 114.

⁸⁸ *Ibid.*, para. 119.

“it does not follow that clauses like [the ‘anti-oral variation’ clause in question] have no value at all. In many cases parties intending to rely on informal communications and/or a course of conduct to modify their obligations under a formally agreed contract will encounter difficulties in showing that both parties intended that what was said or done should alter their legal relations, and there may also be problems about authority. Those difficulties may be significantly greater if they have agreed to a provision requiring formal variation”⁸⁹.

From the decision it appears that the existence and function of an “anti-oral variation” clause will relate to the burden of proof and the discharge of said burden by the party relying on an oral variation from a specific contractual provision.

Since *Globe Motors Inc. & Ors. v. TRW Lucas Varity Electric Steering Ltd. & Anor.*, the position taken by the Court of Appeal has been confirmed by the Court of Appeal in a decision of June 2016 in *MWB Business Exchange Centres Ltd. v. Rock Advertising Ltd.*⁹⁰

⁸⁹ [2016] EWCA Civ. 396, para. 117.

⁹⁰ [2016] EWCA Civ. 553.

Interview with Brigitte Stern, International Arbitrator, Emeritus Professor of International Law at the University of Paris I, Panthéon-Sorbonne¹

1. Background and Career

1. What made you chose to be a lawyer in the field of public international law? Where did your interest in investment arbitration come from?

¹ Интервью с Бриджит Штерн, международным арбитром, заслуженным профессором Университета Париж I Пантеон-Сорбонна, было записано и подготовлено к публикации Арбитражным центром при Институте современного арбитража по итогам конференции «Международный арбитраж в центре внимания: от Токио до Нью-Йорка», проходившей в марте 2017 г. в Москве. Особую благодарность за подготовку интервью Арбитражный центр при Институте современного арбитража выражает Никите Кондрашову (юрист *Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH*), Елене Буровой и Ксении Коротеевой (специалисты Административного аппарата Арбитражного центра). Русский перевод интервью опубликован на портале *Zakon.ru* («Постарайтесь не наводить скуку на арбитров и на самого себя»: Интервью Бриджит Штерн (https://zakon.ru/discussion/2017/06/28/postarajtes_ne_navodit_skuku_na_arbitrov_i_na_samogo_sebya_intervyu_bridzhit_shtern)). Редакция «Вестника международного коммерческого арбитража» выражает признательность Арбитражному центру при Институте современного арбитража за предоставленную возможность опубликовать оригинальный текст интервью на страницах нашего журнала.

An interview with Brigitte Stern, international arbitrator and Emeritus Professor of international law at the University of Paris I, Panthéon-Sorbonne, was prepared by the Arbitration Center at the Institute of Modern Arbitration at the conference "International Arbitration in the Spotlight: From Tokyo to New York" held in Moscow in March 2017. The Arbitration Center expresses particular thanks for the preparation of the interview to Nikita Kondrashov (lawyer at *Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH*), Elena Burova and Ksenia Koroteeva (specialists of the Administrative Department of the Arbitration Center). The Russian language version of the interview was

I come from a family of lawyers, my two parents were practicing lawyers in Strasbourg, so I was raised in a legal environment. What made me chose specifically to specialize in public international law? It is always a little bit artificial to answer such a question relating to events which took place a long time ago, when I was a young student, but I think my main motivation at the time was that public international law appeared to me less technical than other branches of the law and more open towards the fundamental problems of the world, the fight between law and force which is at the root of the evolution of the international world in which we live. I had the impression that studying — and even more teaching — public international law could be a modest contribution to improve life on our planet.

In this surrounding, I did not specialize immediately, as I have been teaching both general international law, international criminal law, international economic and trade law (WTO), and finally investment law. As my thesis was on international responsibility of States², it is not surprising that I have been asked more and more to deal with investment arbitrations, which turn on

published on the web site *Zakon.ru* (https://zakon.ru/discussion/2017/06/28/postarajtes_ne_navodit_skuku_na_arbitrov_i_na_samogo_sebya_intervyu_bridzhit_shtern). The Editorial Board of the International Commercial Arbitration Review expresses gratitude to the Arbitration Center at the Institute of Modern Arbitration for the permission to publish the text of the interview in the original language.

² B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Pedone, 1973, 382 p. (Préface de Paul Reuter).

the responsibility of States towards foreign economic actors investing on their territory.

2. What aspects of arbitrator's typical functions do you enjoy doing most (drafting awards, attending oral hearings, examining evidence)? Which one do you find the most challenging?

May be, I start by what I really do not enjoy, which is the mechanism of document production, which comes from the American legal system and is quite foreign to the French approach. The process sometimes lasts for quite a long time, thousands of documents are produced, when it is my experience that in the most difficult cases, usually less than hundred core documents are really relevant.

This being said, besides of this, I enjoy the work of being an arbitrator in all its aspects and its different steps.

First, studying the file and preparing for the hearing(s). Arbitral tribunals are typically presented both with a written case record and oral statements. Personally, I favour the Chinese proverb, according to which “the palest ink is better than the clearest memory”, which means that I am inclined, as an arbitrator, to focus on the written documents contemporaneous with the situation rather than present recollection of past facts.

Second, attend hearing(s): this is always an interesting moment, with lawyers coming from different backgrounds. Perhaps one experience I can single out as being particularly interesting was sitting on the ICSID annulment committee in *Soufraki v. the United Arab Emirates*³ – a case that raised the question of the respective powers of an international tribunal and of a State to determine nationality for international purposes. It was particularly interesting because the committee was concerned with pure law and not facts, and, as an academic, concentrating on the interpretation of the law is dear to my heart.

Third, discussing with the other members of the tribunal on the questions raised and the solution to be given to the dispute in front of us. This is an aspect I enjoy particularly, as it is usually very stimulating to confront ideas and points of views to arrive at a fair solution. It is indeed my personal experience as an arbitrator, that the careful selection by the parties as well as the diversity of backgrounds of my colleagues definitely leads to unbiased and committed panels able to master and decide the most difficult cases through internal discussions within the panel and widely explains the overall success of investor-state arbitration as well as the general support of both investors and States.

Last, but not least, writing of the award. This is also a part of an arbitrator's mission which I like very much, especially when the issues raised have some link with some aspects of my academic work. Of course, when I am the President, like in the *Phoenix* case⁴, I write the award from the first to the last line, but even when I sit as a wing, it happens that the President distributes the tasks among the three members of the tribunal. My perspective is always to try to present the general framework, and not just to solve the case, which in my view enhances the predictability of the system for all stakeholders. I think that it is particularly important to have an overall view in investment arbitration. In commercial arbitration, which deals with specific contracts and factual situations that might never be reproduced twice, there is no harm to simply resolve the dispute without elaborating too much on abstract legal reasoning. To the contrary, in my view, the needs of investment arbitration are fundamentally different. Given the repetitively similar nature of the questions raised – is there an expropriation? is there a violation of fair and equitable treatment? – it is important that the tribunal sets clearly the general legal framework from which it derives the particular solution. Another reason why the le-

³ *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Decision of the *ad hoc* Committee on the Application for Annulment of Mr. Soufraki (5 June 2007).

⁴ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award (15 April 2009).

gal framework should be presented fully and with great care when States are involved is that governments are politically accountable to their people and must be able to explain the tribunal's decision which they have to enforce as being based on strong legal grounds.

3. What three practical tips could you give to a young lawyer starting his / her career in arbitration these days?

First tip: Work.

Second tip: Work.

Third tip: Work.

This being said, to be a little bit more specific, here are the 10 commandments which I have presented during the ICCA Conference in Mauritius in 2016:

10 commandments to prepare a persuasive case in international arbitration

1. Follow the TRUTH, who will bring you out of the land of dispute.

- This is the key principle to prepare a persuasive case. Counsels, witnesses or experts should neither lie nor hide bad facts.

2. When briefing witnesses, remember to deal with facts and not with the law and the contrary for experts.

- Witness testimonies provide the factual foundation to win the case, experts provide the technical understandings. Witnesses should only testify on what is in their knowledge and should not draw conclusions.

3. Remember the importance of a good organization and allow the Tribunal to rest.

- Organization is essential to a persuasive case both in drafting or pleading arguments, and in examining witnesses: "Order and simplification are the first steps towards the mastery of a subject" (*Th. Mann, The Magic Mountain*).

4. Keep your main arguments throughout the dispute without shifting theories.

- Especially at the hearing, counsels should define their key arguments and focus on them, not only when making opening and closing statements, but also while examining witnesses.

5. Follow your path based on written documents rather than oral statements.

- Common and civil law traditions differ on the importance given to witness testimonies. In arbitral proceedings, counsels should focus on documentary evidence to establish facts rather than oral testimony according to the civil law approach.

6. You shall not murder the assistance being boring or boring yourself.

- Advocacy includes convincing the audience using both the reason and the heart sensibility. Beyond basic rules to catch attention, counsels should develop advanced communication skills to convey clarity and passion to involve the Tribunal. "Le coeur a ses raisons que la raison ignore" (*Pascal, Les Pensées*).

7. You shall not allow deceit in presenting to the Tribunal twisted facts or legal arguments.

- Interaction with the members of the Tribunal should be guided by professionalism. Counsels should neither underestimate nor overestimate the members of the Tribunal's ability to do their job on the case; they should familiarize with their views.

8. You shall not just steal ideas from others but be imaginative and explore new solutions to settle the dispute.

- It is essential to go beyond the reference to precedents in order to explore new solutions to settle disputes, depending on the case.

9. You shall not despise your neighbor counsel, witness or expert.

- Respect is part of professionalism, credibility and simply humanity. Despising the other party's counsel, witnesses or experts is counterproductive whereas respecting them gets you where you want.

10. Concluding principle: *You shall not covet any skills, experience or tactics that are your neighbor's. Instead, you shall just be the best you can, YOURSELF.*

- Last but not least, the best way to prepare a persuasive case is simply to prepare. Preparation serves both the rule of law and efficiency in arbitral proceedings, which are critical for the credibility of the system.

4. Looking back at your career, what were the most difficult challenges you faced and what helped you to overcome them?

Looking back, I think I faced the most difficult challenges not as an arbitrator, but as a young professor, faced with amphitheaters full of 1,000 students, whose primary concern, especially during the spring semester, was not necessarily international law. What helped me to overcome the challenge to interest them and make them think by themselves – which was always my main goal as a professor – was probably the passion I had for teaching and the energy I put into the preparation of my classes, often referring to what happened during the week in the international world, based on newspapers reading. The main challenge was to find the right level of both simplicity and complexity to reach out to all the students, even if they had different levels of understanding.

5. You previously acted as a counsel in the ICJ proceedings, now you act as an arbitrator at the most prominent arbitration institutions. Was it challenging? How is the work of an arbitrator different from the one of a counsel?

I had indeed the honour to be part of the Bosnian team in the *Genocide* case before the International Court of Justice and of the French team of the Ministry of Foreign Affairs in the *Rainbow Warrior* case. I have never acted as counsel or expert in investment arbitration, although sometimes asked for, as I do not welcome wearing what is known as “a double hat”.

I am definitely of the view that the same person shouldn't act as counsel or arbitrator at

the same point in her/his career. The Roland Garros competition just ended. Would it be acceptable that the player is also the referee? In fact – probably because of this analogy – the Court of Arbitration for Sport adopted a rule not long ago, prohibiting a person who is appearing as counsel before the court from also acting as an arbitrator in CAS cases. Even the ICJ has some rules to avoid the same person acting as counsel and *ad hoc* judge in certain time frames. I think that's a good rule which should be extended.

Both roles are challenging, but I think I prefer the work of arbitrator, which gives more freedom and more responsibility, as it involves making choices which usually will have far reaching consequences in real life.

6. You have recently attended a conference on international arbitration in Moscow. As you know, there is an ongoing reform in Russia aimed at promoting arbitration as a mean of dispute resolution. What should Russian arbitrators do to be recognized on international scale?

First, I want to say that I was very impressed by the changes taking place in Russia concerning arbitration, with the adoption of the new law and a new objective procedure to grant recognition to arbitration centers, which is a guarantee of quality.

For Russian arbitrators to be recognized on the international plane, I think the advices are always the same: be present, rigorous and dedicated to the arbitral work.

7. Investment arbitration is extremely fast-changing and dynamic area. What do you do to keep up-to-date? What reviews / books do you usually choose to read? What conferences do you attend?

I guess my way to keep up-to-date results from the numerous different cases in which I am involved, which gives me really an overall picture of the state of the art in investment arbitration. I read mainly awards, some prominent books on arbitration and to be informed

on the day-to-day evolution in the field, with analyses of the new cases, IAR (International Arbitration Reporter) is an excellent tool. I do not attend many conferences, for lack of time, but always participate in the ICCA Conference, which takes place every two years and where the whole arbitration community gathers, the next being in Sydney in April 2018, as well as the IBA (International Bar Association) arbitration days when I can.

2. Arbitration in General, Investment Arbitration

8. Do you consider the existing investor-state dispute settlement (ISDS) mechanism to be under threat? Will it be subject to significant changes? Is it possible to find a better ISDS mechanism than arbitration? What do you think about an idea of an “institutionalized investment court” put forward by EU Commission?

First of all, let me say at the outset that I believe that the criticism raised by the opponents to investor-State arbitration are not completely well-founded.

One of the main criticism is that investment arbitration is a tool to restrict the regulatory power of States. Let me take a very topical example to illustrate what is the problem, as perceived by some: the arbitration between Phillip Morris and Uruguay on the one part⁵ and Phillip Morris and Australia on the other part⁶. The first was an ICSID arbitration filed on the basis of the BIT between the Swiss Confederation and Uruguay; the second an UNCITRAL / PCA arbitration filed on the basis of a BIT between Hong-Kong and Australia. What was at stake here with these two States' conduct? The investor challenged the packag-

ing regulations of Australia and Uruguay which require, for the purpose of protecting public health, that all cigarettes be sold in standardized packaging without logos or trademarks or be sold with warnings of danger. According to the investor, those regulations constitute indirect expropriation of its intellectual properties and rights and violate the fair and equitable treatment. *In fine*, the States have won both cases, on jurisdictional grounds in the case of Australia, and on the merits in the case of Uruguay, which means that the regulatory power of the State has been protected, contrary to what is often said.

Another criticism is that investment arbitration is dealt with by a too small group of people. As far as the “institutionalized investment court” is concerned, I will take the example of CETA (Canada Europe Trade Agreement), as this is the most advanced project, but the ideas behind the other proposals are similar. The idea is to create an international tribunal, composed of 15 permanent members designed by a Joint Committee between the EU and Canada for a five years fixed term: five from Canada, five from EU and five from third States, to replace the existing ISDS mechanism. It should be pointed out that one of the key features of arbitration which is the consent of the parties in particular in the choice of the arbitral tribunal disappears. What is quite striking is that one of the main critic of the present system is, as I have just mentioned, the fact that the investment cases are decided by too small a group of private persons. But what do we see with the proposed new system? An even smaller group of 15! And how are they nominated? Only by the States, which means that the investors will no longer have a say on the choice of the arbitrators.

It is sometimes said that such a system will enhance consistency. This might be true, but this is to the detriment of dialogue and cross fertilization between different points of view. As I see the system today, I think that there are great intellectual debates between arbitra-

⁵ *Phillip Morris Brands Sarl, Phillip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly *FTR Holding SA, Phillip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*).

⁶ *Phillip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12.

tors, including through dissenting opinions, which in my view bring about the best results: the good awards overrule the wrong ones. This will disappear with an institutionalized court, which might indeed be consistent: but is consistency a good thing if the first award is wrong and the other follow the same jurisprudence?

9. What are the main areas for changes / developments / improvements in arbitration? Which changes do you particularly welcome, both in commercial and investment arbitration?

Even if rooted more in ideology against globalization than in the realities of investor-State arbitration, it cannot be denied that there are multifold dissatisfactions with the existing system, coming from different parts. What should be done?

Here we find two radical proposals: leave the system or completely change the system, but may be a better approach would simply be to improve what I consider an overall successful system.

First, “leave the system”.

A first quite radical solution is to leave the system, and some States have not hesitated from doing so by terminating IIAs (International Investment Agreements) and disengaging from ICSID. Bolivia, Ecuador and Venezuela denounced the ICSID Convention respectively in 2007, 2009 and 2012. Ecuador terminated nine BITs (Bilateral Investment Treaties) in 2008, Venezuela terminated one BIT in 2008, Indonesia terminated seven BITs since 2014 and South Africa terminated nine BITs since 2012. US-Australia 2004 FTA (Foreign Trade Agreement) dispensed with the inclusion of investor-state arbitration.

Second, “change the system”.

There are indeed lots of proposals more or less implemented which want to get rid of the arbitral system all together and replace it by an international court or courts, proposals which I have already mentioned and criticized.

Third, “improve an overall successful system”.

The suggestion here is to follow the Roman maxim *Quieta non movere* (what is quiet shall not be moved). Among the multiple ideas: efforts to improve time and cost efficiency, although this depends more often from the parties’ behaviour; replace – or at least balance – the common law adversarial system for document production with the continental inquisitorial system where the arbitrators and not the parties would be asking for the documents they deem relevant; limit the possibility to act as counsel and arbitrator in the same time span; encourage the States to be more precise when they define the standards of protection of foreign investments in their BITs or FTAs.

However, even if the system can be improved, as any system when it evolves through time, at the end of the day, the overall large success of investment arbitration should not be overlooked.

10. As an arbitrator in investment disputes, you are particularly famous for your dissenting opinions. Is there any particular dissent you issued, which stands out?

There are two main schools of thought concerning dissents. Some arbitrators have decided never to dissent and always to accept the position of the majority, as a democratic gesture perhaps. Others are prepared to issue dissenting opinions – and sometimes do.

I think the first school of thought is a respectable one to follow, but personally I couldn’t always accept the majority position as such. For example, I couldn’t put my name to a ruling which meant that I said A in one case, and the opposite non-A in another case with the exact same factual background. As an academic, it’s a logical impossibility for me. So I am ready to dissent on questions of principle – though not on minor legal points or factual interpretations.

My first dissent was not in the field of investment arbitration. I have dissented in a case that came before the United Nations Administrative Tribunal or UNAT, of which I was a member for

nine years and Vice-president at a time, which taught me the powerful role a dissenting opinion can play. In that case, I gave a long dissent on the extent of the powers of the Tribunal. The majority had interpreted the Statute setting out the Tribunal's powers very strictly and I interpreted it as also containing some implied powers. Shortly after my dissenting opinion, there was a revision of the Statute and it was decided to expressly state the implied powers I had identified. That was a victory for dissent — and reinforced my idea that dissents can be extremely helpful in the evolution of the law.

In investment arbitration, the question here is whether tribunals should strive for unanimity at any price or whether dissents may add value to the process and should thus be generally accepted. I consider that the answer is not the same in commercial and investment arbitration.

In commercial arbitration, the main consequence of a dissent is a risk of undermining the award, without the potential upside of a contribution to the theoretical debate, as very few commercial awards are published. In other words, in commercial arbitration dissents do not have the didactic aspect they can have in investment arbitration. Indeed, in investment arbitration, even if the award might also be somewhat weakened by a dissent, such opinion can participate in the evolution or clarification of the law applicable to investments. The partial annulment of the award in *Occidental v. Ecuador*, with repeated references to my own dissent⁷, illustrates, I think, the role dissents can play. Besides of this dissent, I think the one on MNF clause⁸ is also an important piece of reflection, even for those who do not share my analysis.

⁷ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Dissenting Opinion (20 September 2012).

⁸ *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Concurring and Dissenting Opinion of Professor Brigitte Stern (21 June 2011).

Р.В. Макин*,

магистр юриспруденции (РШЧП),
юрист адвокатского бюро «Инфралекс»,
консультант Исследовательского центра
частного права имени С.С. Алексеева
при Президенте РФ

Фидуциарные обязанности участника корпорации и их применение в ситуации злоупотребления корпоративными возможностями

Когда войдешь в дворец, у входа
Нить привязать ты не забудь.
Она поможет в переходах
Найти тебе обратный путь.

*З. Торопчина. Мифы Древней Греции.
Нить Ариадны*

Несмотря на то что в российской практике ситуации злоупотребления правами со стороны участников хозяйственных обществ не являются чем-то новым, тематика привлечения таких участников к ответственности за недобросовестное поведение по отношению к обществу является сравнительно мало разработанной. Особенно ярко это проявляется в том, что российская доктрина лишь недавно обратилась к разработке теории фидуциарных обязанностей участников корпорации¹, особенно если сравнивать

ее с зарубежными аналогами. С одной стороны, это может показаться удивительным, ибо как дореформенное российское законодательство, так и законодательство послереформенного периода содержало и содержит почву для таких наработок в виде отдельных норм, касающихся данных ситуаций², а с другой — нет, ибо российское корпоративное законодательство находится в режиме догоняющего развития³.

Нельзя не учитывать и то, что в российском праве закреплен общий принцип до-

ра перед акционером: возможна ли постановка такой проблемы? // Корпоративный юрист. 2008. № 11. С. 8–23 (доступно в Интернете по адресу: https://zakon.ru/LibraryHome/DownloadPub?_id=2862).

* Автор выражает благодарность за комментарии и замечания, высказанные в ходе доработки статьи, А.В. Егорову; при этом все ошибки и спорные суждения остаются на совести самого автора.

¹ Из полноценных публикаций по этому поводу можно указать следующие: Кузнецов А.А. Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью. М.: Статут, 2014; Он же. Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью: теоретическая конструкция и вопросы практики применения // Вестник гражданского права. 2012. Т. 12. № 5. С. 94–137; Степанов Д.И. Ответственность акционе-

² Среди таких норм стоит отметить: п. 3 ст. 53.1, п. 4 ст. 65.2, абзац четвертый п. 1 ст. 67 ГК РФ, ст. 10 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – Федеральный закон об ООО).

³ Это видно хотя бы из того факта, что высшая судебная инстанция только в 2013 г. смогла издать полноценное разъяснение по вопросу недобросовестного и неразумного поведения членов органов управления корпорации (см. постановление Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» (далее – Постановление № 62), который, на наш взгляд, носит более очевидный характер по сравнению с вопросом аналогичного поведения со стороны участников корпорации.

бросовестности, который, как справедливо указывает Е.А. Суханов, является основой фидуциарных обязанностей участников в корпоративном праве⁴, и, по-видимому, как раз этим и объясняется невнимание российских ученых к доктрине фидуциарных обязанностей участников.

В то же время обращает на себя внимание то, что доктрина и судебная практика ряда ведущих западных стран (в том числе США, Франции, Германии, Испании) разработали в значительной мере целостную концепцию фидуциарных обязанностей участников корпораций, которая применяется в том случае, когда нормы закона явно не касаются конкретной ситуации злоупотребления участником своими правами. В этой связи представляется целесообразным проанализировать опыт западных стран, указав основные положения доктрины фидуциарных обязанностей участника, а также ее применимость для российского права.

Обратим внимание, что категория фидуциарных обязанностей участника не является какой-то умозрительной и лишеной практической ценности конструкцией; представляется, что она будет наиболее применимой в тех случаях, когда необходимо проанализировать недобросовестное поведение участника корпорации и привлечь его к ответственности за это. Иными словами, категория фидуциарной обязанности представляет собой определенный стандарт поведения участника корпорации, который законодатель не мог предусмотреть *ex ante* при закреплении соответствующих норм в законодательстве⁵.

Заметим, что категория фидуциарных обязанностей представляется интересной в контексте третейского разбирательства, ибо в результате недавней реформы законодательства об арбитраже⁶ был получен недвусмысленный ответ на наболевший вопрос, касающийся допустимости рассмотрения корпоративных споров в третейских судах. В частности, в АПК РФ теперь предусмотрено, что третейские суды могут рассматривать споры в связи с причинением убытков юридическому лицу⁷, — а ведь именно по таким спорам наиболее часто происходит апелляция к нарушению фидуциарных обязанностей участником корпорации. Иными словами, вопрос нарушения участником своих фидуциарных обязанностей теперь может быть поставлен не только перед судьей, но и перед арбитром.

1. Истоки теории фидуциарных обязанностей участника корпорации. Фидуциарные обязанности *versus* принцип доброй совести

В целом можно говорить о существовании следующих подходов к выделению фидуциарных обязанностей участника корпорации:

1) фидуциарные обязанности выводятся из факта осуществления участником кор-

Law Theory // Global Markets, Domestic Institutions: Corporate Law and Governance in a New Era of Cross-Border Deals / C.J. Milhaupt (ed.). Columbia University Press, 2003. P. 96 (доступно в Интернете по адресу: <http://www.columbia.edu/~kp2022/Chapters/3%20Ch%20-%20Fiduciary%20Duty.pdf>).

⁴ «Книжку о сравнительном корпоративном праве, честно скажу, я написал со злости» [Интервью с Е.А. Сухановым] // Арбитражная практика для юристов. 2017. № 7. С. 21.

⁵ Pistor K., Xu C. Fiduciary Duty in Transitional Civil Law Jurisdictions: Lessons from the Incomplete Law Theory (ECGL – Law Working Paper No. 01/2002 (October 2002)) (https://papers.ssrn.com/abstract_id=343480). P. 31 (см. также: Pistor K., Xu C. 3. Fiduciary Duty in Transitional Civil Law Jurisdictions: Lessons from the Incomplete

⁶ См.: Федеральный закон от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»; Федеральный закон от 29 декабря 2015 г. № 409-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона «О саморегулируемых организациях» в связи с принятием Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

⁷ Части 2 и 3 ст. 225.1 АПК РФ.

порации корпоративного контроля (штат Делавэр);

2) фидуциарные обязанности выводятся из характера гражданско-правового образования (штаты Массачусетс, Иллинойс);

3) фидуциарные обязанности выводятся из принципа доброй совести и характера ведения общего дела (Германия, Испания, Франция).

В рамках первого подхода считается, что участник корпорации несет фидуциарные обязанности по отношению к ней и ее участникам, если он осуществляет корпоративный контроль. При этом корпоративный контроль определяется не только как владение более чем 50% долей в уставном капитале компании, но и как эффективное осуществление контроля над ее деятельностью⁸. Применительно к последней разновидности корпоративного контроля в судах штата Делавэр неоднократно рассматривались дела, где корпоративный контроль признавался за миноритарным участником, который осуществлял фактический контроль над корпорацией, в частности в виде отклонения избрания независимых директоров⁹, одобрения конкретной сделки¹⁰.

⁸ См., например: *Ivanhoe Partners v. Newmont Mining Corp.*, 535 A.2d 1334, 1344 (Del. 1987); *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 815 (Del. 1984); *Kaplan v. Centex Corp.*, 284 A.2d 119, 122–123 (Del. Ch. 1971).

В относительно недавнем деле *In re PNB Holding Co. Shareholders Litig.* (2006 WL 2403999 (Del. Ch. Aug. 18, 2006) (со ссылкой на: *Kahn v. Lynch Communication Sys., Inc.*, 638 A.2d 1110, 1113–1114 (Del. 1994))) суд указал, что контролирующий участник – это тот, кто 1) владеет более чем 50% долей в уставном капитале корпорации, или 2) тот, кто осуществляет контроль над бизнесом и деятельностью (business and affairs) корпорации.

⁹ *Kahn v. Lynch Communication Sys., Inc.*, 638 A.2d 1110 (Del. 1994).

¹⁰ *In re Wheelabrator Technologies, Inc. Shareholders Litig.*, 663 A.2d 1194, 1205 (Del. Ch. 1995).

В этой части И. Анабтави и Л. Стоут отмечают, что в тех случаях, когда участник не обладает абсолютным большинством голосов в компании, он должен осуществлять контроль над тем пакетом голосов, который *de facto* дает контроль (см. подробнее:

Что касается второго подхода, то в практике ряда американских штатов в части споров, относящихся к деятельности закрытых корпораций (closed corporations), была выработана позиция о том, что все участники таких корпораций несут фидуциарные обязанности по отношению к корпорации, а также друг к другу. В частности, как указал суд в деле *Donahue v. Rodd Electrotype Co. of New England, Inc.*, закрытая корпорация похожа по своей сути на товарищество (partnership), ибо в ней объединяются два-три лица, совместно вкладывающих капитал, труд, опыт и усилия. Отношения между участниками в таких корпорациях похожи на отношения между товарищами в товариществе в том смысле, что для успеха предприятия требуется, чтобы отношения базировались на взаимном доверии, надежности и абсолютной верности друг другу¹¹.

Предлагаемый в европейских странах подход, выводящий фидуциарные обязанности участников корпорации из категории ведения чужого дела, обращает внимание на то, что юридическое лицо является следствием договоренности сторон. В частности, испанский ученый Л. Эрнандо Се-

Anabtawi I., Stout L. Fiduciary Duties for Activist Shareholders // *Stanford Law Review*. 2007–2008. Vol. 60. No. 5. P. 1270 (доступно в Интернете по адресу: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1825&context=facpub>).

¹¹ 328 N.E.2d 505 (Mass. 1975). К такому же выводу суды штата Массачусетс пришли в деле *Smith v. Atlantic Properties, Inc.* (12 Mass. App. Ct. 201, 422 N.E.2d 798 (1981)). Аналогичным было решение в деле, рассмотренном в штате Огайо (*Estate of Schroer v. Stamco Supply, Inc.*, 482 N.E.2d 975 (Ohio Ct. App. 1984)); штате Иллинойс (*Hagshenas v. Gaylord*, 557 N.E.2d 316, 321 (Ill. App. Ct. 1990). Ч. Мёрдок указал, что подход, выработанный в деле *Donahue v. Rodd Electrotype Co. of New England, Inc.*, в том или ином виде встречался в решениях как минимум 42 штатов (см. подробнее: *Murdoch Ch.W.* Fairness and Good Faith as a Precept in the Law of Corporations and Other Business Organizations // *Loyola University Chicago Law Journal*. 2005. Vol. 36. No. 2. P. 556 (доступно в Интернете по адресу: <http://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1230&context=lucijj>)).

брия отмечает, что в этом случае цель создания юридического лица (*causa societatis*) трансформируется в намерение учредителей действовать сообща для достижения общих интересов (*affectio societatis*), которое связывает участников на протяжении всего срока существования корпорации. Далее, *affectio societatis* является тем «компасом», который предопределяет поведение, требуемое от участников корпорации, подчиняет его определенным правилам, которые вытекают из приоритета общего интереса (интереса корпорации) над интересами отдельных участников¹².

Рассуждения аналогичного характера встречаются также в нескольких решениях Верховного суда Испании (Tribunal Supremo de España). Так, в деле *Agrupación de viviendas Arrendada, SC*¹³ Верховный суд указал то, что «юридическая природа корпорации как совместного договора (*contrato conjunto*) различных лиц, преследующего общую цель, была нарушена заявителем жалобы (*recurrente*) посредством поведения, противоречащего указанной общей цели и игнорирующего интересы корпорации». Далее Верховный суд Испании отметил, что «нельзя забывать, что посредством корпорации различные лица объединяют свои усилия для преследования общей цели, обычно

в виде длительного взаимодействия. В случае конфликтов между индивидуальным интересом участника и общим для всех интересом требуется подчинение индивидуального интереса общему, ибо это на себя добровольно принял участник корпорации; индивидуальный интерес ограничен тем, что он является подчиненным по отношению к интересу корпорации, который имеет приоритетное значение»¹⁴.

Рассуждения похожего характера встречаются также и у германских правоведов, которые выводят фидуциарные обязанности участников из особенностей правового положения неправосубъектных образований (товариществ), где чрезвычайно важно взаимное доверие между товарищами¹⁵.

Близки по своим взглядам к европейскому подходу и российские правоведы. Так, А.А. Кузнецов указывает, что обязанности участников общества с ограниченной ответственностью во многом похожи на отношения в договоре простого товарищества, т.е. участники обязуются вести общее дело, направленное на извлечение прибыли (это общая цель), где имущественные результаты совместной деятельности обособляются в виде юридического лица. Далее А.А. Кузнецов указывает, что отношения участников ООО носят доверительный характер, они обязаны действовать в интересах общества (иначе говоря, стремиться к достижению общей цели), в частности стремиться к получению обществом прибыли¹⁶.

¹² *Hernando Cebriá L.* El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades mercantiles: control societario y los abusos de mayoría, minoría y de igualdad. Bosch, 2013. P. 66–67; см. также по этому поводу: *Sanchez Alvarez M.M.* La buena fe en las relaciones societarias y la «*affectio societatis*» (SAP Ciudad Real, 11-12-1992) // *Revista de derecho de sociedades (RDs)*. 1994. № 2. P. 227–230; *Senent Martínez S.* Abuso de minoría y ejecución judicial de acuerdos sociales no adoptadas o rechazadas (http://eprints.ucm.es/20463/1/Abuso_de_minor%C3%ADa.pdf). P. 7; *Schneider L.R.* El control societario y los abusos de mayoría, minoría y de socios en posición equivalente // *Revista de derecho comercial y de las obligaciones (RDCO)*. 2016. № 281 (доступно в Интернете по адресу: http://www.blascoschneider.com.ar/publicaciones/schneider_consideraciones_sobre_el_control_societario.pdf).

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2398).

¹⁴ Логика похожего характера прослеживается в деле *Sersa Ediciones S.A.* (Sentencia nº 1001/93 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 2 de Noviembre de 1993).

¹⁵ *Bratina B., Jovanović D.* Shareholders' Duty of Loyalty and Positive Voting Duty // *China-USA Business Review*. 2014. Vol. 13. No. 5. P. 350 (доступно в Интернете по адресу: <http://www.davidpublisher.com/Public/uploads/Contribute/5508f1558508a.pdf>).

¹⁶ *Кузнецов А.А.* Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью. С. 35–36. Аналогичные рассуждения встречаются также и у А.И. Шайдуллина (см.: *Шайдуллин А.И.* Конфликт интересов в обществе. Как участнику защитить свои

Любопытно также отметить, что европейские ученые прямо говорят о том, что фидуциарные обязанности участника корпорации являются не чем иным, как проявлением доброй совести в корпоративном праве, ее экстраполяцией в корпоративных отношениях¹⁷. В то же время остается вопрос, в чем же заключается отличие фидуциарной обязанности участника от общего принципа добросовестности.

Представляется, что для ответа на него можно процитировать американского судью Кардозо (Cardozo), который, указывая на обязанность верности между соучредителями в деле *Meinhard v. Salmon*, сказал следующее: «Трасти (trustee) обязан придерживаться более строгих правил, чем обычные правила рынка. Не просто честность, а неуклонное соблюдение всех правил чести — вот в чем заключается стандарт поведения. <...> Правила поведения для участников фидуциарного отношения

права на основе принципа лояльности // Арбитражная практика для юристов. 2017. № 6. С. 102).

Некоторые российские ученые выводят особый характер отношений между участниками корпорации не из природы договора простого товарищества и ведения общего дела, а из природы учредительного договора, в соответствии с которым создается корпорация (справедливости ради следует отметить, что эти взгляды не противоречат друг другу, ибо учредительный договор как в доктрине, так и в судебной практике признан одним из подвидов договора простого товарищества) (см. по этому поводу: *Козлова Н.В.* Правосубъектность юридического лица. М.: Статут, 2005).

¹⁷ См., например: *Senent Martínez S.* Op. cit. P. 6–7; *Pulgar Ezquerro J.* Reestructuración de sociedades de capital y abuso de minorías (DT del Departamento de Derecho Mercantil 2013/73 (Febrero 2013)) (http://eprints.ucm.es/19951/1/Juana_Pulgar_reestructuracion_societaria.pdf). P. 34–36; *Henaó Beltrán L.F.* El abuso de la posición jurídica del socio // *Revist@ E-Mercatoria*. 2014. Vol. 13. № 2. P. 117 (доступно в Интернете по адресу: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/download/4046/4716>); *Sáez Lacave M.* Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas // *InDret: Revista para el análisis del derecho*. 2016. Vol. 1. P. 11, 20 (доступно в Интернете по адресу: http://www.indret.com/pdf/1211_es.pdf).

(fiduciaries) требуют более высокой степени ответственности, чем та, что требуется для обычной толпы»^{18, 19}.

2. Содержание фидуциарных обязанностей участника корпорации

Проанализировав вопрос обоснования категории фидуциарных обязанностей, рассмотрим вопрос их содержания, для чего также требуется обратиться к рассуждениям зарубежных правоведов.

Итак, как мы видим, сам по себе характер общего дела, предполагающий объединение участников ради общей цели, подразумевает, что их интересы будут подчинены общему для всех интересу²⁰. Как следствие, в зарубежных юрисдикциях говорят о том, что участники связаны обязанностью верности по отношению к корпорации и ее участникам (duty of loyalty, deber de lealtad, Treuepflicht).

В этой связи испанский правовед Л. Эрнандо Себрия говорит о том, что следует выделять две формы проявления обязанности верности участника: в виде активных действий (vertiente proactiva) и в виде воздержания от действий (vertiente pro pasiva). Что касается первой формы, то он отмечает,

¹⁸ 249 N.Y. 458, 464, 164 N.E. 545, 546 (1928).

¹⁹ Оценка фидуциарной обязанности в качестве «повышенного стандарта» доброй совести видна в решении одного из американских судов по делу *Mkt. St. Assocs. LP v. Frey* (941 F.2d 588, 595 (7th Cir. 1991)), где он указал, что «добрая совесть находится между фидуциарной обязанностью (обязанностью наивысшей добросовестности (duty of utmost good faith)) и обязанностью просто воздержаться от злоумышленных действий (fraud)».

²⁰ Представляется, что основной смысл фидуциарных обязанностей участника хорошо сформулировала Л. Шнайдер: в общем виде содержание обязанности верности заключается в том, что она запрещает участнику получение выгод (ventajas) для себя в ущерб общей цели корпорации. Обязанность верности предполагает, что интересы участника будут подчинены интересам корпорации и в случае конфликта между ними последние будут превалировать (см.: *Schneider L.R.* Op. cit. P. 24).

что обязанность верности подразумевает продвижение интереса корпорации самим участником (в первую очередь мажоритарным). При этом данная сторона обязанности верности не вполне характерна для миноритарного участника, когда тот участвует в публичных акционерных обществах. Скорее, можно говорить о существовании этой формы обязанности верности в тех случаях, когда корпорация создана для совместного труда в ней (т.е. является закрытой корпорацией). Кроме того, что касается миноритарных участников, то, как отмечает цитируемый автор, на него распространяется данная форма обязанности верности в тех случаях, когда он «может наложить вето в отношении стратегических решений корпорации, однако не может самостоятельно определять ее решения» (п. 54 Сообщения Европейской комиссии 2008/С 95/01²¹), т.е. в ситуации «негативного» контроля.

Что касается второй формы обязанности верности, то она представляет собой обязанность не причинять вред (*obligación de no dañar*) корпорации. Данная обязанность распространяется на все действия участника, которые могут затронуть корпорацию и ее репутацию (*crédito*) в отношениях с третьими лицами (например, обжалование решений корпорации со злоупотреблением правом, незаконное использование информации, имеющейся у корпорации, предоставление ложной информации о корпорации или ее деятельности на рынке и т.д.). Также обязанность не вредить корпорации дополняется обязанностью не вредить другому участнику корпорации²².

²¹ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No. 139/2004 on the control of concentrations between undertakings (2008/C 95/01) // OJ. 2008. С 95. Р. 16 (доступно в Интернете по адресу: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:EN:PDF>).

²² *Hernando Cebriá L.* Op. cit. P. 78–84.

Аналогичного мнения придерживается также М. Сэз Лакаве, которая указывает, что обязанность верности выражается в 1) обязанности максимизировать

В похожем ключе рассуждает германский правовед В. Вернер, который говорит, что общее содержание фидуциарных обязанностей участника корпорации заключается в том, что тот обязан содействовать достижению цели создания корпорации и не осуществлять действий, влекущих убытки для нее²³.

Американские правоведы говорят, что обязанность верности в отношении мажоритарных участников означает, что им запрещено использовать свое положение в корпорации для того, чтобы извлекать материальные выгоды из корпорации за счет миноритарных участников (*at the minority's expense*)²⁴. Это является более широким проявлением обязанности верности, которая предполагает, что участник корпорации ставит интересы корпорации и ее участников выше собственных. Кроме того, американские правоведы для отдельных случаев выделяют обязанность заботы (*duty of care*), например для тех ситуаций, когда контролирующий участник продает свою долю в корпорации лицу, которое заведомо хочет ее разорить (*looter*)²⁵.

Представляется, что определенной функциональной схожестью с вышеуказан-

общую прибыль (проявляется в том, что участники обязаны взаимодействовать друг с другом по вопросу достижения общей цели; также им запрещено приобретать выгоды для себя в ущерб интересам корпорации) и 2) запрете присвоения общего имущества, а также приобретения отдельных выгод без причинения вреда корпорации, но за счет участников (см. подробнее: *Sáez Lacave M.* Op. cit. P. 21–23).

²³ *Werner W.* Zur Treuepflicht des Kleinaktionärs // Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag am 28. April 1993: Unternehmen und Unternehmensführung im Recht / M. Bierich, P. Hommelhoff, B. Kropff (Hgs.). De Gruyter, 1993. S. 423.

²⁴ *Anabtawi I., Stout L.* Op. cit. P. 1265–1266.

²⁵ См., например: *Ibidem*; *Dammann J.* The Controlling Shareholder's General Duty of Care: A Dogma That Should Be Abandoned // University of Illinois Law Review. 2015. No. 2. P. 492–493 (доступно в Интернете по адресу: <https://illinoislawreview.org/wp-content/illr-content/articles/2015/2/Dammann.pdf>).

ным обладают и рассуждения английских судов, которые при анализе злоупотреблений со стороны участников корпораций выработали позицию о том, что действия последних должны соответствовать интересам компании в целом (benefit of the company as a whole)²⁶. В дальнейшем тест на соответствие действий участника интересам компании в целом был изменен на тест соответствия действий участника «доброй совести и интересам компании в целом» (“bona fides for the benefit of the company as a whole”); при этом, как указывал лорд — председатель Апелляционного суда Эвершед, его следует понимать как то, что участник должен предпринимать такие действия, которые, по его искреннему мнению (in his honest opinion), отвечают интересам компании в целом²⁷.

В связи с вышеперечисленным представляется принципиально верными рассуждения тех российских авторов, которые рассматривают обязанность верности участника корпорации в виде двух составляющих: 1) совершение всех действий, которые приносят пользу корпорации, и 2) воздержание от всего, что причиняет вред корпорации²⁸, тем более что обязан-

ность верности закреплена в ГК РФ в ходе реформы²⁹.

Вместе с тем определенные методологические и практические трудности могут возникать при анализе понятия «интерес корпорации», верность которому требуется от участника (и индивидуальные интересы которого являются подчиненными).

В этой связи следует напомнить, что существуют два подхода, касающихся содержания понятия «интерес корпорации»: 1) концепция общего вмененного интереса и 2) концепция суммированного интереса участников или превалирующего интереса участников³⁰.

Первый подход утверждает, что интересом корпорации является некий вмененный извне интерес, ради которого создается и функционирует юридическое лицо; некая абстракция, ради которой участники и вступают в отношения с юридическим лицом (классический подход — максимизация прибыли участников). Вместе с тем, как верно отмечает Д.И. Степанов, указанный подход лишь при первом приближении представляется правильным, ибо не учитывает временную составляющую, а также гетерогенность интересов участников (например, если начинаются разногласия по вопросу заключения рискованных сделок между теми участниками, которые преследуют долгосрочные инвестиции, и теми, которые преследуют краткосрочные инвестиции).

Второй подход предполагает, что требуется найти превалирующий интерес, который отражал бы интересы всех или значительной части участников корпорации на

²⁶ *Brown v. British Abrasive Wheel Co.*, [1919] 1 Ch. 290; *Dafen Tinplate Co. Ltd. v. Llanelly Steel Co. (1907) Ltd.*, [1920] 2 Ch. 124; см. также: *Davies P.L., Worthington S. Gower & Davies: Principles of Modern Company Law*. 9th ed. Sweet & Maxwell, 2012. P. 693. В то же время следует отметить, что в английском праве не выделяется категория фидуциарных обязанностей участников компаний.

²⁷ *Greenhalgh v. Arderne Cinemas Ltd.*, [1951] Ch. 286, 291 (per Lord Evershed MR); см. также: *Davies P.L., Worthington S. Op. cit.* P. 698.

²⁸ Кузнецов А.А. Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью. С. 36; Егоров А.В. Участник корпорации нарушает фидуциарные обязанности. Два способа привлечь его к ответственности // Арбитражная практика для юристов. 2017. № 6. С. 90; Шайдуллин А.И. Указ. соч. С. 103; Гутников О.В. Исключение участника юридического лица: мера ответственности и способ защиты корпоративных прав // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 2. С. 102–127.

²⁹ Пункт 4 ст. 65.2 ГК РФ.

³⁰ См. подробнее по этому поводу: Степанов Д.И. Интересы юридического лица и его участников // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 1. С. 29–83; *Megías López J. Opresión y obstruccionismo en las sociedades de capital cerradas: abuso de mayoría y de minoría* // *Anuario jurídico y económico escorialense*. 2014. № XLVII. P. 16–35 (доступно в Интернете по адресу: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4639613.pdf>).

определенный момент времени. В то же время, как снова верно отмечает Д.И. Степанов, когда в корпорации имеются два и более участников, может возникнуть корпоративный конфликт, если голосов ни одного из участников не хватает для принятия решения. В этом случае опять же требуется обращение к некому вмененному интересу.

Как следствие, Д.И. Степанов приходит к выводу о том, что правильнее говорить о существовании интереса корпорации лишь в ограниченном числе случаев (например, когда в корпорации имеется только один участник); в остальном же за этой категорией скрываются интересы реальных бенефициаров (например, участников корпорации)³¹.

Вместе с тем представляется, что предлагаемый Д.И. Степановым подход и его выводы, несмотря на теоретическую и методологическую привлекательность, применимы лишь для ограниченного перечня корпоративных конфликтов. Так, одним из таких случаев является ситуация, когда в корпорации имеются два участника, каждый из которых обладает 50% доли участия в уставном капитале и которые кардинально расходятся в вопросе одобрения определенного корпоративного решения (например, в части одобрения рискованной покупки определенного актива, распределения прибыли и пр.). Очевидно, что в этой ситуации определение интереса корпорации, с которым следовало бы сверять действия участника, невозможно. Как следствие, представляется, что в этих случаях речь следует вести о применении других способов решения такой ситуации, как то: анализ конкретных действий участника на соответствие принципу доброй совести (ст. 10 ГК РФ), ликвидация корпорации и пр.

Для тех же случаев, которые явно не касаются дедлока, как представляется, мож-

но продолжить использование понятия интереса корпорации. В этом случае можно было бы совместить обе теории, указав, что, с одной стороны, интерес корпорации как фиктивного образования должен явно касаться неких имущественных целей (в частности, приращения активов корпорации, максимизации прибыли), а с другой стороны, этот интерес явно определяется теми участниками (или их группами), которые обладают корпоративным контролем³².

В то же время нельзя не обратить внимания на то, что такой подход может быть применен лишь в тех ситуациях, когда возникает злоупотребление правом со стороны миноритарного участника (он блокирует принятие определенного корпоративного решения). Однако этот подход явно несправедлив в тех случаях, когда мажоритарный участник «выкачивает» активы компании, одобряя очевидно невыгодную сделку, и тем самым явно игнорирует интересы миноритарных участников. Как следствие, здесь затруднительно говорить о том, что миноритарии нарушают свои фидуциарные обязанности (обязанность верности корпорации (ее интересу)), — скорее речь следует вести о том, что мажоритарий нарушает фидуциарные обязанности. Однако здесь фидуциарная обязанность мажоритарного участника заключается не в обязанности верности интересу корпорации (ибо он сам его и определяет), а в том, что он должен вести себя справедливо и честно, учитывать в равной мере не только свои имущественные интересы, но и имущественные интересы миноритарных участников³³.

³¹ См. подробнее: *Степанов Д.И.* Интересы юридического лица и его участников.

³² Представляется, что в похожем ключе рассуждает уже указанный выше Х. Мегиас Лопес (см.: *Megías López J.* Op. cit. P. 23).

³³ Представляется, что здесь уместно сослаться на приводимый А.В. Егоровым пример, в котором контролирующий участник корпорации голосует за отнесение всей прибыли корпорации без исключения

3. Фидуциарные обязанности участника корпорации применительно к объему голосов участника на общем собрании и организационно-правовой форме юридического лица

Распространение не только на мажоритарного, но и на миноритарного участника корпорации фидуциарных обязанностей приводит нас к вопросу о том, связан ли объем голосов миноритарного участника с наложением на него фидуциарной обязанности. Иными словами, каким должно быть количество голосов у участника, что-

к резервам, преследуя цель «выдавить» миноритарного участника (понудить его к продаже доли) (см.: *Егоров А.В.* Указ. соч. С. 91). Очевидно, что здесь интерес корпорации определен контролирующим участником и заключается в том, что вся прибыль корпорации должна остаться в ней. Вместе с тем также очевидно, что принимаемое корпоративное решение должно учитывать то, что миноритарные участники тоже преследуют собственные имущественные интересы и контролирующий участник не вправе их игнорировать, если к этому нет существенных оснований (например, негативный прогноз динамики рынка, необходимость крупных вложений в активы для обновления оборудования предприятия и пр.).

Нельзя не заметить, что действия контролирующего лица по определению целей корпорации (ее интереса) должны соответствовать некоему стандарту разумности и быть продиктованы экономической необходимостью. По этому поводу можно было бы привести французское дело *Flandin* от 9 марта 1993 г. (Cass. com., 9 mars 1993, pourvoi n° 91-14.685, Bull. civ. IV, n° 101, p. 69), где была затронута проблема увеличения уставного капитала корпорации и злоупотребления миноритарным и мажоритарным участниками своими правами. При рассмотрении дела Кассационный суд указал, что изначальное увеличение уставного капитала корпорации до установленного законом уровня (50 млн фр.) было необходимо для продолжения ее деятельности. Поэтому отказ миноритарного участника дать согласие на такое увеличение уставного капитала должен считаться злоупотреблением правом. Что касается последующего увеличения уставного капитала до 500 млн фр., то отказ миноритарного участника с этим предложением суд не квалифицировал как злоупотребление правом, ибо такое увеличение уставного капитала не было продиктовано нуждами самой корпорации.

бы требовать от него соблюдения обязанности верности по отношению к корпорации и ее целям?

Представляется, что при ответе на этот вопрос следует исходить из того, что корпорация имеет истоки в категории простого товарищества (и категории ведения общего дела). Как следствие, принципиально все участники корпорации должны быть связаны фидуциарными обязанностями³⁴. Здесь, пожалуй, стоит указать, что основной смысл столь широкого распространения фидуциарных обязанностей заключается в том, что участники могут причинить вред корпорации или затруднить ее деятельность не только при реализации права на участие в управлении³⁵, но и ины-

³⁴ Обратим внимание, что это соответствует германскому подходу. По этому поводу Верховный суд Австрии (Oberster Gerichtshof) в одном из дел (OGH, 24.10.2016 – 6 Ob 169/16w, NZ 2017, 26 (доступно в Интернете по адресу: https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20161024_OGH0002_00600B00169_16W0000_000)) заметил следующее: «...действительно мелких акционеров» – таких как истец в рассматриваемом деле – с долей явно меньше 1% фидуциарная обязанность в целом не затрагивает... В противоположность этому преобладающая доктрина в германском праве состоит в том, что миноритарный акционер связан фидуциарной обязанностью по отношению к мажоритарному акционеру и другим миноритарным акционерам, в соответствии с которой он обязан осуществлять права участия с учетом связанных с обществом интересов других акционеров» (п. 3.5 и 3.6).

³⁵ Строго говоря, в этом случае выделение обязанности верности корпорации в отношении миноритарных участников не всегда оправданно, ибо в ряде случаев их противодействие принятию определенного решения может быть преодолено путем корпоративного контроля, а именно в результате того, что голоса недобросовестного миноритарного участника «задавливаются» голосами участников, обладающих необходимым числом голосов для принятия определенного решения. Однако наложение фидуциарной обязанности на миноритарного участника, который обладает минимальным пакетом акций (долей), явно требуется в той ситуации, когда он оказывается в позиции лица, от которого зависит принятие корпоративного решения (например, решение о реорганизации ООО) (т.е. он оказывается лицом, осуществляющим «негативный контроль» над корпорацией).

ми способами. В качестве примера можно привести те права, осуществление которых не требует наличия какого-либо значительного пакета акций (доли), в частности право на подачу иска, предъявление требований о наложении обеспечительных мер, право на получение информации о деятельности корпорации. Можно также говорить о том, что реализация участником этих прав не должна приводить к нарушению интересов и целей корпорации.

Переходя к вопросу о том, следует ли выделять категорию фидуциарных обязанностей участников применительно только к определенному виду корпораций (например, в отношении закрытых корпораций (ООО, НАО)), в первую очередь следует отметить, что традиционно российская доктрина говорит о том, что в открытых корпорациях (ПАО) исключаются какие-либо доверительные отношения между участниками³⁶. Рискнем предположить, что указанные авторы ответили бы отрицательно и на вопрос о необходимости выделения фидуциарных обязанностей в отношении участников открытых корпораций. Справедливости ради отметим, что вопрос распространения на участников открытых корпораций фидуциарных обязанностей является дискуссионным не только в России, но и в зарубежных странах³⁷.

Однако представляется, что можно дать обратный ответ на поставленный вопрос по той причине, что открытые корпорации, так же как и закрытые, имеют корни в одном и том же институте — простом товариществе и ведении общего дела. Как следствие, не должно быть большой разницы в правовом положении их участников; логично предположить, что участники как открытых, так и закрытых корпораций должны хранить верность общему делу, способствовать продвижению целей корпорации и не причинять ей вред.

Можно предложить и менее «радикальный» ответ на заданный вопрос: суд должен анализировать действия участников открытой корпорации через призму фидуциарных обязанностей в тех случаях, когда участники не только не развивают, но и недобросовестными корпоративными практиками понижают ликвидность рынка акций корпорации. Иными словами, к категории фидуциарных обязанностей следует прибегать лишь в ситуации серьезного корпоративного конфликта, осложненного значительным снижением капитализации компании из-за действий ее участников.

ры предлагают отказаться от такого подхода и налагать обязанность верности и на участников открытых корпораций. См. подробнее: *Anabtawi I., Stout L.* Op. cit. P. 1257, 1268, 1299–1300.

В Австрии (см. уже приведенное нами дело) Верховный суд также отмечал тот факт, что фидуциарные обязанности характерны скорее для участников закрытых корпораций, а что касается акционеров, то те не обязаны осуществлять право голоса исключительно на благо общества, а скорее преследуют свои собственные интересы, но в рамках принципов добросовестности и добрых нравов (п. 3.1).

Однако в Германии фидуциарные обязанности налагаются и на участников открытых корпораций в тех случаях, когда они могут оказать влияние на принятие определенных решений (см. подробнее: *Sørensen K.E. Duty of Loyalty of Shareholders – A Possible Remedy for Conflicts in SMEs? // Company Law and SMEs / M. Neville, K.E. Sørensen (eds.). Thomson Reuters, 2010. P. 130–131 (доступно в Интернете по адресу: https://papers.ssrn.com/abstract_id=1709944)).*

³⁶ См., например: Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Статут, 2011. С. 223 (автор § 4 гл. 5 – Е.А. Суханов); Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Отв. ред. Н.И. Марышева, К.Б. Ярошенко. 3-е изд., испр. и доп. М.: КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2010 (автор комментария к ст. 1176 – Т.Л. Левшина) (СПС «КонсультантПлюс»).

³⁷ В частности, большинство американских авторов считают, что акционеры публичных корпораций по общему правилу не несут обязанности по отношению к корпорации и ее участникам; что касается миноритарных участников, то считается, что они вправе действовать в своем интересе без каких-либо ограничений (*free agents*). Однако некоторые авто-

4. Применение категории фидуциарных обязанностей участника в ситуации злоупотребления корпоративными возможностями

С учетом того, что категория фидуциарных обязанностей участника может получить большую применимость в тех ситуациях, когда законодатель не смог сформулировать ясные и определенные нормы, представляется необходимым обратить внимание на малоизученную в России категорию злоупотребления корпоративными возможностями (*corporate opportunities*)³⁸.

В первую очередь следует отметить, что данную категорию споров иногда относят к более широкой категории «перекачивания» ресурсов (активов) корпорации в пользу ее контролирующего участника (*tunneling*). Как утверждают С. Джонсон, Р. Ла Порта, Ф. Лопес-де-Силанеси и А. Шлейфер, такое «перекачивание» активов происходит в двух формах: первая – путем заключения сделок, в которых контролирующий участник имеет заинтересованность (например, продажа активов по заниженным ценам; заключение контрактов (например, аренда активов) по цене, выгодной контролирующему участнику; нерыночная оплата услуг менеджеров; использование корпоративных возможностей). Вторая форма заключается в том, что недобросовестный участник увеличивает свою долю в уставном капитале корпорации, не передавая активы корпорации напрямую,

а «выжимая» миноритарных участников, например, путем размыwania их долей³⁹.

Что касается использования корпоративных возможностей, то эта категория споров получила широкое развитие в первую очередь в англо-американском праве, причем в отношении членов органов управления. Как указывают американские правоведы, под корпоративными возможностями следует понимать бизнес-возможности, о существовании которых известно директору корпорации, но которые он стремится использовать для собственной выгоды⁴⁰. В частности, среди бизнес-возможностей американские правоведы указывают: 1) возможности по приобретению прав на телесное и бестелесное имущество (*tangible and intangible property*), прав по контрактам (*contractual rights*) и 2) возможности по продвижению новых товаров или выходу на новые рынки⁴¹. В Германии данная категория

³⁸ Из полноценных публикаций по этому поводу можно указать следующие: Кузнецов А.А. Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью; Выговская Н.О. Институт предпринимательских возможностей (*corporate opportunities doctrine*) – новый инструмент российского права? // Закон. 2015. № 1. С. 144–155 (применительно к ответственности директоров); Егоров А.В. Указ. соч.; Тарасов П.А. Доктрина корпоративной предпринимательской возможности. Как ее применяют в России и США // Арбитражная практика для юристов. 2017. № 2. С. 80–86 (применительно к ответственности директоров).

³⁹ См. подробнее: Johnson S., La Porta R., Lopez-de-Silanes F., Shleifer A. Tunneling // *American Economic Review*. 2000. Vol. 90. No. 2. P. 22–23 (доступно в Интернете по адресу: <http://federation.ens.fr/ydepot/semin/texte0506/LOP2006DRO3.pdf>).

⁴⁰ См., например: Orlinsky E.G. Corporate Opportunity Doctrine and Interested Director Transactions: A Framework for Analysis in an Attempt to Restore Predictability // *Delaware Journal of Corporate Law*. 1999. Vol. 24. No. 2. P. 457 (доступно в Интернете по адресу: <http://www.djcl.org/wp-content/uploads/2014/08/Corporate-OPPORTUNITY-DOCTRINE-AND-INTERESTED-DIRECTOR-TRANSACTIONS-A-FRAMEWORK-FOR-ANALYSIS-IN-AN-ATTEMPT-TO-RESTORE-PREDICTABILITY.pdf>); Grossman B.M. Waiver of the Corporate Opportunity Doctrine (<http://www.jonesday.com/files/Publication/e0e0d566-cef7-4f10-a489-f5a1aa9edaa0/Presentation/PublicationAttachment/eb86a63d-93f0-4ad6-84d3-0155ffadbc4f/grossman.pdf>). P. 1; Marinello M.L., Dean Chr.G. Small Business and the Corporate Opportunity Doctrine // *Business Law Today*. 2011. Aug. P. 1; Koch J. Law of Corporate Opportunities: A Comparative Analysis // *Revue Droit & Affaires / Business & Law Review*. 2017. Mars. P. 142–144 (доступно в Интернете по адресу: <http://www.actlegal.com/files/references/julienkoch-lawofcorporateopportunities-acomparativeanalysis-....pdf>).

⁴¹ См., например: Shishido Z. Conflict of Interest and Fiduciary Duties in the Operation of a Joint Venture // *Hastings Law Journal*. 1987–1988. Vol. 39. No. 1. P. 77 (доступно в Интернете по адресу: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1910&context=facpubs>).

споров охватывает также ситуации использования участником информации, полученной в результате участия в корпорации⁴².

Ключевой вопрос, возникающий при решении рассматриваемой категории споров, — является ли бизнес-возможность корпоративной, т.е. можно ли говорить о том, что корпорация действительно могла ее использовать? В известном деле *Broz v. Cellular Information Systems, Inc.*⁴³ Верховный суд штата Делавэр указал, что для признания бизнес-возможности *корпоративной*, она должна отвечать следующим критериям: 1) корпорация обладает финансовыми возможностями для использования бизнес-возможности; 2) бизнес-возможность лежит в сфере компетенции корпорации; 3) корпорация заинтересована или будет заинтересована в использовании бизнес-возможности; 4) начав использование бизнес-возможности в личных интересах, субъект фидуциарной обязанности не соблюдает свои обязанности по отношению к корпорации⁴⁴.

В то же время субъект фидуциарной обязанности может быть освобожден от ответственности за ее нарушение, если 1) он получил информацию о бизнес-возможности не благодаря своему положению в корпорации, а благодаря собственным действиям; 2) бизнес-возможность не является существенной (*essential*) для корпорации либо она не имеет заинтересованности в ее использовании⁴⁵. Кроме того, может быть принято во внимание то, что корпорация финансово или технически не способна использовать бизнес-возможность, тот факт, что лицо, предложившее бизнес-возможность, отказалось иметь дело с корпорацией, а также то, что корпорация сама

отказалась использовать предоставленную ей возможность⁴⁶.

С учетом схожести положения директора и участника корпорации (как минимум мажоритарного) на последних также стали распространять доктрину запрета на использование корпоративных возможностей. Этот тезис можно проиллюстрировать несколькими делами из разных юрисдикций, в которых участники корпорации злоупотребляли корпоративными возможностями разного характера и суды прибегали к доктрине фидуциарных обязанностей участника корпорации.

Американское дело *Freese v. Smith*⁴⁷ касалось проблемы выплаты долгов корпорации в преференциальном порядке, решение о которой было принято контролирующим участником.

В этом деле компания *E.J. Smith & Sons* (далее — Компания) в 1987 г. столкнулась с финансовыми трудностями; при этом изначально ее контролировал Дж. Смит (G. Smith) (далее — Ответчик). При разработке плана по выходу Компании из кризиса его финансовые консультанты предложили ему «сделать вливания» в уставный капитал, и он договорился с Х. Фризом (H. Freese), который согласился инвестировать в уставный капитал Компании в обмен на 45%-й пакет акций.

Вместе с тем в ноябре 1988 г. финансовое состояние Компании еще более ухудшилось, и в отношении нее кредиторы подали заявление о банкротстве.

Суд указал, что Ответчик нарушил фидуциарную обязанность (обязанность верности), которую он нес по отношению к миноритарному участнику, приняв решение о возврате ранее выданных корпорации займов в преференциальном порядке (был осуществлен возврат займа, выданно-

⁴² *Sørensen K.E.* Op. cit. P. 163.

⁴³ 673 A.2d 148 (Del. 1996).

⁴⁴ Аналогичные критерии указаны и в более раннем деле *Guth v. Loft, Inc.* (5 A.2d 503 (Del. 1939)).

⁴⁵ *Guth v. Loft, Inc.*, 5 A.2d 503, 509 (Del. 1939).

⁴⁶ См. подробнее: *Koch J.* Op. cit. P. 144–145; *Orlinsky E.G.* Op. cit. P. 459–460; *Grossman B.M.* Op. cit. P. 1.

⁴⁷ 428 S.E.2d 841 (1993).

го Компании самим Ответчиком, а также компанией, подконтрольной Ответчику)⁴⁸.

Французское дело *Société Clinique Esthétique de Paris Spontini* касалось ситуации, когда акционеры упрощенного акционерного общества (*société par actions simplifiée*), которое владело клиникой, были заинтересованы в приобретении нового здания для того, чтобы основать там другую клинику. Однако один из акционеров, будучи членом правления, использовал полученную информацию для приобретения здания на имя другой компании, в которой он был участником. Кассационный суд указал, что этот участник нарушил обязанность верности и обязал его возместить убытки⁴⁹.

Рассмотренное Верховным судом Испании дело *Transmediterranea, S.A.*⁵⁰ касалось ситуации, когда наблюдательный совет, сформированный мажоритарным акционером, решил изменить графическое изображение компании *Transmediterranea* путем добавления в него изображения и наименования мажоритарного участника (*Acciona, S.A.*). В этом случае, как указал суд, решение наблюдательного совета нарушило интерес *Transmediterranea*, ибо дало возможность мажоритарному участнику получить выгоды (в виде распознаваемости бренда), притом что *Transmediterranea* не получила взамен ничего.

Рассмотренное в Великобритании дело *Scottish Co-operative Wholesale Society v. Meyer*⁵¹ касалось ситуации, когда материнская компания стала заниматься параллель-

ным бизнесом со своей дочерней компанией. Обстоятельства этого дела были следующими.

В 1946 г. *Scottish Co-operative Wholesale Society* (далее – Общество), желая начать торговлю вискозой, основало дочернюю компанию (далее – Компания) для того, чтобы та производила и продавала вискозу; при этом для деятельности Компании требовалось получение лицензии. Мейер (*Meyer*) и Лукас (*Lucas*) (далее – Миноритарные акционеры), обладавшие необходимым опытом в торговле, а также знакомствами, необходимыми для получения лицензий, стали директорами Компании и получили почти половину ее акций; остальные акции получило Общество, которое также назначило трех независимых директоров.

Общество и Компания взаимодействовали по следующей схеме: Компания закупала у Общества вискозную нить, плела из нее ткань и продавала ее Обществу для дальнейшей покраски; при этом Компания зависела от поставок с фабрик Общества. В 1951 г. между Обществом и Миноритарными акционерами возникли разногласия по вопросу продажи акций Компании; кроме того, примерно в это же время правительство отменило требование о получении лицензий на ведение той деятельности, которой занималась Компания, и Общество основало внутри себя обособленное подразделение, которое стало заниматься той же самой деятельностью, что и Компания. Кроме того, Общество отказывалось продавать Компании продукцию со своих фабрик, кроме как по завышенной цене, и в результате этого деятельность Компании приостановилась, а ее акции значительно потеряли в стоимости.

По иску Миноритарных участников суд присудил принудительный выкуп их акций Обществом по справедливой цене. При этом суд обратил внимание на то, что директора, назначенные Обществом, буду-

⁴⁸ Также это дело комментирует Э. Хоули (см.: *Howle A.W. Majority Shareholder's Duties Owed to Minority Shareholders under North Carolina Law* (https://www.pdf-filler.com/en/project/124187361.htm?f_hash=caf282&reload=true)).

⁴⁹ Cass. com., 18 décembre 2012, pourvoi n° 11-24.305, Bull. civ. IV, n° 233; см. подробнее по этому поводу: *Koch J. Op. cit.* P. 148.

⁵⁰ Sentencia n° 991/2011 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 17 de Enero 2012. Также это дело комментирует Л. Эрнандо Себрिया (см.: *Hernando Cebriá L. Op. cit.* P. 166–167).

⁵¹ [1959] AC 324.

чи одновременно директорами Общества, ничего не предприняли для защиты интересов Компании. В частности, при получении Компанией предложения о выкупе акций у Миноритарных участников эти директора не пытались получить более выгодное предложение со стороны Общества. В тот момент, когда Общество основало внутри себя обособленное подразделение, которое вступило в конкуренцию с Компанией, директора должны были не раскрывать имеющуюся у них конфиденциальную информацию о Компании Обществу, а также перестать работать в Обществе. Однако назначенные Обществом директора не стали делать ничего из вышеуказанного, поставив тем самым интересы Общества выше интересов Компании, не защитив интересы последней.

Кроме того, суд особо обратил внимание на то, что Общество как материнская компания должно было вести себя честно в отношениях с Компанией. Как указал лорд Кейт из Авонхольма (Lord Keith of Avonholm),

«материнская компания, раз она вовлечена в некий бизнес [с дочерней компанией], с учетом того, что она основала дочернюю компанию, должна принять на себя обязательство вести честно свои дела с той поправкой, что честное ведение своих дел может быть приравнено к недобросовестному ведению дел дочерней компании»⁵².

Представляется, что применительно к российской практике можно обратить внимание на подходы зарубежных юрисдикций, которые предлагают ана-

лизировать действия участника корпорации с точки зрения фидуциарных обязанностей (верности интересу корпорации). Иными словами, категория фидуциарных обязанностей могла бы быть применимой в тех случаях, когда российские суды будут сталкиваться с использованием участниками корпораций бизнес-возможностей последних.

Что касается правового обоснования при возникновении спора, то, как представляется, запрет на использование бизнес-возможностей корпорации можно вывести из запрета разглашения конфиденциальной информации, а также запрета на совершение действий, заведомо направленных на причинение вреда корпорации (п. 4 ст. 65.2 ГК РФ).

5. Краткие выводы

По итогам анализа зарубежной и российской доктрины и практики, относящейся к категории фидуциарных обязанностей участника корпорации, можно прийти к следующим выводам, которые могут быть интересными для российского правопорядка.

1. В целом следует говорить о том, что предлагаемый в европейских правопорядках и в России подход к квалификации фидуциарных обязанностей участников как к проявлению принципа доброй совести, а также их связи с категорией ведения общего дела является более верным по сравнению с иными подходами, ибо в большей мере соответствует традициям континентальной семьи права.

2. Фидуциарные обязанности проявляются в том, что участник обязан соблюдать верность корпорации и преследуемому ею интересу. Однако с учетом того, что интерес корпорации следует трактовать как интерес в максимизации прибыли, увеличении стоимости активов (имущественный интерес), который определяется мажори-

⁵² *Scottish Co-operative Wholesale Society v. Meyer*, [1959] AC 324, at 362; см. также: *Gleeson A.M. Remedies of Minority Shareholders: Scottish Co-operative Wholesale Society Ltd. v. Meyer and Anor.* // *Sydney Law Review*. 1961. Vol. 3. No. 3. P. 570 (доступно в Интернете по адресу: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/SydLRev/1961/16.pdf>).

тарным участником (участником, обладающим корпоративным контролем), обязанность верности интересу корпорации распространяется скорее на миноритарного участника. Что касается фидуциарной обязанности мажоритарного участника, то она скорее находит свое отражение в учете интересов других участников, запрете «выведения» активов корпорации без предоставления миноритарным участникам соразмерных имущественных выгод.

3. Обязанность верности находит свое отражение в том, что участник обязан прилагать усилия для продвижения целей и интереса корпорации, а также избегать тех действий, из-за которых имуществу корпорации был бы причинен вред. При этом первая сторона обязанности верности скорее характерна для мажоритарных участников, а вторая — как для мажоритарных, так и для миноритарных.

4. Фидуциарные обязанности должны распространяться на всех участников корпорации без исключения по той причине, что они могут повлиять на состояние корпорации не только путем реализации права

голоса, но и с использованием иных прав, не требующих наличия определенной доли в уставном капитале.

Что касается возложения фидуциарных обязанностей на участников открытых корпораций, то с доктринальной точки зрения допустимо распространение фидуциарных обязанностей на участников как открытых, так и закрытых корпораций. С функциональной точки зрения фидуциарные обязанности следует возлагать на участников открытых корпораций только в случае корпоративных конфликтов, осложненных снижением капитализации корпорации из-за действий ее участников.

5. Категория фидуциарных обязанностей может получить особое применение в ситуации использования бизнес-возможностей корпорации недобросовестными участниками. При этом для обоснования запрета на их использование можно прибегнуть к положениям п. 4 ст. 65.2 ГК РФ (запрет разглашения конфиденциальной информации; запрет на совершение действий, заведомо направленных на причинение вреда корпорации).

А.И. Муранов,

кандидат юридических наук,
доцент кафедры международного частного
и гражданского права МГИМО МИД России,
коллегия адвокатов «Муранов, Черняков
и партнеры»

Повороты судеб международного частного права и международного коммерческого арбитража в СССР и РФ через призму изменений Номенклатуры специальностей научных работников и паспортов научных специальностей

Проблематика «научные исследования — государство» часто весьма интересна. И в этом контексте автору относительно недавно пришлось столкнуться по практической причине с любопытным научно-методологическим вопросом, после изучения которого и появилась настоящая статья.

Она может быть интересна читателям «Вестника международного коммерческого арбитража», среди которых немало аспирантов и соискателей — предстоящих кандидатов, равно как и докторов, юридических наук¹.

Возможно, эта статья пригодится им для лучшего понимания формальных, организационно-логистических аспектов защиты их диссертаций.

Предлагаемый ниже текст весьма длинный и детальный, так как предназначен для тех, кто интересуется вопросами, вынесенными в заголовок настоящей статьи (а также проблематикой «научные исследования — государство»), глубоко.

Самое главное — в конце, но без ознакомления с тем, что ранее, окончание настоящего материала рискует оказаться непонятым.

1. Введение

Наука, как известно, поиск красивых и новых истин. В том числе для целей классификации, причем и на основе классификации. Но любая наука не может существовать без саморефлексии. Иными словами, рано или поздно она начинает классифицировать не только то, что вовне, но и то, что внутри ее самой.

Так рождается науковедение, одна из задач которого — классификация различных наук. Еще Аристотель делил науки на теоретические, практические и творческие.

Таксономия² — крайне важная вещь для науки.

¹ Автор юриспруденцию наукой считает.

² Учение о принципах и практике классификации и систематизации сложноорганизованных иерархически соотносящихся сущностей. Принципы таксономии применяются во многих научных областях знаний (<https://ru.wikipedia.org/wiki/Таксономия>).

Такая классификация помогает различным областям знаний сущностно нащупывать свои границы, конкурировать между собой, взаимопроникать, делиться и отпочковываться. Ученые же благодаря ей объединяются в разномасштабные профессиональные сообщества. Так что это весьма важный формальный, организационно-логистический инструмент.

Но кому и для чего такой инструмент нужен?

А тут все зависит от конкретной страны и сообщества ученых в ней: в одной – лишь для самих упомянутых сообществ, в другой – для общества в целом, а в третьей – прежде всего для государства, его аппарата.

РФ, безусловно, относится к третьей категории стран, хотя в ней присутствуют в серьезной мере элементы и первого варианта.

В ней действует такой важный документ, как Номенклатура специальностей научных работников (далее – Номенклатура³; под ней ниже будут пониматься и ее предшествующие версии). При этом Номенклатура – классификация специальностей⁴ в науке, а не классификация наук: Номенклатура используется в процессе подготовки диссертаций на соискание ученых степеней кандидата наук и доктора наук, т.е. в ходе получения лицом соответствующей квалификации, специальности. Но так как речь идет о специальностях научных работников, то далее для удобства будем считать, что Номенклатура все же классифицирует и науки (тем более что и раздел 12.00.00 называется «Юридические науки»).

Последняя версия Номенклатуры утверждена приказом Министерства образования и науки РФ от 25 февраля 2009 г. № 59 (затем в нее вносились изменения)⁵. По поводу того, как она выглядит, см. ниже.

Безусловно, вопросы классификации наук в РФ Номенклатурой не исчерпываются. Но в любом случае она – весьма значимый в российских условиях документ. Идеальный или хотя бы более-менее приемлемый? Нет, конечно (см. об этом ниже). Но в отечественных реалиях лучше такой, чем ничего.

Его считают выполняющим *«важнейшую роль в организации научных исследований, в том числе в области юридической науки. В соответствии с ним выстраиваются направления научных исследований, на него ориентиру[е]тся⁶ исследовательская работа кафедр и научных отделов как основных структурных подразделений научных и образовательных учреждений. Доминирующую роль документ имеет в деле создания и организации работы диссертационных советов»⁷.*

³ От лат. *nomenclatura* – «ропись имен», «перечень (номенклатурный перечень)», «список». На латинском: *nomen* – «имя», *clarare* – «освещать», «объяснять».

Научная номенклатура – совокупность названий, употребляемых в какой-либо отрасли науки для обозначения объектов изучения (в отличие от терминологии, содержащей также обозначения отвлеченных понятий и категорий) (см.: <https://ru.wikipedia.org/wiki/Номенклатура> (здесь и далее все интернет-ссылки приведены по состоянию на 1 сентября 2017 г.)).

⁴ Специальность – комплекс приобретенных путем специальной подготовки и опыта работы знаний, умений и навыков, необходимых для определенного вида деятельности (см.: <https://ru.wikipedia.org/wiki/Специальность>).

⁵ http://vak.ed.gov.ru/help_desk

⁶ В оригинале: «*ориентируются*».

⁷ *Власенко Н.А.* О номенклатуре специальностей научных работников в области юриспруденции // Журнал российского права. 2010. № 7. С. 98 (доступно в Интернете по адресу: <https://cyberleninka.ru/article/n/o-nomenclature-spetsialnostey-nauchnyh-rabotnikov-v-oblasti-yurisprudentsii.pdf>); «...номенклатура научных специальностей имеет большое значение для гармоничного развития науки и подготовки качественных диссертационных работ. Это своего рода научный лоцман в бескрайних океанах человеческого гения» (Аристер Н.И. Предисловие // Мацкевич И.М., Власенко Н.А. Паспорт специальностей научных работников по юриспруденции. Проект и итоги / Отв. ред. Н.И. Аристер. – М.: Проспект, 2016. С. 4.

Можно ли саму Номенклатуру назвать научным документом? Не думаю. На сегодня это скорее формальный, прикладной, вспомогательный, краткий и весьма несовершенный организационно-логистический и методологический классифицирующий инструмент, обладающий к тому же статусом нормативного акта (хотя, само собой, с наукой он связан; классификация может быть научной, но для этого она должна быть глубока, детально и предельно логична, тогда как Номенклатура таким требованиям все же не отвечает).

Ее статус определен в абзаце втором п. 2 ст. 4 Федерального закона от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике» (далее – Федеральный закон о науке):

«Ученые степени кандидата наук, доктора наук присуждаются по научным специальностям в соответствии с номенклатурой, утвержденной федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере научной и научно-технической деятельности. Указанная номенклатура является обязательной для всех ученых степеней, присуждаемых в рамках государственной системы научной аттестации.»

В подп. 5.2 и 5.2.73(3) Положения о Министерстве образования и науки РФ (утв. Постановлением Правительства РФ от 3 июня 2013 г. № 466 (в ред. Постановления Правительства РФ от 27 декабря 2013 г. № 1302)) Номенклатура охарактеризована как «*нормативный правовой акт*».

«...Номенклатура научных специальностей выполняет роль некоего ориентира, в сторону которого следует держать направление ученому, чтобы в результате его усилий его труд был признан научным сообществом в качестве состоявшейся диссертации. Другими словами, номенклатура научных специальностей представляет собой набор правил, которые предлагается соблюдать, для того чтобы научные изыскания не превращались в схоластические бессмысленные произведения, написанные ради удовлетворения только собственных амбиций, а само научное творчество не становилось банальной графоманией»⁸. Это в чем-то немного странные характеристики. Во-первых, какой «набор правил»? В Номенклатуре нет правил – только шифры специальностей, указания на отрасль науки, группу специальностей, специальность, отрасль науки, по которой присуждается ученая степень. Во-вторых, «*некий ориентир*» в переводе на научный язык – это скорее гипотеза. Но Номенклатура – не гипотеза⁹.

Важно понимать, что статус Номенклатуры в РФ является во многом отражением как огосударствления и бюрократизации науки в нашей стране, начавшихся еще 100 лет назад, так и относительной слабости научной общественности в плане самоорганизации. Однако в то же время было бы неправильно утверждать, что Номенклатура – навязанный сверху документ. Конечно же, в ее разработке роль ученых велика. Однако решающее слово, само собой разумеется, остается не за подлинными исследователями, а за соответствующими администраторами науки и от науки¹⁰.

⁸ Мацкевич И.М. О паспорте научных специальностей // Информационное право. 2015. № 1. С. 5–6.

⁹ Пожалуй, в российских условиях для многих она – скорее санкция.

¹⁰ Любопытно в этой связи еще одно значение слова «номенклатура»: совокупность должностных лиц, назначение (утверждение) которых относится к компетенции вышестоящих органов; высший слой партийного, хозяйственного и военного руководства в СССР (см.: <https://ru.wikipedia.org/wiki/Номенклатура>).

При этом история внесения изменений в Номенклатуру¹¹ применительно к юридическим специальностям позволяет в чем-то по-новому и дополнительно понять судьбы в нашем Отечестве:

1) международного частного права (далее – МЧП), которое всегда общепринято охватывало и международный гражданский процесс; а также

2) международного коммерческого арбитража (далее – МКА).

Безусловно, МКА в Номенклатуре никогда отдельно не упоминался. Но это еще ничего не значит: ведь в ней упоминалось и упоминается МЧП, с которым МКА неразрывно связан, входит в него.

2. Краткий обзор истории Номенклатуры применительно к МЧП и МКА

Как известно, первая Номенклатура, похожая (пусть и отдаленно) на ныне действующую, была утверждена Постановлением Государственного комитета Совета Министров СССР по координации научно-исследовательских работ от 8 сентября 1962 г. № 48¹². Это не случайно: тогда в СССР было время больших надежд, в том числе и на науку.

В ней имелся раздел XII «Юридические науки».

А в нем присутствовала:

позиция «345. Гражданское право и гражданский процесс»; и

позиция «349. Международное право».

Ничего иного, представляющего интерес для настоящего исследования, там не имелось.

При этом позиция 349 охватывала вопросы как МЧП, так и МКА.

Постановлением Государственного комитета по координации научно-исследовательских работ СССР от 20 апреля 1963 г. № 20¹³ была утверждена новая Номенклатура в следующем виде:

XII. Юридические науки

710 Теория и история государства и права

711 Государственное и административное право

712 Гражданское право и гражданский процесс

713 Советское трудовое право

714 Колхозное и земельное право

715 Уголовное право и уголовный процесс

716 Международное право

717 Криминалистика.

¹¹ История Номенклатуры в нашей стране в связи с юриспруденцией с 1819 г. по 2008 г. достаточно подробно (но не исчерпывающим образом) описана в работе Л.С. Балеевских и А.И. Муранова «Отечественная история нормативной регламентации номенклатур специальностей научных работников применительно к юриспруденции» (см.: Правоведение. 2008. № 5. С. 243–259 (доступно в Интернете по адресу: https://mgimo.ru/files/153321/article_2.pdf); см. также: Якушев А.Н. Развитие отечественной номенклатуры специальностей научных работников в области юриспруденции: вызовы современности // Юридическое образование и наука. 2013. № 4. С. 11–17.

¹² Бюллетень Министерства высшего и среднего специального образования СССР. 1962. № 11. С. 6, 11.

¹³ Высшая школа. Сборник основных постановлений, приказов и инструкций / Министерство высшего и среднего специального образования СССР; Под ред. Е.И. Войленко. Ч. 1. – М.: Высшая школа, 1965. С. 289, 294.

Затем Постановление Государственного комитета по координации научно-исследовательских работ СССР от 27 августа 1965 г. № 253¹⁴ дополнило эту Номенклатуру. И оно сделало важный шаг, изменив наименование специальности 716, которая стала называться «Международное право. Международное частное право» (т.е. уже не просто «Международное право»).

Это и было первым упоминанием о МЧП в Номенклатуре.

Безусловно, такое упоминание было крайне важным событием для МЧП: последнее впервые на столь высоком уровне особо выделилось в данном контексте среди всех других наук.

Из «растворенного» в международном праве оно стало самостоятельным — Номенклатура такую сепарацию официально зафиксировала.

А почему так произошло? Причины очевидны.

Власти СССР, для монополии внешней торговли которого МЧП играло неоценимую роль, поняли, что пора признавать МЧП и в научном плане, а не просто считать его набором технических или учебных правил, обслуживающих внешнюю торговлю.

Ведь 1965 г. — не просто исход «оттепели». Это было также время новых планов на грандиозные внешнеэкономические свершения (которых в СССР действительно во многом удалось добиться). А можно ли было при этом обойтись без МЧП как науки?

Огромную роль в фиксации такого выхода МЧП на научную сцену сыграл профессор Л.А. Лунц, также благодаря которому в Основах гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. появился раздел VIII «Правоспособность иностранцев и лиц без гражданства. Применение гражданских законов иностранных государств, международных договоров и соглашений».

Следует отметить, что одновременно с этим в Номенклатуре впервые появилась новая специальность 719 «Хозяйственное право». И это, как известно, не было отделением хозяйственного права от гражданского: имел место не акт сепарации, а акт креации (в рамках гражданского права самобытность хозяйственного права не признавалась, тогда как в случае с МЧП и международным публичным правом все было иначе). Опять-таки это неудивительно: сторонники теории «хозяйственного права» в то время ведь не бездействовали, а активно лоббировали свои интересы, находившие понимание в том числе и у органов власти.

Затем в 1969 г. обозначение «XII. Юридические науки» заменяется на «12.000. Юридические науки», а перед указанными выше шифрами появляется цифра 12 с точкой: было, например, «716» — стало «12.716» (Постановление Государственного комитета Совета Министров СССР по науке и технике от 17 февраля 1969 г. № 43¹⁵).

Например, в 1971 г. диссертация А.А. Григорова на соискание ученой степени кандидата юридических наук по теме «Правовая природа и процедура внешнеторгового арбитража в СССР» была защищена в Ростовском государственном университете именно по специальности 12.716 «Международное право».

28 июля 1972 г. Постановлением Государственного комитета Совета Министров СССР по науке и технике № 385 была утверждена новая Номенклатура. Она была первой представлена в виде таблицы, а не просто перечня, как ранее. И в ней впервые появилась отдельная графа «Шифр». Радикально изменились в ней и сами шифры специальностей.

¹⁴ Бюллетень Министерства высшего и среднего специального образования СССР. 1965. № 11. С. 1–2.

¹⁵ Бюллетень Министерства высшего и среднего специального образования СССР. 1972. № 8. С. 46, 54.

Вот выдержки из нее, имеющие значение для настоящей работы¹⁶:

Шифр	Отрасль наук, группа специальностей, специальность	Отрасль науки, по которой присуждается ученая степень
12.00.00	Юридические науки	
12.00.03	Гражданское право и процесс	Юридические
12.00.04	Хозяйственное право	»
12.00.10	Международное право; международное частное право	»

Например, диссертация А.И. Минакова на соискание ученой степени кандидата юридических наук по теме «Коллизионные вопросы арбитражных соглашений» была защищена в 1975 г. в МГУ им. М.В. Ломоносова по специальности 12.00.10.

По этой же специальности в 1975 г. в Институте государства и права АН СССР была защищена и диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук И.О. Хлестовой по теме «Арбитраж во внешнеэкономических отношениях между странами – членами СЭВ».

Иными словами, в то время международное право и МЧП были в контексте Номенклатуры еще вместе, охватывались одной специальностью.

Однако в 1977 г. в Номенклатуре происходят серьезнейшие потрясения. Постановлением Государственного комитета Совета Министров СССР по науке и технике от 25 мая 1977 г. № 231 «О номенклатуре специальностей научных работников»¹⁷ она подверглась содержательной переработке.

Вот выдержки из этой новой Номенклатуры, имеющие значение для данного исследования:

Шифр	Отрасли наук, группа специальностей, специальность	Отрасли наук, по которым присуждаются ученые степени
1	2	
12.00.00	Юридические науки	
12.00.03	Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право	Юридические
12.00.04	Хозяйственное право; арбитражный процесс	»
12.00.10	Международное право	»

Как видно, имели место три серьезнейших изменения:

1) МЧП из специальности 12.00.10 переместилось в специальность 12.00.03. Для МЧП это была уже вторая сепарация (в смысле еще большего отдаления от международного права) – первая произошла в 1965 г.

¹⁶ Бюллетень Министерства высшего и среднего специального образования СССР. 1972. № 11. С. 1, 14.

¹⁷ Бюллетень Высшей аттестационной комиссии при Совете Министров СССР. 1977. № 1. С. 4, 19–20.

Равным образом для МЧП имел место своего рода фазовый переход: из одного состояния оно перешло в иное. Образно говоря, изменилось его «агрегатное состояние»: ранее оно относилось к некоторым образом «аморфной» специальности, а теперь стало принадлежать к более твердым, кристаллизованным наукам (Не стоит тут видеть некое пренебрежение к международному праву. Наоборот, это знак уважения к нему. Его некоторая «аморфность» — сильнейшая его черта. И она придает международному праву особую сложность. Легко и быстро можно стать специалистом в цивилистике: все твердое, все даже в чем-то привычно-упрощенное (тут условность, конечно же) из-за отсутствия изменчивости соответствующей степени. А попробуйте-ка так же легко разобраться с текущим международным правом. А ведь есть те, кто может — и очень качественно.);

2) в специальности 12.00.03 стал отдельным образом упоминаться гражданский процесс. Странная формулировка «Гражданское право и процесс» ушла в прошлое;

3) в специальности 12.00.04 появилось отдельное указание на арбитражный процесс. Не на МКА, само собой, — это было указание на процесс в советском госарбитраже. Сторонники хозяйственного права не могли ограничиться материальным регулированием — им требовалось и процессуальное.

Кстати, перенос МЧП из специальности 12.00.10 в специальность 12.00.03 немедленно повлек практические последствия.

См., например, приказ ректора МГИМО от 26 декабря 1978 г. № 1594¹⁸ (илл. на с. 122).

Затем, в 1984 г. и в 1988 г., утверждались новые Номенклатуры, а в 1991 г. в нее были внесены еще два изменения. Но три вышеупомянутые позиции (12.00.03, 12.00.04, 12.00.10) оставались неизменными.

После исчезновения СССР в 1995 г. слова «Хозяйственное право» в специальности 12.00.04 были заменены на «Предпринимательское право» (приказ Министерства науки и технической политики РФ от 28 февраля 1995 г. № 24 «О номенклатуре специальностей научных работников»¹⁹). Это было единственное тогда изменение применительно к трем указанным позициям: государству в то время было не до того.

Следующая Номенклатура была утверждена Приказом Министерства науки и технологий РФ от 25 января 2000 г. № 17/4²⁰.

Вот выдержки из нее, имеющие значение для настоящей работы:

Шифр специальности	Отрасль науки, группа специальностей, специальность	Отрасль науки, по которой присуждается ученая степень
12.00.00	ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ	
12.00.03	Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право	Юридические
12.00.10	Международное право. Европейское право	Юридические
12.00.15	Гражданский процесс; арбитражный процесс	Юридические

¹⁸ Этот документ, как приведенные далее документы, из архива автора.

¹⁹ Бюллетень Высшего аттестационного комитета Российской Федерации. 1995. № 4. С. 3–4, 26.

²⁰ Бюллетень Государственного высшего аттестационного комитета Российской Федерации. 2000. № 3. С. 1, 16–17.

МИД СССР

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ИНСТИТУТ МЕЖДУНАРОДНЫХ ОТНОШЕНИЙ

ПРИКАЗ № 1594

26 декабря 1978 г.

г. Москва

СОДЕРЖАНИЕ: о перечне преподаваемых дисциплин и изменении названия кафедры

§ 1

Включить в перечень дисциплин, преподаваемых на кафедре гражданского права и процесса, "международное частное право".

§ 2

В этой связи вышеупомянутую кафедру впредь именовать кафедрой "международного частного и гражданского права".

ОСНОВАНИЕ: представление зав.кафедрой тов. ЛЕБЕДЕВА С.Н., согласие проректора ПЕРЕЖОГИНА М.А. и декана ИЛЬИНСКОГО И.П.

п/п РЕКТОР ИНСТИТУТА

Н. ЛЕБЕДЕВ

Копия верна:

Handwritten signature

Что мы видим? Несколько интересных вещей:

1) специальность 12.00.04 «Предпринимательское право; арбитражный процесс» исчезла. А в специальности 12.00.03 появляется указание на «предпринимательское право». Понятно почему: после 1991 г. цивилистика стала без предпринимательства немислимой;

2) имела место еще одна сепарация: из международного права выделяется «Европейское право». Это не случайно, учитывая надежды в РФ в то время на Европу, интенсификацию связей с ней;

3) но самое важное состояло в том, что произошла также сепарация науки гражданского процесса: она резко отделилась от специальности 12.00.03. Это также можно расценивать как своего рода фазовый переход: из одного состояния такая наука перешла в иное. Образно говоря, изменилось его «агрегатное состояние»: ранее оно было более связано с частным правом, нежели стало. Кроме того, в этом также можно усматривать явный дрейф процессуальной специальности из сферы частного права в сферу публичного, от принципа диспозитивности к принципу императивности.

Уже через год Приказом Министерства промышленности, науки и технологий РФ от 31 января 2001 г. № 47 была введена в действие очередная новая Номенклатура²¹. В ней три указанные выше специальности остались без изменений.

Приказом Министерства образования и науки РФ от 25 февраля 2009 г. № 59 «Об утверждении Номенклатуры научных специальностей, по которым присуждаются ученые степени»²² была утверждена ныне действующая Номенклатура.

В ней упомянутые выше специальности, которые представляют интерес для данного исследования, остались без изменений:

12.00.03	Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право	Юридические
12.00.10	Международное право. Европейское право	Юридические
12.00.15	Гражданский процесс; арбитражный процесс	Юридические

Изменения, внесенные в Номенклатуру Приказом Министерства образования и науки РФ от 10 января 2012 г. № 5²³, специальности 12.00.03, 12.00.10 и 12.00.15 не затронули.

Не может не бросаться в глаза и то, что МКА ни разу не упоминался ни в одной из упомянутых выше Номенклатур. Объяснение простое: всегда предполагалось как само собой разумеющееся, что он охватывается МЧП. Так, разделы о МКА Л.А. Лунц включал в свои учебники еще с 40-х годов прошлого века.

Именно поэтому, например, диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук Б.Р. Карабельникова по теме «Нью-Йоркская Конвенция 1958 года о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений: проблемы теории и практики применения» была защищена в Институте законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ в 2001 г. по специальности 12.00.03.

²¹ Бюллетень Высшей аттестационной комиссии Министерства образования Российской Федерации. 2001. № 3. С. 2, 18.

²² Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2009. № 20.

²³ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2012. № 5.

3. Промежуточные выводы в свете истории Номенклатуры применительно к МЧП и МКА

Описанная выше история изменений в Номенклатуре – не более чем подтверждение того, что жизнь, а вслед за ней и наука не стоят на месте. Все течет, все изменяется.

В Номенклатуре указания на те или иные науки возникают и исчезают, меняют свое местоположение. Это все отражение процессов сепарации (в различной форме) той или науки от другой или других, влекущих в том числе изменения, образно говоря, «агрегатного состояния» той или иной научной специальности.

Подобные динамика и трансформации обуславливаются в целом тремя факторами (от такого момента, как самостоятельные особые воззрения и возможности представителей соответствующих органов власти, здесь можно и отвлечься, но без ущерба для понимания всей его значимости).

Во-первых, это политико-экономическая ситуация в нашей стране. Как на этапе ее последовательного развития (например, в 60–70-х годах XX в.), так и во время резких сдвигов в ее истории. Так, именно потребность в интенсификации внешнеэкономических связей СССР в 60-х годах XX в. не могла не повлиять на появление в Номенклатуре указания на МЧП.

Во-вторых, это объективное внутреннее развитие той или иной области знаний. Например, если бы МЧП на протяжении всей первой половины XX в. не прогрессировало, оно по-прежнему считалось бы частью международного права, как это было в XIX в.

В-третьих, это субъективная активность или бездействие представителей той или иной науки. Как показывает история Номенклатуры, именно активность и отстаивание своих корпоративных интересов позволили школе «хозяйственного права» повлиять на внесение в Номенклатуру соответствующего указания на «хозяйственное право», а действия представителей цивилистики – на появление и сохранение указания на МЧП в специальности 12.00.03.

Такой третий фактор и проявил себя совсем недавно, как будет видно из нижеизложенного.

4. Резкая реакция представителей науки международного права на сепарацию МЧП, их попытки изменить ситуацию

Ошибочно полагать, что в случае с Номенклатурой мы имеем дело просто с некоей бумагой, обезличенными шифрами и т.д.

Нет, за всем этим стоят подлинные человеческие чувства. Почему?

Все просто. Наука движима в том числе публичными защитами диссертаций. Пусть не всегда, но без них научная почва плодородной не будет (правда, масса «токсичных» диссертаций, как показывает пример РФ, может загрязнить такую почву надолго).

А защита диссертаций требует наличия советов специалистов, оценивающих знания соискателей. Наличие таких диссертационных советов в вузах и научных организациях

привлекает аспирантов и соискателей, которые хотят готовить диссертации на соответствующих кафедрах (в подразделениях).

Образуется следующая цепочка: наличие соответствующей специальности в Номенклатуре = возможности защиты диссертаций = возможности иметь диссертационный совет = возможности развивать соответствующую кафедру (подразделение).

И дело не только в тех ассигнованиях, которые госбюджет выделяет на аспирантов, докторантов, советы и т.д., — речь также идет о престиже и статусе кафедры (подразделения). За это можно немалое отдать.

А теперь представьте себе ситуацию, в которой из специализации вашей кафедры (подразделения) отторгают направление, на которое вы рассчитывали, в пользу другой кафедры (подразделения). Что вы почувствуете, помимо раздражения? Можно всякое предположить, ведь люди разные.

Именно поэтому перемещение МЧП в 1977 г. (см. выше) в Номенклатуре из специальности 12.00.10 в специальность 12.00.03 не могло не сопровождаться множеством человеческих страстей.

В прошлые времена такое могло бы закончиться смертями, но в наше цивилизованное время все ограничилось аппаратными ответами, а в самом худшем случае — болезнями и инфарктами (и они действительно были).

Несомненно одно: для специальности 12.00.10 утрата указания на МЧП была реальной и серьезной травмой.

Она напоминала о себе и через 10 лет. См. ниже в подтверждение этого некоторые интересные документы из прошлого.

Заместителю председателя Государственного комитета СССР по науке и технике
тов. Ефремову Л.Н.

Заместителю председателя Высшей аттестационной комиссии при Совете Министров СССР
тов. Москвичеву Л.Н.

Заместителю Министра высшего и среднего специального образования СССР
тов. Егорову Н.С.

В конце октября с.г. в Харькове проводилось совещание председателей специализированных советов по защите диссертаций по юридическим наукам, на котором, в частности, некоторыми представителями науки международного (публичного) права было высказано предложение об изменении существующей номенклатуры научных специальностей в части, касающейся международного частного права (МЧП). Поскольку данный вопрос не был заранее объявлен в повестке дня, никаких соображений, необходимых для его серьезного обсуждения, заранее подготовлено и представлено не было. Равным образом среди участников совещания не было и представителей специальности I2.00.03, в которую входит МЧП. Тем не менее ряд участников, в том числе и по специальности I2.00.10 высказали возражения в отношении указанного предложения, ввиду чего в этой части, в отличие от других предложений по номенклатуре специальностей, совещание ограничилось рекомендацией об изучении вопроса.

Приветствуя как весьма отрадный сам факт повышения интереса к МЧП, отражающий реально возрастающее значение последнего и в научном, и в практическом плане, считаем необходимым вместе с тем выразить решительное несогласие с существом указанного предложения по поводу номенклатуры научных специальностей.

Как известно, в 1977 году постановлением ГКИТ были изменены, как устаревшие, некоторые положения этой номенклатуры, в результате чего, в частности, МЧП, ранее фигурировавшее в специальности I2.00.10 ("Международное право. Международное частное право"),

2.

было включено в "цивилстическую" специальность 12.00.03, которая стала именоваться "Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право" (Бюллетень ВАК 1977, № 6, с. 19).

Не вдаваясь в теоретические подробности, нельзя не отметить, однако, что изменение номенклатуры специальностей в данной части явилось не каким-то произвольным решением, но, напротив, закономерным итогом развития советской юридической науки, в рамках которой (как, впрочем, и за рубежом) конкретной разработкой проблем МЧП последние десятилетия занимались именно цивилисты, т.е. специалисты в области гражданского, а не международного (публичного) права, имеющего собственный предмет – межгосударственные отношения. Что же касается МЧП (название само по себе, как повсеместно признается, сугубо условное), то его предмет – это прежде всего гражданско-правовые отношения, т.е. отношения с участием юридических и физических лиц, хотя и возникающие в международной жизни (в сфере внешней торговли и транспорта, производственной и научно-технической кооперации, семейных и наследственных дел и т.п.). Поскольку граждане и организации являются субъектами не международного, а внутригосударственного права, их отношения регулируются нормами этого права, подведомственны национальной юрисдикции (судам, арбитражам) и т.д. Таким образом, во всех этих случаях речь идет о применении в конечном счете норм гражданского или, соответственно, семейного, трудового и т.п. права со всеми присущими им институтами и категориями, а не о применении норм международного публичного права. Гражданско-правовая природа соответствующих отношений не меняется и в тех случаях, когда содержание применяемых норм предопределяется в данном государстве международным договором, в котором оно участвует: внешнеторговая купля-продажа остается куплей-продажей, наследование в заграничном имуществе – наследованием, брак с иностранцами – браком и т.д., независимо от отсутствия или наличия межгосударственного договора, цель которого – унифицировать правовое регулирование гражданских, семейных и т.п. отношений в каждом из государств-участников. С позиции же марксистской теории государства и права определяющим критерием при классификации отраслей права и правопедения служит

3.

в первую очередь именно характер регулируемых общественных отношений. Соответственно, специализация по МЧП как научная, так в еще большей степени и учебная, имеет своей основой цивилистическую подготовку и служит ее логическим продолжением, что, конечно, вовсе не умаляет значимости для специалиста по МЧП изучения и международного публичного права – как особой системы права и самостоятельной отрасли правоправедения.

Эта концепция получила глубокое обоснование в нашей науке, в частности в 3-томном курсе Л.А.Лунца, удостоенном Государственной премии СССР, была развита в трудах тех представителей советской доктрины, которые предметно занимаются МЧП (см. приложение к этому письму). Ее придерживаются и правоприменительные органы, в частности Внешнеторговая и Морская арбитражные комиссии при ТПП СССР, в которых рассматривается большинство споров между советскими хозяйственными организациями и их иностранными контрагентами. Она соответствует советскому законодательству, включающему основную "массив" норм МЧП в Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик. Исходя из этой концепции ГКНТ – по представлению двух ведущих юридических центров – ИПЦАН СССР и ВНИИСЗ – и внес в 1977 году соответствующее изменение в номенклатуру специальностей.

Это решение в целом сыграло свою положительную роль, способствовало оживлению научных исследований, в том числе вузовских, подготовке научных кадров, улучшению преподавания МЧП. В частности, помимо ряда учебных пособий в эти годы был издан первый за последние 40 лет общесоюзный учебник, получивший гриф Минвуза (1984 г.).

С учетом изложенного перевод МЧП из специальности I2.00.03 в специальность I2.00.10 совершенно очевидно, по нашему мнению, явился бы шагом не вперед, а назад, возвратом к тому, что уже было и от чего вполне обоснованно отказались.

Речь сегодня должна идти не о повторении прошлого, а об энергичном расширении и ускорении исследований в области МЧП, активном привлечении к ним специалистов учебных заведений. Сейчас этому в немалой степени мешает то обстоятельство, что согласно типовым учебным планам по специальности – "правоведение" МЧП не входит в число нормативных (обязательных) дисциплин и преподается

4.

лишь на нескольких юридических факультетах университетов, на ненормальность чего уже обращалось внимание в печати ("Правоведение" 1977, № 3, с.с. 85-89). Преподаватели других юридических факультетов и институтов не имеют необходимого стимула к исследованию проблематики МЧП, а большинство студентов-юристов, окончивая вуз, не получают даже элементарной подготовки по этому предмету. Такое положение особенно нетерпимо на нынешнем этапе, когда на основе решений XXVII съезда КПСС осуществляются коренные преобразования в системе внешнеэкономической деятельности, в результате которых к этой деятельности непосредственно подключаются производители продукции, развиваются прямые связи большинства отраслевых министерств, объединений и предприятий с зарубежными партнерами, прежде всего из стран-членов СЭВ, создаются совместные организации в сфере производства, научно-технической кооперации и т.д. Возникающие при этом многообразные договорные и иные гражданско-правовые отношения нуждаются в квалифицированном правовом оформлении и реализации, ставя новые задачи перед юридической службой в соответствующих учреждениях и организациях, требуют адекватной подготовки юристов высокой квалификации. В условиях расширяющихся международных связей с вопросами МЧП приходится, впрочем, сталкиваться юристам, работающим не только в хозяйственной, но и в иных областях, что позволяет рассматривать его сегодня в качестве необходимого элемента профессиональной подготовки юристов широкого профиля и обуславливает включение МЧП в число нормативных учебных дисциплин по специальности "правоведение" и, соответственно, разработку типовой учебной программы по МЧП. Такое решение соответствовало бы и предусматриваемой в проекте ЦК КПСС "Основные направления перестройки высшего и среднего образования в стране" задаче подготовки Минвузом СССР по согласованию с заинтересованными ведомствами (в данном случае, повидимому, Минюстом СССР) новых учебных планов, отвечающих, в частности, современным требованиям практики. Наряду с улучшением качества подготовки юридических кадров, такое решение способствовало бы и эффективной мобилизации больших резервов цивилистического сектора вузовской науки на участие в фундаментальных и поисковых исследованиях по проблемам МЧП, имеющим важное политическое и практическое значение.

В заключении хотелось бы высказать еще два пожелания: об объявлении общесоюзного конкурса написание (например к 1990г.) вузовского учебника по международному частному праву и о введении в состав соответствующего Экспертного совета ВАК представителя специальности 12.00.03, специализирующегося в этой области.

- БРАТУСЬ С.И. - профессор, доктор юр.наук, заслуженный деятель науки РСФСР, консультант ВНИИСЗ
- БОГУСЛАВСКИЙ М.М. - профессор, доктор юр.наук, заслуженный деятель науки РСФСР, зав.сектором международного частного права ИГПАН
- БРАГИНСКИЙ М.Н. - профессор, доктор юр.наук, руководитель отдела ВНИИСЗ
- ГРИБАНОВ В.П. - профессор, доктор юр.наук, лауреат Ломоносовской премии МГУ, зав.кафедрой гражданского права МГУ
- ИВАНОВ Г.Г. - профессор, доктор юр.наук, заслуженный юрист РСФСР, нач. Юридического отдела ММФ
- ЛЕВЕДЕВ С.И. - доцент, канд.юр.наук, зав.кафедрой международного частного и гражданского права МГИМО МИД СССР
- МАЧОВСКИЙ А.А. - доктор юр.наук, зам.директора ВНИИСЗ
- МАТВЕЕВ Г.К. - профессор, доктор юр.наук, заслуженный работник высшей школы УССР, научный консультант ф-та международных отношений и международного права Киевского государственного университета.
- МАТВЕЕВ Ю.Г. - профессор, доктор юр.наук, декан юридического ф-та Киевского государственного университета
- ПОЗДНЯКОВ В.С. - профессор, доктор юр.наук, заслуженный деятель науки РСФСР, зав.кафедрой правовых дисциплин Всесоюзной академии внешней торговли
- ПУЧИНСКИЙ В.А. - профессор, доктор юр.наук, проректор Университета дружбы народов им. П.Думумбы
- РАЗУМОВ К.Л. - канд.юр.наук, зав.Секретариатом арбитражных комиссий Торгово-промышленной палаты СССР
- САДИКОВ О.И. - профессор, доктор юр.наук, заслуженный деятель науки РСФСР, руководитель Отдела гражданского законодательства ВНИИСЗ
- ГРИНГОЛЬЦ И.А. - доктор юридических наук

ВЫСШАЯ АТТЕСТАЦИОННАЯ
КОМИССИЯПРИ СОВЕТЕ МИНИСТРОВ
СССР
(ВАК СССР)101000, Москва-Центр,
ул. Грибоедова, д. 12

профессору Братусю С.Н.

тел. Ов. Саваря 198 4 г.
иск. № 10-56-07

Экспертный совет по философским и правовым наукам ВАК СССР рассмотрел письмо проф. Братуся С.Н. и др. по поводу возникших предложений об изменении существующей номенклатуры научных специальностей в части, касающейся международного частного права.

Экспертный совет считает, что предметом международного частного права являются гражданско-правовые отношения с участием иностранного элемента. В связи с этим вносить какие-либо изменения в группу специальностей существующей номенклатуры 12.00.03 нет необходимости. Специальность 12.00.10 имеет своим предметом межгосударственные отношения, с которыми международное частное право прямо не связано.

При таком положении экспертный совет считает данный вопрос исчерпанным.

И.о. начальника аттестационного отдела
по специальностям общественных наук

В.Н.Шамшу́ров

Далее, в 1995 г., при принятии очередной Номенклатуры вопрос о переносе указания на МЧП в специальность 12.00.10 возник опять.



**ВЫСШИЙ
АТТЕСТАЦИОННЫЙ КОМИТЕТ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
(ВАК России)**

103852, Москва,
ул. Тверская, 11
19.01.95 № 05-36/24-3

Главному научному сотруднику
Института государства и права РАН,
доктору юридических наук, профессору

Богуславскому М.М.

Уважаемый Марк Моисеевич !

В ответ на письмо группы ученых сообщаем:

Временная научно-техническая комиссия, созданная приказом Министерства науки и технической политики России от 21 апреля 1994 года, № 53, рекомендовала Миннауки России утвердить в новой номенклатуре специальностей научных работников специальность Г2.00.03 в следующей редакции: "Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право".

Заместитель председателя ВАК России

М.М.Рассолов

В 1997 г. Институт международного права (основанный в 1873 г. в Генте) принял резолюцию "The Teaching of Public and Private International Law"²⁴, в п. 4 которой говорилось: "Where two separate courses are offered on public and private international law, there will be close interrelation and coordination between them".

Данная резолюция – свидетельство того, что отделение МЧП от международного права (на Западе оно имело место в четком виде еще в последней четверти XIX в., тогда как в нашей стране – на десятки лет позднее) является чувствительным вопросом для науки международного права не только в РФ.

Кстати, в резолюции "Teaching of International Law" 1979 г.²⁵ позиция Института международного права была даже несколько более жесткой, чем в 1997 г.: "Contemporary

²⁴ www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1997_str_01_en.pdf

²⁵ www.idi-iiil.org/app/uploads/2017/06/1979_ath_03_en.pdf

developments call for public as well as private international law to be studied and taught in such a way as to stress the links between both disciplines, especially in the field of economic relations, and to depart from conceptions based on a rigid separation between public law and private law” (разд. IV). Безусловно, это разумный подход, хотя и трудно реализуемый на практике.

Призыв Института международного права 1997 г. был, как представляется, понят представителями науки международного публичного права в РФ несколько превратно: он повлек очередное обсуждение среди них вопроса о необходимости переноса указания на МЧП в специальность 12.00.10 (см. п. 4 приведенного ниже документа²⁶):

ВОПРОСЫ ПРЕПОДАВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Решение сессии Национального комитета Российской Федерации по Десятилетию международного права ООН (НКДМП) и 42-го общего собрания Российской ассоциации международного права (РАМП)

1. Поддержать резолюцию 67-й сессии Института международного права 1997 г. о введении курса международного публичного права (МПП) и международного частного права (МЧП) во всех средних и высших учебных заведениях правового профиля Российской Федерации. Ни один студент, оканчивающий юридическую школу или факультет права, не должен заниматься юридической практикой или дипломатической деятельностью, если он не прослушал базовый курс по МПП и МЧП.
2. Признать целесообразным разработку и утверждение единой программы по основам международного права. Просить Московскую государственную юридическую академию (МГЮА) разработать проект такой программы и представить его для рассмотрения в Исполком РАМП и НКДМП.
3. Просить Исполком РАМП провести в сентябре 1999 г. “круглый стол” по обсуждению учебников международного права в плане методологии, изложения материала и доступности его студентам всех форм обучения.
4. Просить Исполком РАМП ходатайствовать перед Высшей аттестационной комиссией (ВАК) при Минобразовании РФ о переводе МЧП в специализацию 12.00.10 как предмета, органически связанного с МПП.
5. Рекомендовать высшим учебным заведениям Российской Федерации шире издавать учебные пособия, а также тезисы, схемы, тексты лекций, диафильмы и т.д. по курсам МПП и МЧП.
6. Поручить Исполкому РАМП образовать секцию по вопросам совершенствования преподавания международного права в вузах РФ и оказания методической помощи в преподавании курсов МПП и МЧП.
7. Рекомендовать периодическим изданиям — “Российскому ежегоднику международного права”, “Московскому журналу международного права”, журналу “Международное право — International Law” и другим — вести раздел-рубрику “Преподавание МПП и МЧП” или “Вести с вузовских кафедр”, в которой освещать особенности преподавания МПП и МЧП в конкретных вузах.
8. Исполкому РАМП организовать colloquium о развитии международного права с учетом достижений общей теории права.
9. Инициировать проведение общеюридического (междисциплинарного) семинара для обсуждения комплексных (стыковых) проблем преподавания самого международного права как составной части юриспруденции и преподавания международно-правовых компонентов в отраслевых дисциплинах.
10. Разработать двухаспектную схему учебной программы международного права: 1) программа-стандарт, включающая общеобязательные для юридического образования вопросы; 2) программы-варианты, обусловленные функциональным назначением вуза, региональными особенностями и даже индивидуальными интересами преподавателей.
11. Обсудить вопрос о том же подходе, который указан в п. 10 настоящего решения, и при подготовке учебников (учебных пособий).

Принято общим согласием участников.

²⁶ Московский журнал международного права. 1999. № 3. С. 311.

Последний раз предложения представителей науки международного публичного права о необходимости переноса указания на МЧП в специальность 12.00.10 активно выдвигались в 2010–2011 гг. во время обсуждения вопросов усовершенствования ныне действующей Номенклатуры (утв. Приказом Министерства образования и науки РФ от 25 февраля 2009 г. № 59).

Эта Номенклатура, как известно, была подвергнута по некоторым направлениям серьезной критике: «...в целях разрешения сложившейся ситуации под эгидой Министерства образования и науки РФ и ВАК было проведено несколько совещаний, итогом которых стало решение о создании рабочей группы для рассмотрения всей номенклатуры специальностей по юриспруденции. Были установлены сроки: в мае 2010 г. рабочая группа должна была предложить для широкого научного обсуждения проект новой номенклатуры специальностей, а в декабре 2010 г. — представить согласованный вариант министру.

Разработка документа осуществлялась рабочей группой, состоящей в основном из членов экспертного совета ВАК по юридическим наукам, и ведущими учеными в сфере правопведения по поручению Минобрнауки России. За период своей деятельности (с февраля 2010 г. по июнь 2011 г.) рабочая группа провела ряд рабочих совещаний с целью реформирования номенклатуры научных специальностей. Проект новой номенклатуры специальностей обсуждался на первом совещании руководителей диссертационных советов по юриспруденции в Саратове (23 апреля 2010 г.), где было принято решение вынести данный документ на рассмотрение юридической общественности (Обзор совещания опубликован в „Журнале российского права“, 2010, № 7). В связи с этим в течение года проведены заседания ученых советов во многих юридических вузах и научных учреждениях России. Так, в октябре 2010 г. состоялось совместное заседание ученых советов Института законодательства и сравнительного правопведения при Правительстве Российской Федерации и Московской государственной академии имени О.Е. Кутафина (Обзор заседания опубликован в „Журнале российского права“, 2011, № 6); в декабре 2010 г. также состоялось совместное заседание ученых советов Российской академии правосудия и Российской правовой академии. Данная проблематика обсуждалась на научных конференциях (в МГУ, ноябрь 2010 г., в МГЮА, декабрь 2010 г., и др.), диссертационных советах, кафедрах, научных отделах и т. д. Кроме того, по этой проблеме высказались многие ученые и специалисты страны, должностные лица.

В результате в рабочую группу ВАК поступило 14 заключений от ученых советов юридических вузов России (в их числе МГЮА, МГИМО (У) МИД России, РУДН, Всероссийская академия внешней торговли, Нижегородская академия МВД России, Уральская государственная юридическая академия и др.); заключения от научных учреждений (ИЗиСП при Правительстве РФ, ИГП РАН), Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию законодательства, от диссертационных советов, а также отзывы и предложения ведущих ученых и специалистов в области юриспруденции. Всего около 80 документов.

По итогам рассмотрения поступивших заключений рабочей группой составлены предложения по внесению изменений и дополнений в номенклатуру специальностей научных работников по юриспруденции (см. табл. в разделе I); ведущим высшим учебным и научным учреждениям даны поручения подготовить расшифровку научных специальностей с учетом предлагаемых изменений.

Кроме того, для завершения работы и решения спорных вопросов приказом Минобрнауки России была создана рабочая группа, которая в апреле 2011 г. провела два заседания; стенограммы с предложениями были направлены в экспертный совет ВАК по юридическим наукам. 23 мая 2011 г. было проведено Второе координационное совещание руководителей диссерта-

ционных советов по юриспруденции (г. Саратов), на котором подведены итоги обсуждения и принято решение обобщить поступившие предложения и завершить работу. В конце мая этого же года состоялось заключительное заседание рабочей группы, где с учетом обсуждения итогового документа в Саратове, предложений рабочей группы, Минобрнауки России была принята окончательная редакция номенклатуры специальностей. По ряду спорных вопросов были приняты компромиссные решения (международное частное право, аграрное право и др.)»²⁷.

При этом в проекте рабочей группы по состоянию на 19 апреля 2010 г. в отношении специальности 12.00.10 говорилось: «12.00.10. Международное публичное право; международное частное право

Обоснование

Предлагается отказаться от составной части „европейское право“ указанной специализации и вместо него включить международное частное право — по сути, вернуться к той модели специализации, которая существовала в середине прошлого века»²⁸.

Против такого предложения выступили представители МЧП из Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, МГЮА, ИГП РАН, МГИМО²⁹. Поддержал их позицию и Совет при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства.

«В открытом письме ученых-юристов о номенклатуре специальностей научных работников в сфере юриспруденции (подписанном Н.Г. Дорониной, зам. директора Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ; И.О. Хлестовой, зав. отделом международного частного права ИЗаСП при Правительстве РФ; Н.И. Марышевой, гл. научным сотрудником отдела международного частного права ИЗаСП при Правительстве РФ) высказана позиция о невозможности поддержания изменений в специальности 12.00.03»³⁰.

Вот это письмо:

²⁷ Власенко Н.А., Мацкевич И.М. Модернизация специальностей в юриспруденции: Сборник материалов по итогам подготовки паспорта специальностей научных работников / Отв. ред. Н.И. Аристер. – М.: Проспект, 2015. С. 4–5.

²⁸ Там же. С. 18.

²⁹ Автор участвовал в подготовке позиции МГИМО по этому вопросу. Однако приводить ее здесь для целей настоящего исследования излишне.

³⁰ Власенко Н.А., Мацкевич И.М. Модернизация специальностей в юриспруденции: Сборник материалов по итогам подготовки паспорта специальностей научных работников / Отв. ред. Н.И. Аристер. С. 52.



Федеральное государственное
научно-исследовательское учреждение

ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
И СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ
ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Большая Черемушкинская ул., д. 34
Москва, 117218
Тел./факс: (495) 719-76-02, 719-73-02
e-mail: office@izak.ru
www.izak.ru

Костин А. А.
Зименкова Д. Н.
КАБАТОВА Е. В.
Лебедев С. Н.
Муранов А. И.

Образовательные и научные
организации
(по списку рассылки)

31.01.11 № 01-14/12

На №

от

Направляется открытое письмо ученых – юристов о номенклатуре специальностей научных работников в сфере юриспруденции. Просим поддержать.

Приложение: 5 л.

Заместитель директора

Н.Г. Доронина

719-75-20 Доронина Н.Г.

**Открытое письмо
ученых – юристов о номенклатуре специальностей научных работников
в сфере юриспруденции**

Список специальностей научных работников в сфере юриспруденции отражает обычно состояние науки в соответствующей области, господствующие научные школы. Соответственно, работа по внесению изменений в номенклатуру специальностей строится на объективных реалиях научной жизни в обществе.

Юридическое сообщество уже высказало свои замечания на проект номенклатуры специальностей научных работников по юридическим наукам. Эти замечания не были, однако, учтены при составлении итогового документа экспертной комиссии, с рядом положений которого мы категорически не согласны.

Это касается, в частности, изменения места международного частного права в номенклатуре специальностей, а именно, объединение его с международным публичным правом. Вопрос о месте международного частного права в номенклатуре специальностей научных работников по юридическим наукам возникал и раньше. Решение рассматривать международное частное право как частноправовую специальность было в свое время принято после глубокого обсуждения этого вопроса, в результате которого все пришли к выводу, что список специальностей должен отражать существующие в науке школы.

Российская школа международного частного права, основанная в свое время И.С. Перетерским и Л.А. Лунцем и получившая развитие в трудах их учеников и продолжателей, лежит в основе существующей номенклатуры специальностей. Развитие этой области юридической науки не свидетельствует о каких либо изменениях, тем более концептуального характера. В специальности 12.00.03, включающей гражданское право, предпринимательское право, семейное право, международное частное право,

отражена так называемая цивилистическая концепция международного частного права.

Внесение изменений в номенклатуру специальностей обосновывается, в частности, ссылкой на перегруженность предмета исследования в данном случае. Такая ссылка, на наш взгляд, безосновательна, т.к., являясь составной частью гражданского кодекса, международное частное право и, прежде всего, международный бизнес, предпринимательство подчинены единым принципам регулирования, сформулированным в Гражданском кодексе. В науке допустимыми являются различные точки зрения о связи международного публичного и частного права, однако частноправовая природа отношений в области международного частного права предполагает связь прежде всего с гражданским, а не с международным публичным правом.

Законодательство различных государств придерживается такой же позиции, о чем свидетельствуют многочисленные публикации в этой области юриспруденции, посвященные проблемам национальной кодификации международного частного права. В последнее время решению этих проблем в национальном праве стран, осуществляющих переход к рыночной экономике, посвящены работы известных зарубежных, а также менее известных специалистов в сфере национального права. См., например, *Sein. K. The Development of Private International Law in Estonia. Dovgert A. Codification of Private International Law in Ukraine. Tarman Z.D. The Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations Under Turkish Private International Law.* Названные статьи были опубликованы в Ежегоднике международного частного права Швейцарии – *Yearbook of Private International Law* (соответственно, том 10 за 2008г. и том 8 за 2005 год), а также в Журнале международного частного права Нидерландов – *Nederland International Private Review* (том 27 за 2009 год, с.15). В любом случае зарубежными юристами-международниками не оспаривается тот факт, что, как точно сформулировал Адольфо Миахо де ла Муэло из Испании,

«международное частное право выделилось в самостоятельную область права, находящуюся в национальной правовой системе» (*Rivista Española de Derecho Internacional*. V.XVI. N.3)

В Российской Федерации это заслужившее признание во всем мире отношение к международному частному праву представлено в трудах, посвященных данной области исследований, выдающихся ученых, объединяемых в рамках цивилистической школы международного частного права. В настоящее время концепция этой школы преобладает в науке международного частного права Российской Федерации и находит отражение во многих монографиях, учебниках и учебных пособиях, выпущенных не только научными сотрудниками Института, но также и учеными других научно-исследовательских учреждений, Высших учебных заведений (учебники М.М. Богуславского, В.П. Звекова, учебники под редакцией Н.И. Марышевой, Г.К. Дмитриевой).

На работах ученых этой школы основывается развитие российского законодательства. Достаточно указать на включенный в ГК РФ Раздел VI под названием «Международное частное право». В настоящее время, как известно, по поручению Президента Российской Федерации идет работа по подготовке изменений в отдельные статьи этого раздела. Незначительность внесенных поправок подтверждает жизнеспособность цивилистической концепции международного частного права и, одновременно, ее поддержку со стороны высшего руководства. Концепция развития гражданского законодательства была одобрена Указом Президента Российской Федерации от 18 июля 2008г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации».

Доводы, приводимые сейчас сторонниками внесения изменений в номенклатуру специальности 12.00.03, в основном, повторяют приводившиеся ранее аргументы и, на наш взгляд, не являются убедительными. Так, например, достаточно привести примеры применения национального права при решении споров, возникающих из частноправовых

отношений, включая споры частного лица с государством, чтобы убедиться, насколько важным является изучение международного частного права в системе гражданско-правовых отношений. Международный суд как институт международного публичного права, в своих решениях неоднократно подчеркивал, что споры частного лица с государством должны разрешаться в соответствии нормами национального права государства, т.к. являются частноправовыми спорами.

Роль национального права в развитии международных частноправовых, в том числе предпринимательских, отношений возрастает в связи с усилением конкуренции на международных рынках товаров и услуг. Определенным способом предупреждения коллизий законодательства различных государств является международно-договорная унификация правового регулирования частноправовых отношений, создание региональных союзов государств. Однако увеличение числа международных договоров и соглашений, связанное с унификацией права, не уменьшают роль национально-правовой системы, в рамках которой зарождаются, развиваются и прекращаются отношения международного частного права. Об этом, в частности, свидетельствует унификация международного частного права в рамках Европейского Союза (Рим I, Рим II, Рим III). Унификация международного частного права, осуществляемая в рамках Европейского Союза, ориентирована на применение коллизионных норм, содержащихся в гражданском праве государств – членов Евросоюза.

Все вышесказанное свидетельствует о том, что международное частное право не может рассматриваться вне специальности 12.00.03 гражданское право, предпринимательское право, семейное право, международное частное право.

Современный этап развития гуманитарных наук характеризуется значительной степенью специализации, размыванием границ между фундаментальными и прикладными исследованиями, усилением роли междисциплинарных исследований. Однако эти тенденции не должны

касаться действующей номенклатуры специальностей юридических наук, поскольку она выстроена с учетом применяемых методов исследования: публичного и частного права, системы международного права.

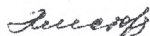
С учетом вышесказанного предложения по внесению изменений в специальность 12.00.03 гражданского права, предпринимательского права, семейное право, международное частное право не могут быть поддержаны в этой части.

Заместитель директора



Н.Г. Доронина

И.о. заведующий отделом
международного частного
права



И.О. Хлестова

Главный научный сотрудник
отдела международного
частного права



Н.И. Марышева

Вот еще некоторые подробности разворачивавшегося тогда противостояния: «*Специальность 12.00.03 – Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право* [–] вызвала наибольшее количество споров. Первоначально рабочая группа выступила с предложением „разгрузить“ специальность не только в целях последовательного развития данного научного направления, но и в связи с необходимостью оптимальной подготовки аспирантов и соискателей по данному профилю. Было предложено оставить формулировку: „Гражданское право; жилищное право; семейное право“. Развернувшаяся дискуссия выявила следующие подходы к решению вопроса. Сторонники первого подхода (Г.В. Игнатенко, Л.А. Лазутин, З.И. Воронина, О.И. Тиунов, ученый состав кафедры международного права РУДН и др.) считают, что международное частное право необходимо изъять из специальности 12.00.03 и включить в специальность 12.00.10, поскольку в настоящее время наблюдается сближение международного частного и международного публичного права по многим позициям: это источники права, субъекты, исторически обусловленное проникновение частных компонентов в традиционные публичные отрасли.

Второй подход состоял в традиционном толковании связей между указанными юридическими науками. Международное частное право предлагалось оставить в специальности 12.00.03, т.е. не отрывать от гражданского, предпринимательского и семейного права, поскольку международное частное право есть область внутрисударственных отношений гражданско-правового характера в широком смысле слова, осложненных иностранным элементом; источником международного частного права является не только международный договор, но и национальный закон; международное частное право и международно-публичное право регулируют различные правоотношения; международное частное право имеет свой предмет, субъекты, методы, функции и др. Данной позиции придерживаются ученый совет ИЗаСП, кафедра международного частного права МГЮА, ученый совет Института государства и права РАН, Совет при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (руководитель В.Ф. Яковлев), кафедра международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России, Г.К. Дмитриева и др.).

По вопросу изменения специальности 12.00.03 учеными-юристами было направлено в ВАК РФ открытое письмо о номенклатуре специальностей научных работников в сфере юриспруденции (подписано заместителем директора ИЗаСП Н.Г. Дорониной, заведующим отделом международного частного права ИЗаСП И.О. Хлестовой, главным научным сотрудником отдела международного частного права ИЗаСП Н.И. Марышевой). В письме авторы указывали, что „увеличение числа международных договоров и соглашений, связанное с унификацией права, не уменьшает роль национально-правовой системы, в рамках которой зарождаются, развиваются и прекращаются отношения международного частного права. Унификация международного частного права, осуществляемая в рамках Европейского союза, ориентирована на применение коллизионных норм, содержащихся в гражданском праве государств – членов Евросоюза“.

Кроме того, из состава специальности 12.00.03 рабочей группой предложено исключить не только „международное частное право“, но и „предпринимательское право“ и включить их в состав новой специальности 12.00.07 – Предпринимательское право; корпоративное право; энергетическое право.

<...>

Рабочая группа на итоговом заседании, изучив все „за“ и „против“, приняла компромиссное решение – оставить в специальности 12.00.03 международное частное право»³¹.

³¹ Мацкевич И.М., Власенко Н.А. Новая номенклатура научных специальностей в сфере юриспруденции // Журнал российского права. 2011. № 8. С. 85–87.

Все же в итоге название специальности 12.00.03 изменено не было.

Сказанное еще раз подтверждает то, что отделение МЧП в Номенклатуре от международного публичного права, случившееся в 1977 г., до сих пор представителями последнего переживается остро. И понять их, само собой, можно.

В юридических научных кругах эта тема давно уже на слуху: *«Дискуссионность вопроса об изменении научных специальностей 12.00.03 (гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право) и 12.00.10 (международное право; еврейское право) предполагалась изначально»*³².

При этом исключить то, что точка зрения представителей специальности 12.00.10 в отношении МЧП в будущем возобладает, нельзя, как следует из излагаемого ниже. Может иметь значение, например, то, что представители МЧП в научно-административном плане гораздо менее активны.

5. Паспорта научных специальностей как попытка развития Номенклатуры, а по сути – ее подмены. Вопрос о юридической силе паспортов

Развитие науки влечет развитие науковедения, а также усиливает потребность в классификации внутри самих наук.

Применительно к Номенклатуре ввиду ее слишком общего и весьма лаконичного характера эта закономерность не может не выражаться в том, что указания в ней на те или иные науки оказываются недостаточными.

Почему? Очень просто.

Номенклатура в нынешнем ее виде – в целом продукт и наследие реалий СССР. В советских условиях Номенклатура не появиться не могла.

Во-первых, плановая экономика требовала категоризации и классификации. Однако серьезная глубина и проработка для них не требовалась.

Во-вторых, категоризации и классификации удобно выступали одним из инструментов обеспечения государственного и партийного контроля над научной сферой.

В-третьих, в СССР форма, как правило, превалировала над содержанием³³, и Номенклатура здесь – не исключение.

Именно поэтому Номенклатура (включая современную) – не более чем набросок того, что должно было бы стать номенклатурой научных специальностей в подлинном смысле.

Причем набросок достаточно грубоватый, хотя его и пытались много раз шлифовать. Разве заслуживает, к сожалению, иной характеристики документ, где имеется, например, совершенно невнятная специальность 12.00.07 «Корпоративное право; энергетическое право», появление которой – итог лоббирования известных интересов? И где в специальности 12.00.03 гражданское право противопоставляется предпринимательскому праву?

А отказаться от Номенклатуры в том ее виде, в каком она имеется, правовая наука РФ не в силах: право вообще консервативно, да и РФ – наследница СССР с мощью его административного аппарата.

³² Власенко Н.А., Мацкевич И.М. Модернизация специальностей в юриспруденции: сборник материалов по итогам подготовки паспорта специальностей научных работников / Отв. ред. Н.И. Аристер. С. 41.

³³ История того, как и почему в СССР форма стала превалировать над содержанием, прекрасно описана в следующем труде: Юрчак Алексей. Это было навсегда, пока не кончилось: последнее советское поколение. – М.: Новое лит. обозрение, 2014. 661, [1] с. (Библиотека журнала «Неприкосновенный запас»).

Справедливости ради нельзя не отметить, что все эти недостатки Номенклатуры – итог в том числе бесконечных вынужденных компромиссов и воздействия на нее текущей и текущей административно-политическо-научной конъюнктуры.

Таким образом, можно сколь угодно указывать на то, что «неоднократные попытки доказать, что номенклатура научных специальностей архаична... никогда не имели под собой серьезной почвы»³⁴, но это все же не отменит того факта, что так оно и есть: Номенклатура в нынешнем ее виде – документ не для XXI в.

Доказывается это элементарно, а именно существованием так называемых паспортов научных специальностей (см. их здесь: <http://vak.ed.gov.ru/316>; при этом в настоящем исследовании имеются в виду паспорта именно по юридическим наукам, да и то не все, а именно по специальностям, связанным с МЧП (12.00.03) и с внутренним гражданским и арбитражным процессом (12.00.15)).

Номенклатура настолько лапидарна, настолько разочаровывающе сжата, что требуются дальнейшие описания, детализация указаний в ней. Была бы она адекватна, не имелось бы тогда столь острой потребности в указанных паспортах.

Так, в целом понятно, что кроется за указанием в Номенклатуре на «гражданское право». Но гражданское право не было бы наукой, если бы оно само себя не описывало, не классифицировало. И такому описанию следует быть достаточно подробным. Делает ли это Номенклатура? Нет. А должна была бы? Скорее, да (если признавать ее существование вообще необходимым).

Учитывает ли Номенклатура такие важные законы развития научных знаний, как их диверсификация, специализация и детализация (которые проявляются в XXI в. особенно сильно, не говоря уже о скорости накопления подобных знаний³⁵)? В весьма неполной мере.

В то же время в свете указанных законов обходиться без таксономии в различных областях науки нельзя. Также важная роль таксономии состоит в том, что она позволяет соответствующим образом решать разные вопросы применительно к пограничным ситуациям на стыке наук, очень непростым, но зато и крайне интересным.

И как же в РФ решили преодолеть проблемы раскрытия, детального описания крайних общих и сжатых указаний в Номенклатуре?

Понятно, что изначально были два варианта.

Первый – наделение компетенцией на это диссертационных советов и (или) ВАК.

Второй – издание по сути бюрократических инструкций.

Несложно догадаться, какой путь был избран.

И понятно, что упрекать, например, ВАК за то, что она отказалась придерживаться первого пути – чуть ли не квазисудебного – нельзя: у нее на это не было ресурсов. Да и доверять многочисленным диссертационным советам, могли рассудить российские власти, нельзя (тут они во многом правы, как показали события последних лет).

В результате и появились паспорта научных специальностей.

³⁴ Мацкевич И.М. Указ. соч. С. 6.

³⁵ Некоторые ученые говорят о технологической сингулярности, т.е. о гипотетическом моменте, по прошествии которого, по мнению сторонников данной концепции, технический прогресс станет настолько быстрым и сложным, что окажется недоступным пониманию, предположительно следующем после создания искусственного интеллекта и самовоспроизводящихся машин, интеграции человека с вычислительными машинами либо значительного, скачкообразного увеличения возможностей человеческого мозга за счет биотехнологий (см.: https://ru.wikipedia.org/wiki/Технологическая_сингулярность).

Они, в частности, представляют собой:

– попытку истолковать Номенклатуру;
– попытку модернизировать Номенклатуру, преодолеть технологическое и гуманитарное отставание РФ, но при помощи, как обычно, бюрократических средств. Неадекватных, само собой. Но опять справедливости ради надо сказать, что иных-то средств в РФ сейчас и не имеется, так что попытка эта весьма важна, даже если она и неидеальна по исполнению³⁶.

В то же время представляется, что паспорта – демонстрация стремления ВАК и Министерства образования и науки РФ избавиться от сложной и нежелательной работы, свидетельство их слабости (это не упрек им – это констатация реальности).

Вместе с тем роль паспортов нередко вольно или невольно маскируется, конечно (при этом некоторые общие вещи из сказанного ниже очевидны, т.е. верны): «...1) номенклатура научных специальностей не может быть раз и навсегда устоявшейся догмой; 2) в дополнение к номенклатуре научных специальностей должен быть предложен разъяснительный документ.

Роль такого разъяснительного документа выполняет паспорт номенклатуры научных специальностей.

В паспорте уточняются направления научных исследований в рамках конкретной специальности, конкретизируется область исследований, предлагаются варианты исследований, описывается в общих чертах методика исследования.

Основная задача паспорта – помочь ученому определить приоритет своих научных интересов, с тем чтобы уяснить для себя, какие научные представления он собирается развивать. Главное – определиться, по каким правилам ученый предполагает защищать результаты своего диссертационного исследования.

Трудности, с которыми сталкивается ученый при определении научной специальности и которые ему следует в первую очередь преодолеть, сводятся к следующему: 1) избежать пересечения научных специальностей; 2) не допускать двойных толкований области научных исследований (например, историю вопроса уголовно-правовой проблемы полностью считать проблемой теории и истории права); 3) не разрешать произвольно и расширительно толковать границы специальности»³⁷.

При этом любой паспорт научной специальности – достаточно большой формальный документ (сейчас он излагается на нескольких страницах, тогда как ранее его объем был серьезно меньше), в котором описываются предмет и метод исследований по специальности, а также области таких исследований (см.: <http://vak.ed.gov.ru/316>).

Первое, как представляется, упоминание о паспортах содержится в п. 3 Положения об экспертном совете Высшего аттестационного комитета РФ (утв. решением Президиума ВАК РФ от 17 декабря 1993 г. № 57/40):

«Экспертный совет в соответствии с возложенными задачами:
<...>

³⁶ А.Н. Якушев в указанных ниже статьях придерживается другого взгляда на желательную природу и роль паспортов, предлагая относиться к ним радикально иначе, в том числе используя иной инструментарий. Однако его предложения просто нереализуемы. Они интересны, безусловно (хотя и не вполне точны), но все же в российских условиях относятся скорее к области юридической фантастики.

³⁷ Мацкевич И.М. Указ. соч. С. 6.

ж) участвует в рассмотрении предложений по совершенствованию аттестации научных и научно-педагогических кадров высшей квалификации и номенклатуры специальностей научных работников, подготовке паспортов научных специальностей;

<...>».

Однако первые паспорта появились только через восемь лет, а именно после принятия Приказа Министерства промышленности, науки и технологий РФ от 31 января 2001 г. № 47, которым была введена в действие очередная Номенклатура. При этом они были утверждены первым заместителем министра промышленности, науки и технологий РФ 16 февраля 2001 г. протоколом № МК-1-пр. Весьма странная форма утверждения – протокол. Однако она не случайно, как будет показано ниже.

В решении ВАК от 20 марта 2002 г. говорилось:

«Основными вопросами деятельности ВАК Минобразования России в 2001 г. являлись проведение регулярной аттестации научных и научно-педагогических кадров, корректировка сети диссертационных советов, разработка паспортов специальностей в соответствии с действующей Номенклатурой специальностей научных работников...

<...>

Экспертными советами ВАК Минобразования России разработаны и переданы в РИНКЦЭ для тиражирования типографским способом и размещения в сети Интернет свыше 400 паспортов специальностей в соответствии с номенклатурой специальностей научных работников.»³⁸.

После утверждения ныне действующей Номенклатуры (Приказ Министерства образования и науки РФ от 25 февраля 2009 г. № 59) в ноябре 2011 г. были приняты новые паспорта.

Далее Президиум ВАК 30 января 2015 г. рекомендовал Министерству образования и науки РФ утвердить новые паспорта по юридическим наукам, которые и действуют в настоящее время (рекомендация № 3/80³⁹).

А когда и как Министерство их утвердило, совсем непонятно (и что крайне странно). Но очевидно, что это было сделано скорее в первой половине 2015 г.

В любом случае ныне действующие паспорта на сайте ВАК имеются⁴⁰.

К сожалению, публичной информации о процедуре разработки, обсуждения и принятия паспортов очень немного.

В то же время некоторая узкая, специальная литература по этим вопросам имеется (см. уже упоминавшиеся выше работы Н.А. Власенко и (или) И.М. Мацкевича). Это крайне важные издания как с точки зрения текущего понимания истории разработки паспортов, так и для будущих поколений (хотя они по разным причинам и неполные, само собой)⁴¹.

³⁸ Бюллетень Высшей аттестационной комиссии Министерства образования Российской Федерации. 2002. № 3. С. 16–17.

³⁹ Мацкевич И.М., Власенко Н.А. Паспорт специальностей научных работников по юриспруденции. Проект и итоги / Отв. ред. Н.И. Аристер. С. 180.

⁴⁰ <http://vak.ed.gov.ru/316>

⁴¹ См. также: Поветкина Н.А. Об участии Института в координационном совещании руководителей диссертационных советов по юриспруденции в Саратовской государственной юридической академии // Журнал российского права. 2013. № 7. С. 94–98; Власенко Н.А., Мацкевич И.М. Проект паспорта номенклатуры научных специальностей по праву: подведены итоги // Журнал российского права. 2014. № 8. С. 137–144; Аврутин Ю.Е. К вопросу

В любом случае понятно, что на сегодня юридические науки пережили уже три серьезные «паспортизации». И каждая из них была все более и более масштабной и радикальной.

При этом содержание паспортов за период с 2001 г. по настоящее время, как будет показано ниже, менялось в гораздо большей и серьезной степени, нежели содержание Номенклатуры.

Таким образом, тенденция очевидна: ныне в РФ акцент делается не на изменении Номенклатуры, а на изменении паспортов.

Названия научных специальностей могут быть в Номенклатуре прежними, однако это не значит, что вместе с тем содержание и границы данных специальностей в свете паспортов остаются неизменными.

Но только такие изменения происходят теперь не на поверхности Номенклатуры, а в глубине паспортов (включая сепарацию и изменения, образно говоря, «агрегатного состояния» той или иной научной специальности (см. об этом выше)).

В идеале любое изменение Номенклатуры призвано было бы быть тектоническим сдвигом, который может достаточно резко изменить весь научный ландшафт. А изменение паспортов, по идее, должно было бы являться, образно говоря, текущими, не особо значительными картографическими и землеустроительными работами.

Но что по сути произошло в последние годы?

Все поменялось, все оказалось наоборот (см. также ниже).

Акценты сдвинуты, а паспорта стали «ползущим образом» подменять собой Номенклатуру: ныне изменения границ специальностей происходят уже не в Номенклатуре, а в паспортах.

Так обычно и бывает в РФ: известно же, что Конституция в РФ применяется в войсках не непосредственно, а только через приказ министра обороны, доведенный до сведения личного состава.

Впрочем, можно сколь угодно иронизировать и далее, но ведь очевидно, что иначе в РФ и быть не могло. Это было неизбежно. Почему?

Опять-таки все просто:

- 1) Номенклатура слишком лапидарна, несовершенна;
- 2) Номенклатура — нормативный акт, а для самостоятельного исправления нормативного акта требуются большая смелость и ответственность, которые у администраторов, как правило, отсутствуют;

- 3) также у аппарата Министерства образования и науки, как и у аппарата ВАК, нет ресурсов, чтобы заниматься развитием Номенклатуры.

И что в таких условиях делать? Понятно, что с бюрократической точки зрения следует спустить все вниз, на иной уровень. А в рамках Министерства и ВАК это экспертные советы. Вот они и стали заниматься паспортами.

Все это легко видно в соответствующем регулировании.

Если еще в п. 2 Положения о Высшей аттестационной комиссии Министерства образования и науки РФ (утв. Приказом данного Министерства от 3 июля 2006 г. № 177) говорилось о том, что ВАК «участвует в разработке... паспортов научных специальностей», то затем в трех Положениях о ВАК, утвержденных уже Правительством РФ (от 20 июня 2011 г. № 474, от 23 сентября 2013 г. № 836 и от 26 марта 2016 г. № 237) о паспортах не было и нет ни слова.

При этом о том, что экспертный совет ВАК принимает участие в разработке паспортов, говорилось во всех трех положениях о таком совете, принятых с 1993 г. по 2013 г. (в 2000 г., в 2002 г. и в 2006 г.). Однако в Положении об экспертном совете ВАК при Министерстве образования и науки РФ, утвержденном Приказом данного Министерства от 25 декабря 2013 г. № 1393, упоминание о паспортах вдруг исчезает.

Почему? Неужели разработку паспортов решили спустить еще ниже или же вообще максимально затемнить их статус? Вполне возможно.

А ведь статус паспортов действительно очень неясен.

Прежде всего он вообще нигде и никак не определен. Упоминания о паспортах в нормативных актах очень редки и последние из них относятся к 2006 г. (см. выше). А в федеральных законах о паспортах вообще нет ни слова. При этом очевидно, что они — не нормативные акты.

Но даже и указанные упоминания правовой статус паспортов никак не проясняют⁴². Отчего же первые версии паспортов были утверждены первым заместителем министра промышленности, науки и технологий РФ 16 февраля 2001 г. протоколом № МК-1-пр (которого в публичном доступе нет), а не приказом Министерства? Где публично доступные документы об утверждении последующих версий паспортов, особенно ныне действующих (действительно доступные для всех, учитывая мощь современных технологий и интерес научных кругов к ним)? Их, увы, нет⁴³.

⁴² «...Невольно задаемся вопросом: а где... сформулировано требование о том, что содержание диссертации должно соответствовать паспорту научной специальности? Говорится лишь о соответствии диссертации научной специальности и отрасли науки. Получается, что в течение 12 лет диссертационные советы выполняли требование, которое в нормативных актах отсутствовало» (Якушев А.Н., Мрыхина О.А. Может ли содержание диссертации соответствовать паспорту научной специальности? // Право и образование. 2012. № 7. С. 107).

⁴³ Критика в отношении паспортов звучала и ранее: «Несколько удивляет способ утверждения действующих на данный момент паспортов специальностей научных работников. 31 января 2001 г. Минпромнауки России издал приказ за № 47, утвердив „Номенклатуру специальностей научных работников“. Затем 16 февраля 2001 г. были утверждены паспорта специальностей научных работников протоколом первого заместителя Минпромнауки России № МК-1-пр. Почему не приказом, а протоколом?»

<...> Однако решения об утверждении паспортов научных специальностей Высшая аттестационная комиссия Минобразования России не принимала ни в 2001 г., ни позже, в 2002 г. ... Создается впечатление „протаскивания, продавливания“ паспортов специальностей научных работников» (Якушев А.Н., Грунковская И.А., Алиев В.С. Паспорта специальностей научных работников в России как теоретико-правовая проблема // Закон и право. 2010. № 8. С. 7); «11 ноября 2011 года Высшая аттестационная комиссия при Минобрнауки России своим решением утверждает новую редакцию паспортов специальностей научных работников. Но ведь она не имеет права принимать нормативные акты в соответствии с „Положением о Высшей аттестационной комиссии при Министерстве образования и науки Российской Федерации“ и „Положением о Департаменте научных и научно-педагогических кадров Министерства образования и науки Российской Федерации“. Это прерогатива Министерства образования и науки Российской Федерации. Поэтому решение президиума Высшей аттестационной комиссии не обладает юридической силой, так как не относится к нормативным правовым актам Министерства образования и науки Российской Федерации.

<...>

...Применение паспортов научных специальностей в России не предусмотрено никакими нормативными правовыми актами, хотя более 12 лет их применяют.

<...>

...Паспорт научной специальности должен быть принят в установленном порядке Министерством образования и науки Российской Федерации посредством соответствующего нормативного правового акта» (Якушев А.Н., Мрыхина О.А. Указ. соч. С. 107, 109). Эта критика справедлива. Почему Министерство скрывает информацию об утверждении паспортов? Может, потому, что они являются с юридической точки зрения непонятно чем?

Вместе с тем на практике паспортам в РФ придается слишком большое, непропорциональное их фактическому (не юридическому) статусу, значение.

Свидетельством тому являются, например:

- многочисленные статьи и иные работы лиц, связанных с ВАК, по поводу паспортов, их большой важности;
- практика некоторых осторожных диссертационных советов, которые руководствуются применительно к темам диссертаций не Номенклатурой, а паспортами (автор также сам тому свидетель);
- тот факт, что в приложении № 8 к приказу МВД РФ от 28 декабря 2005 г. № 1055 «Об организации научного обеспечения и распространения передового опыта в органах внутренних дел Российской Федерации и внутренних войсках МВД России» говорилось:

«30. Основаниями для отказа в согласовании темы диссертационного исследования являются:
30.1. Несоответствие темы и ее обоснования паспорту научной специальности.»

Правда, нужно отметить, что указанный Приказ утратил силу в связи с изданием приказа МВД РФ от 18 марта 2013 г. № 150 «Об организации научного обеспечения и применении положительного опыта в органах внутренних дел Российской Федерации и внутренних войсках МВД России». Сначала и в нем содержалась подобная же ссылка на паспорта. Но потом она была устранена и упоминаться стала только Номенклатура (но вне контекста о том, что ей что-то должно соответствовать).

Неудивительно, что именно МВД РФ как один из главных охранителей первым поставило паспорта выше Номенклатуры (известно же, что и там инструкция важнее Конституции). Но неужели это был пример, достойный подражания в условиях, когда правовой статус паспортов совсем еще не определен? Впрочем, очень хорошо, что ситуация исправлена, хотя бы для системы МВД РФ.

В свете сказанного можно тем более утверждать, что сегодня в РФ паспорта стали «ползущим образом» подменять собой Номенклатуру. Само собой, это незаконно.

Кроме того, это также означает сдвиг научно-административной парадигмы вниз – от Номенклатуры к паспортам, от нормативного акта к некоей невнятной субстанции.

В то же время это сдвиг от административного аппарата, все более чувствующего свою слабость и некомпетентность, к тем ученым, кто более реально связан с теорией и практикой. Это неплохо, с одной стороны, даже здорово: это один из шагов в направлении развития отечественной науки.

Однако такой сдвиг, учитывая:

- архаику Номенклатуры;
- невнятный статус паспортов;
- усиление сегодня конкуренции между только что упомянутыми учеными, особенно в плане финансов;
- большую свободу таких ученых от бюрократических ограничений, их стремление заполучить полноту компетенции, особенно в нынешних, относительно либеральных условиях, способен привести именно что к существенным тектоническим сдвигам применительно к тем вопросам по специальностям, которые должны регламентироваться все же Номенклатурой, а отнюдь не паспортами. Риск этого недооценивать не следует.

И сначала такие сдвиги ощущаются не сразу, но потом уже будет поздно что-то менять. Как это уже происходит, будет показано ниже.

При этом, кстати, оценивать соотношение Номенклатуры и паспортов можно и иначе (не так, как выше, — в виде тектонического сдвига и землеустроительных работ): *«Между тем если номенклатура научных специальностей — это своего рода лоция, помогающая в научном поиске, то паспорт номенклатуры — это маяк, спасающий (особенно молодых) ученых от опасности наскочить на риф псевдонаучных изысканий»*⁴⁴. Впрочем, думается, что на самом деле в сегодняшних специфических российских условиях все наоборот: маяком выступает сама Номенклатура, тогда как лотциями призваны быть паспорта.

Проблема только в том, что из-за несовершенства Номенклатуры исследователи могут иметь перед собой несколько излишне далеких маяков, а паспорта в такой нынешней ситуации — опять-таки из-за своего несовершенства — могут им мешать или же требовать ненужных действий. Так что по сути паспорта верной лотцией могут и не оказаться.

Но все же важнее иной вопрос — «ползущая» замена Номенклатуры паспортами.

Почему она происходит? Ответ очевиден: для Министерства и ВАК в свете вышесказанного это вполне выгодно. Адекватно использовать Номенклатуру в ее нынешнем чистом виде невозможно, а делать что-то надо. Но при этом брать на себя обязанность разрабатывать паспорта они не хотят (в самом деле, это непростая задача, с которой не все справятся). В итоге паспорта ими принимаются и начинают подменять собой Номенклатуру (как будет показано ниже).

В последние годы в РФ господство Конституции и законов заменяется господством инструкций и администрации. При этом чем более непонятен статус инструкций и чем более безлика администрация, тем лучше.

Так то же самое и с паспортами: их статус неясен, а процедуры их подготовки для финального утверждения / самого их утверждения непрозрачны.

6. История изменений в паспортах по специальности 12.00.03 в отношении МЧП и МКА. История изменений в паспортах по специальности 12.00.15 связи с МЧП и МКА

Ниже приводятся выдержки из трех версий паспортов по научным специальностям 12.00.03 и 12.00.15 (для удобства сравнения — в табличной форме).

Формула специальности для паспорта специальности 12.00.03 версии 2015 г. не приводится, так как при всей ее пространности ничего особо существенного для целей настоящего исследования в ней не имеется.

Тексты взяты из двух вышеупомянутых книг Н.А. Власенко и И.М. Мацкевича. Версии указанных паспортов 2001 г. и 2011 г. также размещены на сайтах: http://science-expert.ru/dsrf/federal_level/vak_index.shtml; www.aspirantura.spb.ru/pasp/12.html; www.aspirantura.spb.ru/pasport/index.html.

Все подчеркивания ниже сделаны автором. В оригиналах имеются две неточности, которые ниже воспроизведены (после них идет указание «[*Sic!*]»).

⁴⁴ Аристер Н.И. Предисловие // Мацкевич И.М., Власенко Н.А. Паспорт специальностей научных работников по юриспруденции. Проект и итоги / Отв. ред. Н.И. Аристер. С. 4.

Выдержки из паспорта научной специальности 12.00.03

Версия 2001 г.

Формула специальности:

Содержанием специальности 12.00.03 – «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» является исследование системы имущественных и личных неимущественных отношений, складывающихся в сфере гражданского (в том числе предпринимательского) оборота брачно-семейных отношений, а также имущественных, личных неимущественных отношений, включая брачно-семейные, с участием иностранного элемента.

Область исследования:

<...>

Международное частное право

1. Предмет и метод международного частного права. Система международного частного права.
2. Источники международного частного права.
3. Международная унификация частного права.
4. Коллизионная норма: понятие, структура, особенности. Виды коллизионных норм. Применение и толкование коллизионных норм.
5. Применение иностранного права. Публичный порядок и императивные нормы.
6. Субъекты международного частного права (гражданско-правовой статус физических и юридических лиц: личный закон, национальный режим и режим наибольшего благоприятствования). Участие государства в отношениях, регулируемых нормами международного частного права (частноправовые отношения и иммунитет государства).
7. Иностранные инвестиции. Иностранная валюта и валютные ценности.
8. Право собственности и иные вещные права в международном частном праве.
9. Внешнеторговая сделка: понятие, порядок подписания и форма.
10. Общие коллизионные вопросы обязательств, возникающих из внешнеторговых сделок. Принцип автономии воли сторон.
11. Внешнеэкономическая деятельность: договор международной купли-продажи; договор строительного подряда о возведении объектов недвижимости за рубежом; международные перевозки грузов, пассажиров и багажа; договоры об оказании посреднических услуг; международные расчетные и кредитные отношения; договоры в сфере международной биржевой, страховой деятельности, рынка ценных бумаг.
12. Обязательства, возникающие вследствие причинения вреда и неосновательного обогащения в международном частном праве.
13. Исключительные права (интеллектуальная и промышленная собственность) в международном частном праве.
14. Наследование в международном частном праве.
15. Проблемы правового регулирования брачно-семейных отношений международного характера. Коллизионные вопросы заключения и расторжения брака. Коллизионные вопросы взаимоотношений между членами семьи. Защита прав и интересов детей в международном частном праве.
16. Международный гражданский процесс: процессуальное положение иностранных граждан и организаций; международная подсудность; судебные поручения и исполнение решений иностранных судов. Нотариальные действия. Легализация.
17. Международный и коммерческий арбитраж.

Версия 2011 г.**Формула специальности:**

Содержанием специальности 12.00.03 – «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» является исследование и разработка предложений по совершенствованию гражданского и предпринимательского права, норм семейного права и международного частного права, исследование их источников, законности в этой сфере. Изучению в рамках данной специальности подлежат федеральное законодательство Российской Федерации и законодательство зарубежных стран, системы договорных, обязательственных, брачно-семейных и наследственных отношений, имущественных и личных неимущественных отношений в сфере интеллектуальной собственности, а также отношений в сфере контрактного права и международного частного права.

Важными направлениями в рамках указанных областей исследования по данной специальности являются предмет и методы правового регулирования, формы и методы государственного управления, контроля и надзора, правовой режим охраны и защиты прав и законных интересов правообладателей, охрана семейно-брачных отношений, исследование коллизионных норм права, анализ разрешения гражданско-правовых и семейных споров в делах с участием иностранцев.

Области исследований:

<...>

4. Международное частное право:

- 4.1. Предмет, метод и принципы международного частного права. Система международного частного права.
- 4.2. Источники международного частного права.
- 4.3. Унификация и гармонизация частного права.
- 4.4. Коллизионная норма: понятие, структура, особенности. Виды коллизионных норм. Применение и толкование коллизионных норм.
- 4.5. Применение иностранного права. Публичный порядок и императивные нормы.
- 4.6. Субъекты международного частного права. Участие государства в отношениях, регулируемых нормами международного частного права.
- 4.7. Иностранные инвестиции. Иностранная валюта и валютные ценности.
- 4.8. Право собственности и другие вещные права в международном частном праве.
- 4.9. Сделки международного характера.
- 4.10. Общие коллизионные вопросы обязательств, возникающих из внешнеэкономических сделок. Принцип автономии воли сторон и закон наиболее тесной связи.
- 4.11. Внешнеэкономическая деятельность: договор международной купли-продажи; договор строительного подряда о возведении объектов недвижимости за рубежом; договор международной перевозки грузов, пассажиров и багажа; договоры об оказании посреднических услуг; договоры в сфере международной биржевой, страховой деятельности, рынка данных бумаг; международные расчетные и кредитные отношения.
- 4.12. Внедоговорные отношения в международном частном праве.
- 4.13. Международное право интеллектуальной собственности, предмет, структура и источники.
- 4.14. Международная система охраны интеллектуальной собственности: органы, их правовой статус. Институты международного права интеллектуальной собственности в мире, Европейском Союзе, Содружестве Независимых Государств.

- 4.15. Объекты и субъекты международного права интеллектуальной собственности.
- 4.16. Интеллектуальные права в международном частном праве.
- 4.17. Национальный режим правовой охраны интеллектуальной собственности.
- 4.18. Правовой статус российских правообладателей интеллектуальной собственности за рубежом и иностранцев-правообладателей интеллектуальной собственности в Российской Федерации.
- 4.19. Правовые коллизии в международном праве интеллектуальной собственности и способы их разрешения.
- 4.20. Таможенный режим защиты интеллектуальной собственности.
- 4.21. Наследование в международном частном праве.
- 4.22. Брачно-семейные отношения в международном частном праве.
- 4.23. Международный гражданский процесс: процессуальное положение иностранных граждан и организаций; международная юрисдикция; судебные поручения и исполнение решений иностранных судов. Нотариальные действия. Легализация. Защита нарушенных и оспариваемых прав. Национальный режим правовой защиты интеллектуальной собственности. Международный коммерческий арбитраж.

Версия 2015 г. (действующая)

Области исследований:

<...>

4. Международное частное право

4.1. Понятие международного частного права. Иностраный элемент в международном частном праве. Предмет международного частного права. Проблема метода регулирования в международном частном праве. Взаимодействие коллизионного и материально-правового способов регулирования. Юридическая природа международного частного права. Соотношение международного частного и международного публичного права. Международное частное право в системе национального права. Система международного частного права.

4.2. Источники международного частного права. Доктрина международного частного права и ее юридическое значение. Развитие науки МЧП, ее роль в условиях расширения внешнеэкономических связей, значимости иностранных инвестиций, расширения контактов с иностранными гражданами.

4.3. Коллизионный метод. Понятие, функции и юридическая природа коллизионной нормы. Структура коллизионной нормы. Виды коллизионных норм. Типы коллизионных привязок. Адаптация коллизионных норм к требованиям современного гражданского оборота. Объединения и «цепочки» коллизионных норм. Толкование и применение коллизионных норм. Конфликт квалификаций. Предварительный коллизионный вопрос.

4.4. Сверхимперативные нормы (нормы непосредственного применения). Сверхимперативные нормы страны суда и иностранных государств. Оговорка о публичном порядке. Обратная отсылка и отсылка к праву третьей страны. Принцип взаимности. Концепция обхода закона в международном частном праве.

Территориальное и экстерриториальное действие правовых норм. Установление содержания иностранного права.

4.5. Метод унифицированного материально-правового регулирования. Способы материально-правовой унификации. Международный договор и его виды. Своды правовых норм, модельные и типовые законы. Обычаи, обыкновения, типовые контракты. Теория *lex mercatoria*, ее современное состояние.

4.6. Субъекты международного частного права. Физические лица: личный закон физического лица; правовые режимы, определяющие положение иностранных лиц и лиц без гражданства. Юридические лица: личный закон и национальность юридического лица. Правовые режимы, определяющие положение иностранных юридических лиц. Участие государства в гражданско-правовых отношениях, осложненных иностранным элементом. Иммунитет государства. Понятие и виды юрисдикционных иммунитетов государств и международных организаций. Теории абсолютного и ограниченного иммунитета.

4.7. Вещные права в международном частном праве. Вещно-правовой статут, способы его определения и сфера действия. Коллизионные вопросы права собственности и иных вещных прав. Право, применимое к возникновению и прекращению права собственности по сделке. Защита вещных прав. Защита собственности Российской Федерации за рубежом.

Проблема национализации в международном частном праве. Правовой режим иностранных инвестиций.

4.8. Права на охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации в международном частном праве: авторское право, смежные с авторскими права, патентное право, право на товарный знак и знак обслуживания, право на наименование места происхождения товара. Принцип территориального действия исключительных прав. Унифицированное материально-правовое регулирование различных видов интеллектуальных прав. Роль принципа национального режима. Коллизионный статут исключительного права.

4.9. Договорные обязательства в международном частном праве. Право, подлежащее применению к договорным обязательствам. Принцип автономии воли сторон. Соглашение о выборе применимого права. Принцип характерного исполнения обязательства, его отражение в российском коллизионном праве. Соотношение принципа наиболее тесной связи с принципа [*Sic!*] характерного исполнения. Сфера действия договорного статута.

4.10. Отдельные виды договорных обязательств в международном частном праве. Договор международной купли-продажи товаров. Договор международного финансового лизинга. Договор международного подряда. Договоры с участием граждан-потребителей. Договор международного факторинга. Договор международной перевозки.

Расчетно-кредитные отношения в международном частном праве. Банковская гарантия.

4.11. Внедоговорные обязательства в международном частном праве. Унифицированное материально-правовое и коллизионное регулирование обязательств вследствие причинения вреда. Понятие и коллизионное регулирование трансграничных деликтов. Специальные виды деликтов. Коллизионное регулирование иных внедоговорных обязательств. Сфера действия принципа автономии воли сторон внедоговорных обязательств.

4.12. Наследственное право в международном частном праве. Унифицированное материально-правовое и коллизионное регулирование наследственных отношений. Наследование по закону и по завещанию. Право, применимое к форме завещания. Системы единого и двойственного наследственного статута. Договоры о правовой помощи по гражданским делам.

4.13. Семейные отношения, осложненные иностранным элементом. Источники правового регулирования. Право, применимое к основным институтам семейного права (заключение и расторжение брака, отношения между супругами, между родителями и детьми, взыскание алиментов, усыновление).

4.14. Трудовые отношения, осложненные иностранным элементом. Источники правового регулирования. Право, применимое к основным институтам трудового права. Коллизионное регулирование трудового договора и коллективных договоров. Унифицированное материально-правовое регулирование трудовых отношений.

4.15. Международный гражданский процесс. Место международного гражданского процессуального права в системе права и правоправления. Источники правового регулирования. Международная подсудность дел, осложненных иностранным элементом. Правовое положение иностранных лиц в гражданском процессе. Судопроизводство по делам с участием иностранных лиц. Судебные поручения. Признание и исполнение иностранных судебных решений.

Нотариальные действия в международном частном праве.

4.16. Международный коммерческий арбитраж, его правовая природа. Правовое регулирование деятельности международного коммерческого арбитража. Арбитражное соглашение. Определение применимого права в международном коммерческом арбитраже. Признание и исполнение решений международного коммерческого арбитража.

Выдержки из паспорта научной специальности 12.00.15

Ниже приводятся именно те положения, которые имеют связь с МЧП и МКА (подчеркивания сделаны автором).

Версия 2001 г.

Формула специальности:

Содержанием специальности 12.00.15 – «Гражданский процесс; арбитражный процесс» являются общественные отношения, возникающие в области гражданского и арбитражного судопроизводства, как в Российской Федерации, так и в зарубежных государствах, их правовая регламентация в историческом развитии, современном состоянии и перспективах регулирования, а также общественные и правовые отношения, возникающие при осуществлении защиты прав, свобод и охраняемых законом интересов, связанных с гражданским судопроизводством в сфере правоохранительной деятельности государства и альтернативных государственному судопроизводству форм защиты права: нотариате, третейских судах, иных несудебных формах защиты права.

Область исследования:

<...>

11. Судопроизводство с участием иностранного элемента.

12. Несудебные формы защиты права, третейское судопроизводство в России и зарубежных странах.

<...>

Версия 2011 г.

Формула специальности:

Содержанием специальности 12.00.15 – «Гражданский процесс; арбитражный процесс» являются общественные отношения, возникающие в области гражданского и арбитражного судопроизводства, исполнительного производства, как в Российской Федерации, так и в зарубежных государствах, их правовая регламентация в историческом развитии, современном состоянии и перспективах регулирования; защита прав, свобод и охраняемых законом интересов, связанных с гражданским судопроизводством в сфере правоохранительной деятельности государства и альтернативных государственному судопроизводству форм.

Важными направлениями в рамках указанных областей исследования по данной специальности являются объект и субъекты правового [Sic!] регулирования, формы и методы государственного управления, контроля и надзора в области гражданского и арбитражного судопроизводства, исполнительного производства, защита прав, свобод и охраняемых законом интересов в нотариате, третейских судах, иных несудебных формах защиты права, медиация.

Области исследований:

1. Гражданский процесс:

<...>

1.12. Судопроизводство с участием иностранного элемента.

<...>

2. Арбитражный процесс:

<...>

2.9. Несудебные формы защиты, третейские суды, медиация в России и зарубежных странах.

Версия 2015 г. (действующая)

Формула специальности:

Содержание специальности 12.00.15 – «Гражданский процесс; арбитражный процесс» объединяет предмет и метод гражданского процессуального права, который включает в себя общественные отношения, возникающие в области гражданского и административного судопроизводства в судах общей юрисдикции и арбитражных судах, в области исполнительного производства, как в Российской Федерации, так и в зарубежных государствах, их правовую регламентацию в историческом развитии, современное состояние и перспективы развития; проблемы защиты публичных и частных интересов в сфере гражданского и административного судопроизводства и альтернативных государственному судопроизводству форм.

Предмет научных исследований составляют проблемы, категории, понятия, гипотезы, идеи, модели, конструкции, отражающие современный уровень знаний об общих закономерностях возникновения, развития и функционирования гражданского и административного судопроизводства в судах общей юрисдикции и арбитражных судах, в области исполнительного производства и несудебной защиты гражданских прав.

Предмет научных исследований включает:

<...>

– минимальные стандарты справедливого судебного разбирательства и их значение для арбитражного разбирательства, примирительных процедур;

– особенности реализации норм гражданского процессуального права, административного судопроизводства, особенности юридических фактов и фактических составов, влияющих на динамику цивилистического процесса и административного судопроизводства, проблема судебного усмотрения в цивилистическом процессе и административном судопроизводстве;

<...>

– влияние материального права на развитие гражданского процесса, административного судопроизводства, несудебных юрисдикций, новые формы исковой защиты и дальнейшая дифференциация процессуальной формы в судах общей юрисдикции и арбитражных судах;

<...>

– проблемы исполнительного производства, защиты прав, свобод и охраняемых законом интересов в нотариальном производстве, третейских судах и международном коммерческом арбитраже, иных несудебных формах защиты права, в примирительных и досудебных процедурах урегулирования конфликтов, включая медиацию;

– исследование в сравнительно-правовом плане иностранного цивилистического процесса, административного судопроизводства, исполнительного производства, несудебных форм гражданской юрисдикции, включая международный коммерческий арбитраж и примирительные процедуры, применяемые за рубежом;

– исследование международного гражданского процесса, международного исполнительного производства, деятельности органов международного правосудия, их взаимосвязи и влияние на современные российский гражданский и арбитражный процессы и исполнительное производство, несудебные формы защиты прав;

– разрешение споров в рамках ВТО, влияние вступления в ВТО на российскую юрисдикционную систему и цивилистический процесс;

– российская юрисдикционная система в условиях конкуренции основных юрисдикционных систем нашей планеты: ее достоинства и недостатки, пути их преодоления;

<...>

Области исследований:

1. Гражданское судопроизводство:

<...>

1.6. Судебная форма защиты права. Несудебные формы защиты, третейские суды, медиация в России и зарубежных странах.

<...>

1.13. Судопроизводство с участием иностранных лиц.

<...>

4. Несудебные гражданские юрисдикции:

4.1. Основные способы снижения нагрузки на государственную судебную систему. Формы стимулирования разрешения споров во внесудебном и досудебном порядке. Публично-правовые и частно-правовые несудебные гражданские юрисдикции: соотношение, возможности использования и перспективы развития.

<...>

4.3. Международные коммерческие арбитражи и третейские суды в системе гражданской юрисдикции. Преимущества и недостатки арбитражного (третейского) разбирательства. Принципы арбитражного (третейского) разбирательства.

4.4. Минимальные стандарты справедливого разбирательства в международном коммерческом арбитраже и третейском суде. Арбитражное соглашение. Проблемы определения компетенции международных коммерческих арбитражей и третейских судов. Обеспечительные меры в арбитражном (третейском) разбирательстве.

4.5. Законная сила актов международных коммерческих арбитражей и третейских судов. Преюдициальное значение арбитражных решений. Проблемы исполнения арбитражных решений и решений третейских судов.

4.6. Нотариат в системе гражданской юрисдикции. Основные мировые системы нотариата. Публично-правовой характер нотариальной деятельности. Принципы организации и осуществления нотариальной деятельности.

4.7. Отличие нотариата от других форм оказания юридической помощи. Особый характер нотариальных функций. Место законодательства о нотариате в правовой системе России. Компетенция нотариусов и других лиц, совершающих нотариальные действия.

4.8. Доказательственная и исполнительная сила нотариальных актов, формы их оспаривания. Основные проблемы современного нотариата и возможные направления совершенствования нотариата и нотариальной деятельности.

5. Примирительные процедуры и медиация:

<...>

6. Международный гражданский процесс:

6.1. Принципы международного гражданского процессуального права. Унификация и гармонизация в сфере международного гражданского процесса.

6.2. Источники международного гражданского процессуального права: наднациональное право, международные договоры, «мягкое» право, национальные источники.

6.3. Публичный порядок в международном гражданском процессе.

6.4. Доказательства в международном гражданском процессе.

6.5. Компетенция судов в сфере международного гражданского процесса: современные тенденции.

6.6. Процессуальные вопросы трансграничной несостоятельности.

6.7. Международное исполнительное производство. Основные способы признания иностранных судебных и арбитражных актов. Правовые режимы признания иностранных судебных и арбитражных актов, объекты признания.

7. Основные мировые системы цивилистического процесса и административного судопроизводства и российский гражданский процесс:

<...>

7.3. Конкуренция основных юрисдикционных систем на нашей планете: причины, проявления, следствия. Оценка конкуренции юрисдикционных систем в докладах *Doing business*, взгляд со стороны системы гражданского (континентального) права. Российская юрисдикционная система в условиях конкуренции правовых систем.

<...>

7.5. Международное правосудие: основные международные суды, их организация, статус решений. Взаимодействие международного и российского правосудия.

<...>

Какие же юридико-технические выводы можно сделать по итогам изучения этих выдержек? Их, конечно же, немало. Вот лишь некоторые:

1) от версии к версии объем паспортов увеличивается. Классификация, как и положение в науковедении, развивается. Особенно это верно в отношении версии 2015 г.;

2) очень забавно выглядит формулировка в паспорте по специальности 12.00.03 в версии 2001 г.: «Международный и коммерческий арбитраж»;

3) в паспорте специальности 12.00.03 развитие классификации в отношении вопросов международного гражданского процесса видно, но оно явно отстает от классификации в отношении коллизионных вопросов и вопросов материально-правовых отношений с иностранным элементом. Между тем в паспорте специальности 12.00.15 версии 2015 г. детализация вопросов международного гражданского процесса усиливается в разы. И раздел о международном гражданском процессе в паспорте специальности 12.00.15 версии 2015 г. обширнее, нежели в аналогичном паспорте специальности 12.00.03;

4) в паспортах этих двух специальностей в каждой версии имеется немало дублирующих моментов применительно к вопросам международного гражданского процесса;

5) изначально упоминание о МКА содержалось только в паспорте специальности 12.00.03 версии 2001 г. и 2011 г.

В то время в праве и литературе РФ третейские суды резко противопоставлялись МКА: первые считались рассчитанными скорее на внутренний оборот, а второй – скорее на трансграничный.

При этом в паспорте специальности 12.00.15 версии 2001 г. и 2011 г. речь шла именно о третейских судах в РФ и за рубежом.

Видимо, именно поэтому, например, диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук М.А. Дубровиной по теме «Международный коммерческий арбитраж в Швейцарии» была защищена в 2001 г. в МГУ им. М.В. Ломоносова по специальности 12.00.15. По ней же в 2004 г. в Саратовской государственной академии права была защищена диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук А.И. Зайцева по теме «Третейское судопроизводство России (проблемные аспекты)».

В версии же паспорта 2015 г. к третейским судам добавилось множество упоминаний о МКА;

6) в паспорте специальности 12.00.15 версии 2015 г. МКА два раза упомянут прямо уже именно в «Формуле специальности». Кроме того, там же имеется несколько формулировок, охватывающих МКА;

7) любопытно сравнить версии 2015 г. двух паспортов в отношении именно МКА и вообще третейского разбирательства:

12.00.03	12.00.15
<p>4. Международное частное право <...> 4.16. <u>Международный коммерческий арбитраж, его правовая природа. Правовое регулирование деятельности международного коммерческого арбитража. Арбитражное соглашение. Определение применимого права в международном коммерческом арбитраже. Признание и исполнение решений международного коммерческого арбитража.</u></p>	<p>1. Гражданское судопроизводство: <...> 1.6. Судебная форма защиты права. <u>Несудебные формы защиты, третейские суды, медиация в России и за рубежомных странах.</u> <...> 4. Несудебные гражданские юрисдикции: 4.1. Основные способы снижения нагрузки на государственную судебную систему. <u>Формы стимулирования разрешения споров во внесудебном и досудебном порядке. Публично-правовые и частно-правовые несудебные гражданские юрисдикции: соотношение, возможности использования и перспективы развития.</u> <...> 4.3. <u>Международные коммерческие арбитражи и третейские суды в системе гражданской юрисдикции. Преимущества и недостатки арбитражного (третейского) разбирательства. Принципы арбитражного (третейского) разбирательства.</u></p>

	<p><u>4.4. Минимальные стандарты справедливого разбирательства в международном коммерческом арбитраже и третейском суде. Арбитражное соглашение. Проблемы определения компетенции международных коммерческих арбитражей и третейских судов. Обеспечительные меры в арбитражном (третейском) разбирательстве.</u></p> <p><u>4.5. Законная сила актов международных коммерческих арбитражей и третейских судов. Преюдициальное значение арбитражных решений. Проблемы исполнения арбитражных решений и решений третейских судов.</u></p> <p><...></p> <p><u>6. Международный гражданский процесс:</u></p> <p><...></p> <p><u>6.7. Международное исполнительное производство. Основные способы признания иностранных судебных и арбитражных актов. Правовые режимы признания иностранных судебных и арбитражных актов, объекты признания.</u></p>
--	---

Помимо разницы в объемах, бросаются в глаза два дублирования в них: в отношении арбитражного соглашения, а также исполнения арбитражных решений;

8) три формулировки в паспорте специальности 12.00.15 версии 2015 г. применительно к МКА некорректны в свете Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон об арбитраже).

В п. 2 ст. 2 «Основные понятия, используемые в настоящем Федеральном законе» говорится:

«2) арбитраж (третейское разбирательство) – процесс разрешения спора третейским судом и принятия решения третейским судом (арбитражного решения);».

Иными словами, с 1 сентября 2016 г., когда Федеральный закон об арбитраже вступил в силу, арбитраж – это процесс.

А в указанном паспорте упоминаются: международные коммерческие арбитражи в системе гражданской юрисдикции; проблемы определения компетенции международных коммерческих арбитражей; законная сила актов международных коммерческих арбитражей.

И вот что в итоге получается: «международные коммерческие процессы разрешения спора третейским судом и принятия решения третейским судом в системе гражданской юрисдикции»; «проблемы определения компетенции международных коммерческих процессов разрешения спора третейским судом и принятия решения третейским судом»; «законная сила актов международных коммерческих процессов разрешения спора третейским судом и принятия решения третейским судом».

Звучит все это не очень удачно.

Не вполне теперь корректна и формулировка «Минимальные стандарты справедливого разбирательства в третейском суде». Под «третейским судом» в п. 16 ст. 2 Федерального

закона об арбитраже понимается лишь «*единоличный арбитр или коллегия арбитров*». Так что как быть с администрированием арбитража, которое сейчас четко противопоставляется процессу разрешения спора третейским судом и принятия им решения?

Понятно, что указанный паспорт был утвержден в первой половине 2015 г., а Федеральный закон об арбитраже принят в конце 2015 г., но ведь о проекте такого закона было известно с 2014 г., а внесен в Государственную Думу Правительством РФ он был в мае 2015 г. Эксперты ВАК должны были это знать;

9) впрочем, в данном плане имеются неудачные формулировки и в паспорте специальности 12.00.03: сегодня уже некорректно говорить о деятельности международного коммерческого арбитража или о признании и исполнении решений международного коммерческого арбитража. У процесса не может быть деятельности или решений;

10) также любопытно сравнить версии 2015 г. двух паспортов в отношении вопросов международного гражданского процесса:

12.00.03	12.00.15
<p>4.15. Международный гражданский процесс. Место международного гражданского процессуального права в системе права и правоповедения. Источники правового регулирования. Международная подсудность дел, осложненных иностранным элементом. Правовое положение иностранных лиц в гражданском процессе. Судопроизводство по делам с участием иностранных лиц. Судебные поручения. Признание и исполнение иностранных судебных решений.</p>	<p>6. Международный гражданский процесс: 6.1. Принципы международного гражданского процессуального права. Унификация и гармонизация в сфере международного гражданского процесса. 6.2. Источники международного гражданского процессуального права: наднациональное право, международные договоры, «мягкое» право, национальные источники. 6.3. Публичный порядок в международном гражданском процессе. 6.4. Доказательства в международном гражданском процессе. 6.5. Компетенция судов в сфере международного гражданского процесса: современные тенденции. 6.6. Процессуальные вопросы трансграничной несостоятельности. 6.7. Международное исполнительное производство. Основные способы признания иностранных судебных и арбитражных актов. Правовые режимы признания иностранных судебных и арбитражных актов, объекты признания.</p>

Как видно, все то же самое, что и в отношении МКА: паспорт специальности 12.00.15 версии 2015 г. гораздо обширнее, и дублирование также имеет место.

7. Когда и как принимались ныне действующие паспорта?

А как принимались такие радикальные изменения в паспорт специальности 12.00.15 версии 2015 г., особенно в отношении МКА?

Ответ, в общем-то, несложно найти в публичных источниках. Было несколько фаз, и в деталях каждую из них рассматривать смысла не имеет. Вот лишь некоторые важные моменты.

Рабочей группой при Экспертном совете ВАК по праву был подготовлен проект паспортов специальностей научных работников по юриспруденции (в ред. от 20 мая 2013 г.), обсуждение которого стало главной темой IV координационного совещания руководителей диссертационных советов по юриспруденции (25 мая 2013 г. в Саратовской государственной юридической академии). В процессе работы над проектом в 2013 г. в адрес рабочей группы по праву было направлено более 50 документов от специалистов различных научных и высших учебных учреждений, в том числе и членов Экспертного совета. Затем работа над проектом была приостановлена по причине начавшейся судебной реформы (печально известной ликвидации ВАС РФ в пользу ВС РФ) и вызванной этим неопределенности в части внесения корректировок в отдельные специальности (например, 12.00.15). Однако с марта 2014 г. работа над новой редакцией паспортов возобновилась. В основном она проводилась силами Экспертного совета ВАК по праву, научными сотрудниками Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, учеными и специалистами иных учреждений в РФ. Подготовленный итоговый вариант проекта паспортов был обсужден на V координационном совещании руководителей диссертационных советов по юриспруденции 24 мая 2014 г. в Саратове⁴⁵.

Наконец, как уже ранее говорилось, Президиум ВАК 30 января 2015 г. рекомендовал Министерству образования и науки РФ утвердить новые паспорта по юридическим наукам (рекомендация № 3/80⁴⁶). А как и когда Министерство их утвердило, неведомо.

При этом, как говорится в работе, указанной в сн. 45, основные предложения по добавлению проблематики МКА и международного гражданского процесса в проект паспорта специальности 12.00.15 имели место еще в 2013 г.: *«Например, в направления исследований по данной специальности добавлены такие вопросы, как: изучение иностранного цивилистического процесса, административного судопроизводства, исполнительного производства, несудебных форм гражданской юрисдикции, включая международный коммерческий арбитраж и примирительные процедуры, применяемые за рубежом; исследование международного гражданского процесса...»*⁴⁷

Как можно понять из этого издания (хотя и косвенно), авторами таких изменений являлись в том числе Уральская государственная юридическая академия (В.В. Ярков) и Российская академия правосудия (С.В. Никитин): их позиция *«полностью вошла в проект паспорта в редакции от 4 июня 2014 г.»*⁴⁸ (тут можно ошибаться, не имея доступ к непубличным первоисточникам).

Очевидно и то, что на упомянутых выше совещаниях позиция представителей специальности 12.00.03 серьезно представлена не была. Впрочем, такое разве важно? Ведь раз так, то вполне можно считать, что им это представительство и не было нужно. Иначе бы оно место имело.

⁴⁵ Почти все сведения в данном абзаце взяты в том числе из следующего издания: Мацкевич И.М., Власенко Н.А. Паспорт специальностей научных работников по юриспруденции. Проект и итоги / Отв. ред. Н.И. Аристер. С. 5–12.

⁴⁶ Там же. С. 180.

⁴⁷ Там же. С. 8.

⁴⁸ Там же. С. 139; см. там же с. 9–10.

8. Выводы: повороты судеб МЧП и МКА в СССР и РФ через призму изменений Номенклатуры и паспортов. Существующие вопросы и варианты ответов на них

Однако пора уже на основе всего вышеизложенного сделать некоторые выводы.

1. Появление в 1965 г. указания на МЧП в Номенклатуре – отражение как понимания в СССР важности МЧП для развития внешнеэкономических связей, так и успехов в развитии МЧП как науки.

По этим же самым причинам в Основах гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. закрепился раздел VIII «Правоспособность иностранцев и лиц без гражданства. Применение гражданских законов иностранных государств, международных договоров и соглашений».

Заслуги в обеспечении и первого, и второго принадлежат прежде всего профессору Л.А. Лунцу.

2. Исследования МКА наукой не являются.

Во-первых, если бы они стали наукой, то указание на МКА в Номенклатуре имело бы.

Во-вторых, если бы они были наукой, то существовало бы сообщество исследователей, мнение которого при разработке паспорта специальности 12.00.15 версии 2015 г. имело бы значение.

3. Однако нет сомнений в том, что исследования МКА – пока что подраздел науки, созревающий в российских условиях до нового уровня.

Но какой именно науки?

С конца 40-х годов XX в. до 2015 г. все было понятно и однозначно: подраздел, часть именно и исключительно науки МЧП. Это следовало и из паспорта специальности 12.00.03 версий 2001 г. и 2011 г.

Теперь же МКА много раз упоминается и в паспорте специальности 12.00.15 версии 2015 г., из чего следует вывод, что исследования МКА – также часть науки гражданского и (или) арбитражного процесса.

4. В этом плане с лингвистической и стилистической точки зрения МКА, возможно, немного не повезло.

В самом деле, не очень удачно звучит: «Исследования международного коммерческого арбитража являются частью науки арбитражного процесса».

5. Паспорт специальности 12.00.15 версии 2015 г. применительно к МКА, а также упоминание об арбитражном соглашении как в нем, так и в паспорте специальности 12.00.03 – свидетельство в пользу того, что теперь в РФ в отношении МКА в научном контексте четко преобладает смешанная доктрина.

В МКА стали усматривать сложное сочетание различных гражданских, международно-частноправовых и процессуальных категорий.

В то же время многочисленные упоминания о МКА в действующем паспорте специальности 12.00.15 и сравнение его с действующим паспортом специальности 12.00.03 свидетельствуют о том, что отныне баланса между двумя видами этих категорий в указанном контексте отнюдь не наблюдается: серьезный акцент в отношении МКА делается именно на процессуальной его стороне.

Кстати, в последние десятилетия на международном уровне и среди развитых государств получило широкое распространение смешанная «юрисдикционно-договорная» те-

ория арбитража⁴⁹, в которой поддерживается подлинный баланс между различными сторонами МКА, а в наиболее либеральных юрисдикциях акцент даже часто переносится на его договорную сторону.

Несомненно, что различия между российским и западными подходами к МКА действующий паспорт специальности 12.00.15 лишь углубляет и усугубляет.

6. Благодаря действующему паспорту специальности 12.00.15 сегодня происходит опущивание МКА.

Такова, к сожалению, текущая конъюнктура в РФ, от которой не укрыться никому.

7. Ныне действующие паспорта специальностей 12.00.03 и 12.00.15 серьезно дублируют друг друга применительно к вопросам международного гражданского процесса.

Это ставит на повестку дня немало теоретических и практических проблем.

8. Изначально в первых двух паспортах специальности 12.00.15 говорилось о третейских судах в РФ и за рубежом, которые понимались как внутринациональный институт, отличный от МКА.

К МЧП считался относящимся именно МКА, а не арбитраж внутренних споров.

А поскольку теперь в действующем паспорте специальности 12.00.15 говорится немало и о МКА, то возникает вопрос: а не перейдут ли со временем все вопросы МКА из специальности 12.00.03 в специальность 12.00.15?

Почему нет, такая возможность сохраняется.

Аналогичный вопрос можно задать и в отношении международного гражданского процесса. И ответ будет тем же самым: есть риск того, что с течением времени вопросы такого процесса могут перетекать в сферу специальности 12.00.15.

9. Подобно тому как в 1977 г. МЧП было отделено в Номенклатуре от международного права, сегодня мы наблюдаем процесс отделения МКА от специальности 12.00.03. Все изменяется, а также повторяется.

Если однажды МЧП отделилось от международного публичного права, то что же мешает отделению МКА от МЧП?

Другой вопрос, что такое отделение происходит сейчас не так резко, как в случае с МЧП и международным правом.

Во-первых, специальность 12.00.15 и ранее охватывала вопросы третейского разбирательства.

Во-вторых, указания на МКА в ныне действующем паспорте специальности 12.00.03 сохраняются, правда, всего по пяти вопросам.

Стало ли такое отделение травмой для специальности 12.00.03 и представителей МЧП и МКА? Вряд ли.

Во-первых, МЧП в научном плане занимается в РФ не так уж много лиц.

Во-вторых, ученые по специальности 12.00.03 (в целом) больше занимаются МКА на практике: там их ключевой интерес, а не в паспортах и уже тем более не в Номенклатуре.

Далее, окажется ли возможный перенос вопросов международного гражданского процесса в специальность 12.00.15 из специальности 12.00.03 для последней болезненным?

По тем же самым причинам уверенности в этом нет.

10. В СССР перемещение вопросов МКА или международного гражданского процесса в сферу, которая сегодня охватывается специальностью 12.00.15, было просто невозможным.

⁴⁹ См., например: *Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kröll St.M. Comparative International Commercial Arbitration – Kluwer Law International, 2003. P. 79–80.*

Благодаря монополии внешней торговли и изолированности СССР международный гражданский процесс и прежде всего МКА занимали в системе советского права отдельное уникальное положение. Между ними и другими отраслями права СССР «железного занавеса», конечно же, не было, но определяющая их природу идеология изоляционизма все же ставила и их особняком, а также позволяла им развиваться в достаточно комфортных и уникальных условиях.

Но сейчас иные времена, монополии внешней торговли более нет, ввиду чего статус международного гражданского процесса и МКА не мог не понизиться, так что претендовать на особое положение они больше не могут.

Кстати, если в советские времена государство было кровно заинтересовано в стимулировании развития научных исследований по вопросам МЧП и МКА, то теперь такого интереса нет: органы власти больше интересуют сугубо прагматические их аспекты, вне серьезной науки.

11. Представители специальности 12.00.03 смогли в 2010–2011 гг., объединившись, не допустить переноса указания на МЧП в специальность 12.00.10.

Однако похоже на то, что историю с переносом многих вопросов международного гражданского процесса и МКА в специальность 12.00.15 в 2013–2015 гг. они даже не заметили.

Отстояв одно, утратили иное.

Причина не только в том, что ученых по специальности 12.00.03, которые занимаются действительно теорией, а не практикой международного гражданского процесса и МКА, не так уж и много.

Могла сыграть свою роль и развертывавшаяся в те годы реформа третейского регулирования в РФ⁵⁰, которой нельзя было не заниматься. На ее фоне указанный перенос проходил незамеченным.

Однако в любом случае пассивность большинства лиц, занимающихся МЧП и МКА, применительно к паспортам явно налицо.

12. Изменения формулировок в действующих паспортах специальностей 12.00.03 и 12.00.15 в отношении МКА ставят на повестку дня следующие вопросы:

1) можно ли теперь по специальности 12.00.03 защищать диссертации в отношении вопросов МКА, которые не упомянуты в паспорте специальности 12.00.03 (а указаны ныне там следующие: «Международный коммерческий арбитраж, его правовая природа. Правовое регулирование деятельности международного коммерческого арбитража. Арбитражное соглашение. Определение применимого права в международном коммерческом арбитраже. Признание и исполнение решений международного коммерческого арбитража»)?

Или нет?

Могут ли все такие иные вопросы охватываться следующей формулировкой в паспорте специальности 12.00.03: «*Правовое регулирование деятельности международного коммерческого арбитража*»?

О чем идет речь в этой формулировке?

⁵⁰ Закончившаяся принятием Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» и Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 409-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона „О саморегулируемых организациях“ в связи с принятием Федерального закона „Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации“».

Об источниках права в отношении МКА (акцент на слове «регулирование»)? Или же о любых институтах МКА (акцент на слове «деятельности»)?

Представляется, что толковать данную формулировку нужно расширительно, т.е. исходя из второго варианта (однако автор уже был свидетелем того, как диссертационные советы опасаются поступать так);

2) означает ли дублирование формулировок в двух паспортах в отношении арбитражного соглашения и признания и (или) приведения в исполнение решений, вынесенных в рамках МКА, то, что защищать диссертации надо сразу по двум специальностям (в совете, у которого уже есть компетенция по ним, или же при помощи разовой защиты)?

В свете только что сказанного думается, что нет. Едва ли есть какой-то смысл в обратном, особенно применительно к вопросам признания и (или) приведения в исполнения таких решений.

Правда, уже есть те, кто заявляют, что по специальности 12.00.03 теперь надо защищать диссертации в отношении частноправовых аспектов арбитражного соглашения, а по специальности 12.00.15 – в отношении его процессуальных аспектов.

В ответ на это не без иронии можно вспомнить слова Оскара Уайльда: “Those who see any difference between soul and body have neither”.

13. Но если по специальности 12.00.03 можно защищать диссертации в отношении вопросов МКА, которые не упомянуты в паспорте специальности 12.00.03, то как быть с вопросами, указанными в паспорте специальности 12.00.15?

Очень просто. В складывающихся ныне условиях разумно исходить из допущения конкурирующей компетенции – из возможности защиты диссертаций по процедурным вопросам МКА и по вопросам международного гражданского процесса также и по специальности 12.00.15.

Так, например, сейчас в Номенклатуре имеется специальность 12.00.07 «Корпоративное право; энергетическое право».

Но разве это мешает тому, чтобы защищать диссертации по вопросам корпоративного права также и по специальности 12.00.03? Налицо конкурирующая компетенция.

Кстати, так и ранее было во взаимоотношениях между специальностями 12.00.03 и 12.00.15. В паспорте специальности 12.00.15 версии 2001 г. имелось лишь следующее короткое указание: «11. Судопроизводство с участием иностранного элемента». И это позволяло защищать диссертации, например, по вопросам признания или приведения в исполнение иностранных судебных решений именно по такой специальности, а не по специальности 12.00.03, хотя именно в паспорте последней в тот период времени указывалось на «исполнение решений иностранных судов»⁵¹.

14. Однако если все-таки вдруг исходить из того, что дублирование формулировок в двух указанных паспортах приводит к необходимости защищать диссертации сразу по двум специальностям (а голоса в пользу этого уже активно звучат), то это будет иметь далеко идущие последствия для соответствующих аспирантов, соискателей, докторантов, диссертационных советов, равно как и для различных аспектов финансирования в связи с деятельностью последних.

⁵¹ См., например: Сорокина С.С. Признание и приведение в исполнение решений иностранных судов на территории Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. М.: МГУ им. М.В. Ломоносова, 2004 (научный руководитель: д.ю.н. М.К. Треушников); Зайцев Р.В. Признание и приведение в исполнение в России иностранных судебных актов: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15. Екатеринбург: Уральская гос. юрид. академия, 2005 (научный руководитель: д.ю.н. В.В. Ярков); Конев Д.В. Признание и приведение в исполнение иностранных судебных актов по гражданским и торговым делам в Федеративной Республике Германия: Сравнительно-правовой анализ: 12.00.15. Екатеринбург: Уральская гос. юрид. академия, 2008 (научный руководитель: д.ю.н. В.В. Ярков).

Очевидно, что от изменения таких формулировок больше выигрывают в перспективе представители специальности 12.00.15, а не 12.00.03.

При этом сегодня в РФ, согласно сведениям по состоянию на август 2017 г., размещенным на сайте ВАК, имеется 14 советов по специальности 12.00.03, три совета по специальности 12.00.15 и еще шесть по обоим специальностям (некоторые из этих советов могут рассматривать диссертации и по иным специальностям).

Особенно чувствительным вопрос о паспортах специальностей 12.00.03 и 12.00.15 может быть для тех вузов, которые намерены развивать исследования в сфере МКА и МЧП в контексте цивилистики.

В итоге не исключен тот риск, что многие исследования по вопросам МКА и МЧП могут начать все больше тяготеть к специальности 12.00.15, отрываясь от специальности 12.00.03.

Структура таких исследований может начать серьезно искажаться, ведь вместо сферы диспозитивности, либеральности, транснациональности они будут оказываться в среде гораздо более императивной, консервативной, внутринациональной.

Более свободное обсуждение различных важных вопросов может быть заменено официальными и традиционалистическими рассуждениями, не нацеленными на развитие науки, а обусловленными озабоченностью политической конъюнктурой.

Советский опыт свидетельствует о том, что такое вполне возможно (правда, в СССР внутреннему гражданскому процессу не позволяли излишне вторгаться в вопросы МКА и МЧП).

15. Можно ли утверждать, что изменение формулировок в действующих паспортах специальностей 12.00.03 и 12.00.15 в отношении МЧП и МКА – «ползущая» подмена надлежащего процесса внесений изменений в Номенклатуру?

Ответ должен быть утвердительным.

К сожалению, сегодня механизм «Номенклатура – паспорта» функционирует неидеально.

Ныне акцент делается не на прозрачной процедуре изменения Номенклатуры, а на во многом кулуарной правке паспортов, поэтому именно что «ползущая» подмена Номенклатуры паспортами место имеет.

Можно также утверждать, что ВАК и разработчики паспортов невольно понимают один из элементов слова «таксономия» (оно происходит от двух греческих слов – τάξις («строй», «порядок») и νόμος («закон»)) слишком буквально: они пытаются превратить паспорта в «закон», что просто некорректно.

16. При этом на будущее важно понимать, что перенос такого акцента неизбежно влечет меньшую прозрачность процесса классификации в науке.

Номенклатура сегодня – документ большой публичной значимости, имеющий статус нормативного акта.

Паспорта – более технические документы с непонятным статусом, процедура подготовки и изменения которых не установлена (см. выше разд. 5).

Между тем на практике паспортам придается огромная значимость. Они мимикрируют в том числе под нормативные акты.

Почему так происходит? Как уже объяснялось выше (см. разд. 5), так для лиц, администрирующих науку, проще и комфортнее.

Само собой, это недопустимо, ведь паспорта на деле призваны быть не более чем рекомендательными документами.

Кроме того, техническими документами занимаются не политики, а узкие эксперты, к прозрачности и публичности не склонные. Если же последние обладают еще и властными полномочиями, то шансы на прозрачность понижаются еще больше.

Безусловно, снижению уровня прозрачности в данных вопросах следует противодействовать.

В этих условиях большое значение приобретают вопросы научной этики, тем более что, как правило, нет такого ученого, у которого не было бы неудовольственного самолюбия (им это помогает в исследованиях).

17. Любопытно отметить, что реформа третейского регулирования в РФ исходила из необходимости распространения стандартов МКА на арбитраж внутренних споров.

В итоге Федеральный закон об арбитраже базируется в плане вопросов арбитража (но не его администрирования) на Законе РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже».

В то же время можно утверждать, что в случае с действующими паспортами специальностей 12.00.03 и 12.00.15 по сути оказывается все наоборот: специальность, которая традиционно занималась арбитражем внутренних споров, распространила свое влияние на МКА в большей степени, нежели та специальность, в которую десятилетиями входили вопросы МКА.

18. Все, что было ранее в СССР, повторяется, как видно из всего вышесказанного: проведение совещаний руководителей диссертационных советов, открытые письма, кулуарная борьба и т.д.

Но разве может быть, к сожалению, иначе?

«В процессе работы над проектом номенклатуры научных специальностей коллектив разработчиков столкнулся с рядом проблем, которые хотелось бы обозначить и высказать по ним следующие соображения. Составители сборника исходили из того, что формула научных специальностей вещь непостоянная — она развивается так же, как и юридическая действительность, в том числе и юридические науки.

Для нас было вполне предсказуемо то, что каждый из ученых отстаивал и переживал в большинстве случаев только за ту специальность, в которой лично был заинтересован. Многочисленные попытки воззвать к преодолению корпоративности, узконаправленного мышления и некоторой зашоренности практически не возымели последствий. На совещании доходило до курьезов — ученый, разгоряченный полемикой, вдруг в один миг успокаивался, когда узнавал, что его специальность остается в будущей номенклатуре в прежней редакции. Другие научные специальности его откровенно не интересовали, как и вся структура новой номенклатуры в целом, за редким исключением (Ю. А. Тихомиров). В крайнем случае, дело ограничивалось критикой рабочей группы, которая сводилась к тезису, что лучше бы вообще оставить все как есть.

Отчетливо прослеживалось стремление отдельных чиновников и даже некоторых министерств путем определенного давления добиться включения в номенклатуру так называемых ведомственных специальностей. Например, аграрного права, образовательного права. За такими предложениями совершенно очевидно прослеживалась активность некоторых ученых, которые не только не скрывали такой своеобразно ими понимаемой связи науки и практики, но и при всяком удобном случае подчеркивали свою возможность применения административных ресурсов. В таких ситуациях научная полемика иногда перемещалась из аудиторий в министерские кабинеты, что, к сожалению, не только не помогало поиску научной истины, но и вредило современной юридической науке. Можно сказать, что складывается новое направление научных дискуссий — дискуссии министерских кабинетов, в которых роль и значение ученого заметно меняются⁵². В самом деле, зачем нужна научная полемика непосредствен-

⁵² В оригинале: «меняется».

но между учеными, если кто-либо из них, имея доступ в тот или иной кабинет, имеет возможность попросить министра подписать письмо, в котором в ультимативной форме предлагается ввести или оставить ту или иную научную специальность. Такие действия опасны тем, что в конечном счете может случиться так, что единственным критерием введения научной специальности будет наличие соответствующего министерства или ведомства»⁵³.

Нет сомнений, что все это могло серьезно повлиять на перераспределение вопросов в паспортах специальностей 12.00.03 и 12.00.15 в отношении МКА и международного гражданского процесса, особенно на фоне пассивности лиц, занимающихся МЧП и МКА.

19. Есть еще один важный вопрос.

КС РФ в Постановлении от 26 мая 2011 г. № 10-П (абзац пятый п. 2) указал:

«Гарантируя государственную, в том числе судебную, защиту прав и свобод человека и гражданина, Конституция Российской Федерации одновременно закрепляет право каждого защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом (статья 45, часть 2). К числу таких – общепризнанных в современном правовом обществе – способов разрешения гражданско-правовых споров, проистекающих из свободы договора, которой наряду с автономией воли участников предпринимательской и иной экономической деятельности обуславливаются диспозитивные начала гражданско-правовых и гражданско-процессуальных отношений, относится обращение в третейский суд – международный коммерческий арбитраж или внутренний третейский суд (постоянно действующий третейский суд или третейский суд, образованный сторонами для решения конкретных споров (ad hoc))».

В свете этого возникает вопрос: не является ли перемещение многих вопросов МКА в паспорт специальности 12.00.15 не учитывающим то, что МКА в гораздо большей степени связан с принципами свободы договора и автономии воли, нежели те институты гражданского и арбитражного процесса в государственных судах, с которыми в целом имеет дело данная специальность?

Безусловно, в МКА порядок рассмотрения споров крайне важен.

Однако в свете принципов свободы договора и автономии воли МКА представляет собой в первую очередь именно что гибкую диспозитивную процедуру, а не жесткий императивный процесс в том понимании, с которым традиционно имела и имеет дело специальность 12.00.15.

Не имеет ли тут место излишнее опубличивание и «огосударствление» МКА? Видимо, имеет.

Нужно ли это обществу и государству? Конечно же, нет. В перспективе. А сейчас им все это малоинтересно.

20. Изменение формулировок в действующих паспортах специальностей 12.00.03 и 12.00.15 в отношении МКА и международного гражданского процесса вполне объяснимо и во многом закономерно.

Так, представителей специальности 12.00.15 гораздо больше, чем тех, кто занимается вопросами МЧП и МКА. И научные исследования по данной специальности разворачивались в последние 25–30 лет несравненно активнее, нежели изыскания в сфере МЧП

⁵³ Власенко Н.А., Мацкевич И.М. Модернизация специальностей в юриспруденции: Сборник материалов по итогам подготовки паспорта специальностей научных работников / Отв. ред. Н.И. Аристер. С. 234.

и МКА. Радикальные изменения в действующий паспорт специальности 12.00.15 – четкая фиксация итогов данного процесса на сегодня.

А если какие-либо вопросы как-то связаны с процессом в государственных судах, то почему бы не попытаться получить возможность заниматься и ими? Так что стремление таких представителей расширить паспорт по своей специальности 12.00.15 вполне естественно. Особенно если им никто на это не возражал, если было молчание, то какие могут быть претензии?

В п. 7.3 действующего паспорта специальности 12.00.15 говорится: «*Конкуренция основных юрисдикционных систем на нашей планете: причины, проявления, следствия*».

А разве идеи конкуренции неприменимы также и к разработке паспортов? *Iura scripta vigilantibus sunt*.

Так что в условиях пассивности представителей специальности 12.00.03 полнота компетенции паспорта специальности 12.00.03 не могла не претерпеть серьезное «ужимание» применительно к вопросам МЧП и МКА.

А кто еще мог против этого возразить? Не представители же специальности 12.00.10 после событий 1977 г.! А у представителей иных специальностей своих забот достаточно.

Кстати, стремление представителей специальности 12.00.15 расширить ее паспорт произошло еще и в том, что они внесли в этот паспорт следующие формулировки (см. выше разд. б): «*Предмет научных исследований включает... разрешение споров в рамках ВТО, влияние вступления в ВТО на российскую юрисдикционную систему и цивилистический процесс*»; «*7.5. Международное правосудие: основные международные суды, их организация, статус решений. Взаимодействие международного и российского правосудия*».

Казалось бы, это ведь определенно вопросы международного права – зачем они в сфере гражданского и арбитражного процесса?

А вот представители последнего считают иначе и своего добиваются!

Следующим шагом может стать включение в паспорт специальности 12.00.15 вопросов инвестиционного арбитража. В самом деле, почему бы не толковать понятие «арбитражный процесс» максимально широко?

А есть еще ЕСПЧ и Международный суд ООН, церковное судопроизводство и т.д. Процедуры и процесс усмотреть можно много где.

Если *est boni iudicis ampliare iurisdictionem*, то почему бы и хорошим разработчикам паспорта специальности 12.00.15 не расширять сферу его охвата?

А если представители иных специальностей считают иначе, то им следует отстаивать свою точку зрения.

Другой вопрос, что представители специальности 12.00.15 ранее не в полной мере интересовались мнением представителей специальности 12.00.03.

Не имели ли тут место их переживания за ту специальность, в которой они лично были заинтересованы, в ущерб специальности 12.00.03? Не усматривается ли тут конфликт интересов? Не была ли здесь допущена излишняя кулуарность?

Не исключено ли, что кто-то может подумать даже о своего рода «акте научного рейдерства»? Однако последнее было бы неверным, само собой.

Сложные вопросы, но лучше их поставить, чем замалчивать.

21. Как уже неоднократно отмечалось выше, действующий паспорт специальности 12.00.15 дублирует паспорт специальности 12.00.03. Не наоборот.

«*Нам представляется, что включение международного гражданского процесса в область исследования специальности 12.00.15 является спорным, так как данное направление уже за-*

креплено в специальности 12.00.03 в рамках международного частного права и поэтому является дублированием»⁵⁴.

Вместе с тем такое дублирование не такое уж и бессознательное.

Способствует ли это развитию науки? Вряд ли.

22. Далее, действующий паспорт специальности 12.00.15 содержит, как уже указывалось, некорректные формулировки ввиду того, что при его разработке не был принят во внимание известный уже тогда проект федерального закона об арбитраже (см. выше разд. 6).

23. Что же из этого следует?

То, что неточности в действующем паспорте специальности 12.00.15 следует исправить. Заодно обсудив вопрос, поставленный выше в п. 19 настоящего раздела, с представителями специальности 12.00.03. А также решив, как быть с дублированием позиций. При этом с преодолением, как указывают Н.А. Власенко и И.М. Мацкевич, корпоративности, узконаправленного мышления (см. выше п. 18 настоящего раздела). Заслуживает внимания и идея допущения конкурирующей компетенции (см. выше п. 13 настоящего раздела).

И пусть в открытой, именно многосторонней дискуссии и выявится истина.

24. Согласно абзацу второму п. 2 ст. 4 Федерального закона о науке

«[у]ченые степени кандидата наук, доктора наук присуждаются по научным специальностям в соответствии с номенклатурой, утвержденной федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере научной и научно-технической деятельности. Указанная номенклатура является обязательной для всех ученых степеней, присуждаемых в рамках государственной системы научной аттестации.»

Далее в п. 3.1 этой же статьи⁵⁵ говорится, что Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова и Санкт-Петербургский государственный университет вправе самостоятельно устанавливать порядок присуждения ученых степеней, включая критерии, которым должны отвечать диссертации на соискание ученых степеней, порядок представления, защиты диссертаций на соискание ученых степеней, порядок лишения, восстановления ученых степеней, рассмотрения апелляций.

Распоряжением Правительства РФ от 23 августа 2017 г. № 1792-р такое же право было предоставлено многим иным вузам, включая МГИМО.

Возникает вопрос: если Номенклатура является обязательной для всех этих вузов, то будут ли и паспорта иметь для них такую же силу, как и для всех других?

Или же в свете такой их самостоятельности они вправе будут развивать свое собственное видение того, что означает та или иная специальность в Номенклатуре? И принимать свои собственные паспорта?

По мнению автора данной статьи, ответ на первый вопрос должен быть отрицательный, а ответам на два последних вопроса следует быть положительными.

Эти вопросы и ответы на них особо важны для МГИМО, который еще с советских времен позиционировал себя как один из центров изучения МКА, но который в новых реалиях постепенно начинает утрачивать, к сожалению, свои прежние позиции.

⁵⁴ Мацкевич И.М., Власенко Н.А. Паспорт специальностей научных работников по юриспруденции. Проект и итоги / Отв. ред. Н.И. Аристер. С. 171.

⁵⁵ Введен Федеральным законом от 23 мая 2016 г. № 148-ФЗ.

25. Кому-то приведенное выше может показаться скучным. А кто-то во всех этих моментах с изменением Номенклатуры и паспортов увидит весьма любопытную, жизненную и поучительную историю.

26. «Цзылу сказал:

– Вэйский государь ждет Вас для дел правления. С чего Вы начнете?

Учитель ответил:

– Нужно исправить имена.

– Вы так считаете? – возразил Цзылу. – Это слишком заумно. Зачем их исправлять?

Учитель ответил:

– Как ты необразован, Ю! Благородный муж, наверно, промолчал бы, услышав то, чего не понимает. Ведь если не подходит имя, то неуместно его толкование; коль неуместно толкование, не может быть успеха в деле; а без успеха в деле не процветают ритуал и музыка; но если ритуал и музыка не процветают, то наказания бьют мимо цели, когда же наказания бьют мимо цели, народ находится в растерянности. Поэтому все, что называет благородный муж, всегда можно растолковать, а что он растолковывает, всегда можно исполнить. Благородный муж лишь избегает в толковании небрежности⁵⁶.

Слово «номенклатура» имеет одним из двух своих элементов «имя» (номен) (казалось бы, оно присутствует и в слове «таксономия», но это не так: «таксономия» происходит от двух греческих слов – τάξις («строй», «порядок») и νόμος («закон»)).

Так что без исправления Номенклатуры (и паспортов, если исходить из того, что они требуются) не может быть успеха в научном деле, а без него научный народ в своем большинстве будет находиться в растерянности.

⁵⁶ <http://lunyu.ru/13/3> (перевод И.И. Семененко).

Имеется также следующий вариант перевода:

«Цзылу сказал:

– Вэйский государь Вас ждет, чтоб вместе с вами править.

С чего бы вы с ним начали?

Учитель ответил:

– Необходимо было бы исправить имена.

– В самом деле? Вы уклоняетесь в сторону. Зачем их исправлять? – заметил Цзылу.

Учитель сказал:

– Как ты невежествен, Ю!

Благородный муж проявляет осторожность

По отношению к тому, чего не знает.

Когда не исправляют имена,

Перестают уместными быть речи;

Когда перестают уместными быть речи,

Не совершаются дела;

Когда не совершаются дела,

Не процветают ритуал и музыка;

Когда не процветают ритуал и музыка,

Не соблюдают середины в наказаниях;

Когда не соблюдают середины в наказаниях,

Народу некуда деть руки, ноги.

Поэтому-то благородный муж,

Что именует,

О том он непременно может говорить;

О чем он говорит,

То непременно может выполнить.

У благородного мужа в его речах

Нет недозволенного, и только!»

(Семененко И.И. Афоризмы Конфуция. – М.: Изд-во Московского университета, 1987. С. 288).

М.В. Якушев,

вице-президент Корпорации по управлению доменными именами и IP-адресами (ICANN) по России, СНГ и Восточной Европе,

М.А. Рожкова,

доктор юридических наук, эксперт РАН, президент *IP CLUB*,

Д.В. Афанасьев,

эксперт Комитета по информационной политике, информационным технологиям и связи

О правовой природе альтернативных разбирательств доменных споров*

В ситуациях, когда зарегистрированное доменное имя включает в себя чужое фир-

менное наименование, коммерческое обозначение, товарный знак или знак обслуживания, у правообладателей появляются основания требовать защиты их нарушенных исключительных прав. Дела, возникающие из требований правообладателя о пресечении неправомерного использования в доменном имени обозначения, совпадающего с фирменным наименованием, коммерческим обозначением, товарным знаком или знаком обслуживания,

* Настоящая статья представляет собой обобщение тезисов выступлений на круглом столе «Новые правила альтернативного разбирательства доменных споров», состоявшемся 20 февраля 2017 г. в ТПП РФ. При подготовке тезисов использовались следующие авторские материалы: *Рожкова М.А.* Глава IV. Соглашение о примирительной процедуре // *Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю.* Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения / Под общ ред. М.А. Рожковой. М.: Статут, 2008 (СПС «КонсультантПлюс»); *Она же.* Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. М.: Волтерс Клувер, 2006 (СПС «КонсультантПлюс»); *Она же.* Об утверждении в арбитражных судах медиативных соглашений в качестве мировых // *Хозяйство и право.* 2011. № 2. С. 3–6; *Она же.* К вопросу о соотношении мирового и медиативного соглашений // *Арбитражная практика.* 2011. № 1. С. 122–127; *Она же.* Медиативная оговорка. В каких случаях процедура медиации может быть выгодной для сторон // *Юрист компании.* 2011. № 3. С. 28–33; *Рожкова М.А., Глазкова М.Е., Афанасьев Д.В.* Новации в правовом регулировании

третейского разбирательства в Российской Федерации // *Хозяйство и право.* 2016. № 3. С. 19–38; *Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации с постанетейными материалами судебной практики и комментариями / Под ред. Т.К. Андреевой.* М.: Статут, 2013 (автор комментария к гл. 30, 31, разд. V – Д.В. Афанасьев) (СПС «КонсультантПлюс»); *Афанасьев Д.В.* Нарушение публичного порядка как основание признания сделки недействительной в российском и зарубежном праве // *Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика: Сборник статей / Под общ. ред. М.А. Рожковой.* М.: Статут, 2008 (СПС «КонсультантПлюс»).

в отечественной юридической литературе принято именовать *доменными спорами*.

Необходимо специально подчеркнуть, что упомянутые дела — лишь одна из разновидностей дел по поводу доменных имен. Круг дел, подпадающих под понятие «доменный спор» (дело по поводу доменного имени), гораздо шире. Причем в него попадают не только споры, возникающие из частных правоотношений, но и дела, возникающие из отношений публичных.

Так, доменные споры возникают, в частности, вследствие утраты администратором домена (лицом, на имя которого зарегистрирован домен) права на доменное имя по причине несвоевременной оплаты им продления домена² или оспаривания сделки по передаче доменного имени от одного лица другому³. К делам по поводу доменных имен можно отнести и дела публично-правового толка, в рамках которых решается, например, вопрос, о признании регистратора доменных имен виновным в недобросовестной конкуренции при регистрации доменов⁴ или об отмене решения национального регистратора о внесении изменений в положение о регистрации⁵.

Далее будут рассматриваться доменные споры в узком значении — как дела, возникающие по поводу доменных имен в связи с защитой правообладателями принадлежащей им интеллектуальной собственности.

1. Правила рассмотрения доменных споров и аккредитованные арбитражные институты

Корпорацией по управлению доменными именами и IP-адресами (Internet Corporation for Assigned Names and Number (далее — *ICANN*)) как основной структурой управления Интернетом утверждена получившая широкую известность Единая политика рассмотрения споров о доменных именах (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (далее — *UDRP*))⁶, а также разработаны на ее основе Правила *UDRP* (Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy)⁷, которые определяют процедуру рассмотрения доменных споров.

В соответствии с этой процедурой рассматриваются дела, в рамках которых по требованию правообладателя товарных знаков (и знаков обслуживания) оспаривается регистрация *доменов общего назначения* (generic Top-Level Domain (далее — *gTLD*))⁸.

Например, компания *Google* сочла, что доменное имя <Groovle.com>, принадлежащее канадской компании *207 Media*, сходно до степени смешения с товарным знаком *Google* и обратилась в Национальный арбитражный форум (National Arbitration Forum (далее — *NAF*)) с требо-

² См., например, постановление ФАС Московского округа от 17 декабря 2013 г. по делу № А40-98343/2012.

³ См., например, постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 22 июля 2010 г. № 09АП-14476/2010-ГК по делу № А40-158243/09-83-1009, от 7 августа 2008 г. № 09АП-8710/2008-ГК по делу № А40-58671/07-67-480.

⁴ Так, Федеральная антимонопольная служба (далее — ФАС) установила, что регистратор доменных имен *Ru-Center* участвовал в сговоре с пятью компаниями, следствием чего стал раздел рынка регистрации доменов. По итогам данного дела ФАС предписало регистратору уплатить штраф в размере около 240 млн руб. за недобросовестную конкуренцию.

⁵ См., например, решение Арбитражного суда г. Москвы от 9 марта 2011 г. по делу № А40-88153/10-22-792.

⁶ Принята *ICANN* 26 августа 1999 г. (<http://archive.icann.org/en/udrp/udrp-policy-24oct99.htm>).

⁷ Утверждены Правлением *ICANN* 30 октября 2009 г. (<https://www.icann.org/resources/pages/rules-be-2012-02-25-en>).

⁸ *Домены общего назначения* были созданы для использования их какими-либо сообществами или организациями определенного класса. Это, например, <.com> (*commercial*; изначально — для коммерческих организаций, теперь — без ограничений); <.org> (*organization*; изначально — для некоммерческих организаций, теперь — без ограничений); <.info> (изначально — для информационных сайтов, теперь — без ограничений); <.net> (изначально — для сетевых и коммуникационных компаний, теперь — без ограничений); <.name> (для регистрации имени в качестве домена).

ванием о передаче ей этого домена. Решением *NAF* в удовлетворении данного требования было отказано: арбитры признали, что название доменного имени отличается от товарного знака *Google*, что позволяет избежать путаницы⁹.

В другом случае компания *Google* обратилась в Центр ВОИС по арбитражу и посредничеству (WIPO Arbitration and Mediation Center) и выиграла там дело по поводу доменного имени <google.ir> против гражданина Ирана в соответствии с процедурой *UDRP*¹⁰.

Здесь следует отметить, что разбирательство доменных споров согласно *UDRP* должно производиться *арбитражным институтом*, который специально уполномочен (аккредитован) *ICANN* на рассмотрение этих споров. Таких арбитражей, или, как их принято именовать, «аккредитованных арбитражных центров», на сегодняшний день насчитывается пять:

1) Центр ВОИС по арбитражу и посредничеству, уже упоминавшийся выше;

2) Национальный арбитражный форум (*NAF*), также упоминавшийся выше;

3) Азиатский центр по рассмотрению споров о доменных именах (*Asian Domain Name Dispute Resolution Centre*);

4) Арбитражный центр Чешского арбитражного суда по рассмотрению споров, связанных с Интернетом (*The Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Disputes*);

– Арабский центр по рассмотрению споров о доменных именах (*Arab Center for Domain Name Dispute Resolution (ACDR)*).

Самым известным из аккредитованных арбитражных центров, бесспорно, является Центр ВОИС по арбитражу и посредничеству. Он основан с целью содействия альтернативному рассмотрению споров прежде всего в области интеллектуальной собственности, но под его юрисдикцию подпадают и различные доменные споры.

Для разбирательства споров Центром ВОИС по арбитражу и посредничеству разработан целый ряд процедур, к которым, в частности, относятся:

1) *процедура арбитража по делам в сфере интеллектуальной собственности* – процедура рассмотрения и разрешения спора одним или несколькими арбитрами, которая завершается вынесением обязательного для сторон решения;

2) *процедура ускоренного арбитража по делам в сфере интеллектуальной собственности* – процедура арбитража, особенность которой – оперативность рассмотрения и разрешения дела;

3) *процедура посредничества по делам в сфере интеллектуальной собственности* – процедура, в рамках которой нейтральный посредник помогает сторонам достичь урегулирования спора (обязательное для сторон решение не выносится);

4) *процедура посредничества по делам в сфере интеллектуальной собственности, за которой при недостижении урегулирования следует арбитраж*, – процедура, которая начинается как посредничество, но при отсутствии результата переходит в процедуру арбитража;

5) *процедура арбитража по доменным спорам в соответствии с UDRP*;

6) *другие процедуры арбитража в отношении новых доменов общего назначения* (далее – *New gTLD*)¹¹;

⁹ См. о нем: *Google Loses Groovle Domain Name Dispute* (<http://www.networkcomputing.com/networking/google-loses-groovle-domain-name-dispute/323485872>). Это один из немногих доменных споров, которые *Google* проиграла.

¹⁰ См.: *Google, Inc. v. Mohammad Jabbari*, WIPO Arbitration and Mediation Center, Case No. DIR2005-0001 (21 February 2005) (<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2005/dir2005-0001.html>).

¹¹ *Новые домены общего назначения* могут быть зарегистрированы за юридическим лицом (в частности, коммерческой компанией), некоммерческой организацией или органом власти государства по результатам аукциона. Это, например, <.cloud> (зона

7) процедуры арбитража в отношении национальных и региональных доменов (country code Top-Level Domain (далее – ccTLD))¹².

2. Компетенция арбитража на рассмотрение доменного спора в соответствии с положениями UDRP и Правилами UDRP

Под юрисдикцию вышеперечисленных аккредитованных арбитражных центров попадают дела, касающиеся использования в доменных именах чужих объектов интеллектуальной собственности, в частности товарных знаков, причем компетенция этих арбитражных центров на рассмотрение таких споров возникает не из традиционной, оформленной письменным договором *арбитражной (третейской) оговорки*, а вследствие иных фактов. Рассмотрим их подробнее.

Заинтересованное лицо обращается к регистратору с целью зарегистрировать доменное имя, вследствие чего этими лицами заключается договор оказания услуг по регистрации доменного имени. Неотъемлемая (обязательная) часть любого такого договора – UDRP и Правила UDRP, а иногда и иные правила, относящиеся к регистрации и использованию конкретных доменов первого (верхнего) уровня. Таким образом, в результате заключения упомянутого договора регистратор и администратор домена (лицо, на чье имя был зарегистрирован домен) *оказываются связанными третейской оговоркой, в соответствии с которой споры в отношении доменного имени рассматриваются в аккредитованном арбитражном центре.*

«облачных» сервисов); <.xxx> (зона ресурсов порнографического содержания); <.day> (домены для всех особенных дней); <.vodka> и т.д.

¹² Национальные и региональные домены создаются специально для стран и отдельных территорий и выражаются двухсимвольным кодом страны или соответствующей территории (региона): <.ru> (Россия); <.us> (США); <.de> (Германия); <.fr> (Франция); <.lt> (Литва); <.cc> (Кокосовые острова); <.aq> (Антарктида) и т.п.

Но еще более важно то, что эта третейская оговорка распространяется не только на случаи возникновения спора между регистратором и администратором домена. Она обязательна для администратора домена и в случаях, когда в соответствующий арбитраж с требованием к администратору домена обращается третье лицо, ссылающееся на то, что зарегистрированное доменное имя нарушает его права¹³. Это прямо закреплено в п. 3(а) Правил UDRP, согласно которому любое физическое или юридическое лицо может инициировать разбирательство в соответствии с UDRP и Правилами UDRP, направив свое требование в любой аккредитованный арбитражный центр по собственному выбору.

Иными словами, аккредитованный арбитражный центр может стать компетентным судом и в том случае, если с иском обращается лицо, которое не является участником упомянутого договора между регистратором и администратором домена, но его права нарушены вследствие регистрации и использования доменного имени. Как правило, речь идет о ситуациях, когда администратор домена нарушил права или законные интересы правообладателя товарного знака, идентичного или сходного с доменным именем.

Вследствие сказанного можно признать формой арбитражного соглашения:

- заключение со стороны администратора домена (ответчика) соглашения, содержащего оговорку о передаче на разрешение аккредитованного арбитражного центра в соответствии с положениями UDRP и Правилами UDRP споров, возникающих вследствие предъявления третьими лицами требований к этому администратору домена;

- предъявление со стороны третьего лица (правообладателя товарных знаков,

¹³ Речь идет о доменных именах второго уровня в некоторых gTLD и во всех New gTLD.

истца) соответствующего иска в аккредитованный арбитражный центр, означающее согласие этого лица на компетенцию данного арбитража на рассмотрение конкретного доменного спора.

Изложенный вывод не противоречит ч. 4 ст. 7 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», согласно которой арбитражное соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно заключено путем обмена процессуальными документами (в том числе подачей искового заявления), в которых одна из сторон заявляет о наличии соглашения, а другая против этого не возражает. Аналогичная норма содержится в п. 5 ст. 7 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже».

Важно, что все аккредитованные арбитражные центры при рассмотрении доменного спора должны руководствоваться едиными критериями, которые закреплены в п. 4(а) *UDRP*. Арбитражу для удовлетворения иска необходимо установить, что:

1) доменное имя, зарегистрированное на администратора домена (ответчика), идентично или сходно с товарным знаком или знаком обслуживания, правообладателем которого является истец;

2) у администратора домена (ответчика) нет прав или законных интересов в отношении зарегистрированного доменного имени;

3) доменное имя было зарегистрировано и используется его администратором недобросовестно.

Примечательно то, что в случае указания правообладателем (истцом) совокупности названных обстоятельств в иске, предъявленном в аккредитованный арбитражный центр, этот арбитражный центр признается компетентным судом и в случае возражений администратора домена (ответчика) против компетенции арбитража.

При этом правообладатель товарного знака может отказаться от использования альтернативного рассмотрения доменного спора и обратиться в государственный суд с соблюдением требований о юрисдикции. То есть у правообладателя есть выбор: либо обратиться за защитой своих прав в государственный суд, либо в арбитраж (третейский суд).

Аналогичные правила действуют и применительно к спорам о доменных именах в некоторых *ccTLD* (например, <.au> (Австралия), <.br> (Бразилия), <.es> (Испания), <.fr> (Франция), <.hn> (Гондурас) и т.д.). Хотя во многих случаях администраторы национальных доменов устанавливают другие правила, в силу которых споры о доменных именах предусматривают не альтернативное рассмотрение, а рассмотрение в общем порядке государственными судами.

Например, в соответствии с Правилами регистрации доменных имен в домене .RU и .РФ¹⁴, разработанных Координационным центром национального домена сети Интернет, не упоминается о *UDRP* и Правилах *UDRP* в отношении доменных имен в доменах <.ru> и <.rf>; в отношении таких споров компетентными становятся российские государственные суды (суды общей юрисдикции или арбитражные суды).

3. О специфике разбирательства доменных споров в соответствии с *UDRP* и Правилами *UDRP*

То обстоятельство, что в *UDRP* и Правилах *UDRP* процедура рассмотрения доменного спора поименована как «административная процедура», а лица, ее осуществляющие, – как «административная комиссия» (административная группа), создало предпосылки для появления

¹⁴ https://cctld.ru/ru/docs/project/algorithm/rules_draft.pdf?v=2

позиции о том, что аккредитованные арбитражные центры, рассматривающие доменные споры, не являются полноценными арбитражами. Более того, высказываются утверждения, согласно которым упомянутое разбирательство представляет собой некую иную, новую процедуру, неизвестную ранее российскому законодательству и юридической науке. Встречаются мнения, согласно которым разбирательство доменных споров в соответствии с *UDRP* и Правилами *UDRP* — это некая административная процедура, выполняемая непубличным частным органом и т.д.

Не соглашаясь с подобными измышлениями, следует прежде всего дать характеристику прав на доменное имя.

Европейский суд по правам человека (далее — ЕСПЧ) в деле «Паеффген ГмБХ (Paeffgen GmbH) против Германии»¹⁵ прямо указал на то, что права на использование доменов имеют экономическую ценность. ЕСПЧ признал, что эти права подпадают под действие ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, гарантирующей право на имущество. Поскольку права на доменное имя представляют собой экономический актив, т.е. являются имущественными правами, можно признавать их объектами гражданских правоотношений и в соответствии с российским гражданским правом: основания для этого содержатся в ст. 128 ГК РФ.

Следовательно, разбирательство доменного спора в аккредитованном арбитражном центре в соответствии с положениями *UDRP* и Правилами *UDRP* представляет собой не что иное, как рассмотрение *частно-правового спора об имущественных правах в международном арбитраже*.

Указание в документах *ICANN* на «административность» процедуры и состава

лиц, разрешающих доменный спор, проистекает из другой особенности доменных споров, касающейся исполнения вынесенных по этим делам арбитражных решений. Данная особенность состоит в «оптимизации» исполнения решения: оно возможно без обращения за содействием к государственным судебным органам.

Как известно, при отсутствии добровольного исполнения «обычного» арбитражного решения заинтересованной стороне необходимо обратиться в государственный суд за исполнительным листом на принудительное исполнение этого решения. Применительно к доменным спорам имеет место совершенно другая ситуация: при удовлетворении требования истца (правообладателя) об отмене регистрации доменного имени, передаче домена другому лицу и т.д. вынесенное решение приводится в исполнение *регистратором* посредством внесения *соответствующий записи в реестр доменных имен*.

Подобное исполнение решения, нехарактерное для исполнения арбитражных решений, имеет отчетливый административно-властный оттенок, что и оказало серьезное влияние на используемую в *UDRP* и Правилах *UDRP* терминологию. Однако это специфика рассматриваемой процедуры, но не основание исключать ее из числа разновидностей арбитражных разбирательств.

В обоснование изложенной позиции следует специально обратить внимание на следующее.

Термин «альтернативное разрешение споров» (alternative dispute resolution (далее — *ADR*)) применяется для обозначения неформальных и более гибких процедур рассмотрения споров, которые используются *вместо государственного правосудия* (судебного разбирательства в государственном суде), причем к *ADR*, как известно, относят не только третейское разбирательство, но и различные примирительные

¹⁵ Постановление ЕСПЧ от 18 сентября 2007 г. (жалобы № 25379/04, 21688/05, 21722/05 и 21770/5).

процедуры: мини-суд¹⁶, доарбитражное производство, независимое экспертное заключение, переговоры, медиацию и т.п.

Значимым является то, что, в отличие от всякой согласительной процедуры, цель которой состоит в примирении спорящих сторон, в содействии им в *достижении взаимовыгодного, компромиссного соглашения*, удовлетворяющего обе эти стороны и прекращающего спор между ними, третейское разбирательство нацелено на *разрешение спора*, при котором арбитраж *выносит обязательное для сторон решение*. Та же *цель разрешения спора* усматривается и в деятельности комиссий, рассматривающих доменные споры в соответствии с *UDRP* и Правилами *UDRP*.

При этом большинство преимуществ третейского разбирательства перед государственным судом характерны и для разбирательства по доменным спорам: единство процедуры для сторон, находящиеся в разных юрисдикциях; профессиональное рассмотрение спора специалистами, обладающими соответствующей квалификацией и знаниями в требуемой области; оперативность рассмотрения спора (недели, а то и дни) и т.д. Но исключением из общего правила следует признать *публичность арбитража по доменным спорам* (в отличие от общего принципа конфиденциальности), что обусловлено целью формирования *единообразной практики*, обеспечения *предви-*

димости арбитражных решений по данным спорам. Эта особенность третейского разбирательства доменных споров в соответствии с *UDRP* и Правилами *UDRP* выделяет данную процедуру из прочих процедур третейского разбирательства, но не лишает ее частноправового характера.

Таким образом, нет никаких серьезных оснований для причисления разбирательства доменных споров в соответствии с *UDRP* и Правилами *UDRP* к числу правовых явлений с неясной правовой природой.

Завершая настоящий обзор, хотелось бы обратить внимание на не так давно введенную в действие процедуру Единой системы быстрого приостановления действия доменных имен (*Unified Registration System* (далее – *URS*))¹⁷. Данную процедуру в литературе нередко характеризуют как полностью заменяющую *UDRP*. Между тем это не так: *URS* является лишь *дополнением к процедуре UDRP*, поскольку на основании *URS* допускается ограничение администратора домена (ответчика) в распоряжении правами на спорное доменное имя, тогда как прекращение прав администратора домена на доменное имя возможно только по результатам арбитража в соответствии с *UDRP* и Правилами *UDRP*.

Подводя итоги, можно отметить, что исключение рассматриваемой процедуры из орбиты внимания отечественных специалистов в сфере арбитража привело к формированию неверных посылов, которые, к сожалению, были восприняты судебной практикой (государственными судами). Является очевидным, что ситуация нуждается в исправлении.

¹⁶ Эта процедура в литературе признается промежуточной между арбитражем и примирительной процедурой. В соответствии с ней комиссия, состоящая из руководителей спорящих компаний и возглавляемая примирителем (он председательствует на мини-суде), получает информацию о сути спора, излагаемую специалистами с обеих сторон. Руководители после заслушивания специалистов относительно сути спора ведут переговоры по нему, получив объективную (двустороннюю) оценку о причинах этого спора и уяснив предложения специалистов о выходе из сложившейся конфликтной ситуации. Задача примирителя – руководство ходом процедуры, контроль за взаимодействием сторон и помощь комиссии в выявлении предмета спора и сглаживании конфликта.

¹⁷ Данная процедура действует с 2013 г. в отношении *New gTLD*. Ее главные преимущества – быстрота и низкая стоимость, но она имеет и недостатки и, возможно, еще будет дорабатываться.

Новое в законодательстве

Сентябрь 2016 г. можно считать официальным началом реформы арбитража в России. В ходе ее подготовки было модернизировано арбитражное законодательство, изменения коснулись практически всех сфер арбитража. Передовые достижения российской и мировой юридической науки были использованы законодателем наряду с обобщением масштабного опыта, накопленного судами с 1992 г., когда было принято первое Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров. Плодотворная работа, проведенная ведущими российскими специалистами, привела к появлению передового российского арбитражного законодательства.

Sergey A. Kurochkin,

Candidate of Law, Associate Professor,
Department of Civil Procedure Ural State
Law University (Yekaterinburg, Russia)

Arbitration Reform in Russia: A General Overview

1. Introduction

The last arbitration reform in Russia has already been a subject for comprehensive analysis¹ and brief discussion² by scholars and practitioners. It has been widely covered in the literature including the pages of the “International Commercial Arbitration Review”³. September 2017 was the anniversary of the Russian Arbitration Reform official start, so the first stage of the reform can be briefly summed up.

2. Foundations of the Reform

Basic advantages of arbitration obtained recognition of businessmen worldwide. Among such advantages one can distinguish: confidentiality of the procedure, awareness of arbitrators as domain experts, a possibility to determine rules governing the arbitral proceedings, neutrality of the dispute resolution forum, inadmissibility of appeal concerning the arbitral award, wide possibilities to enforce the award abroad. Today, resolving a dispute in arbitration is a widely accepted and advanced method of civil dispute resolution based on the principle of the freedom of contract. It is evident that a growing number of private disputes are dealt with in arbitration in Russia.

It leaves no doubt that the right to submit civil disputes to arbitration is based on the provisions of the Constitution of the Russian Federation which guarantees the freedom of economic activity and fair competition, provides an individual right of easy use of personal faculties

¹ V. Khvalei & I. Varyushina, Russia: Legislation, Trends and Tendencies, in: The Baker & McKenzie International Arbitration Yearbook 2016, p. 251–265 etc.

² P. Pettibone, Russia’s Comprehensive Arbitration Reforms, New York Dispute Resolution Lawyer, Vol. 10 (2017), No. 1, p. 35–37.

³ J. Hines & N. Oganessian, Rossiyskaya reforma kommercheskogo arbitrazha: klyucheveye momenty [Russian Reform of Commercial Arbitration: Key Issues], International Commercial Arbitration Review, 2015, No. 2 / 2016, No. 1, p. 95–104.

and paraphernalia for any business or legitimate economic activity. This issue has been mentioned especially by the Constitutional Court of the Russian Federation by stating that

“arbitration of disputes which arise or may have arisen between parties in respect of a definite legal relationship shall remain an alternative form of remedies and shall not convert the arbitration into original court proceedings; neither does it cause legal consequences other than provided by law exactly for the arbitral award which is made by the tribunal on their own behalf, the mentioned award being binding for the parties on the voluntary fulfillment basis and being capable of enforcement by state courts and court officers beyond arbitral proceedings”⁴.

Constitutional foundations underlie the arbitration reform launched by the Russian legislator. Obviously, the UNCITRAL Model Law became a framework for the new arbitration law in Russia. The legislator consistently developed legal constructions embodied in the Model Law. Actually, all spheres of arbitration were amended. 1 September 2016 was the date when the new Arbitration Law, that is, Federal Law No. 382-FZ “On Arbitration (Arbitral Proceedings) in the Russian Federation”, came into effect. Amendments to the Russian Law “On International Commercial Arbitration” also became effective on this date. Sections of the Civil Procedure Code of the Russian Federation and the Commercial Procedure Code of the Russian Federation, governing issues of judicial control over domestic arbitral awards and international arbitral awards, were fully renovated. Due to the reform, some federal laws of the Russian Federa-

tion, including laws on insolvency, joint stock companies, the status of judges, official registration of real property titles and transactions therewith and official registration of legal entities were also amended.

The legislator left separate regulation of domestic and international commercial arbitration intact. Basic conditions and the legal procedure of constitution of the arbitral tribunal and composition of permanent arbitral institutions in Russia relating to both international as well as domestic arbitration are governed by the Federal Law No. 382-FZ “On Arbitration (Arbitral Proceedings) in the Russian Federation” adopted on 29 December 2015. The Russian Law “On International Commercial Arbitration” No. 5338-I adopted on 7 July 1993 (as amended on 29 December 2015) applies to international commercial arbitration seated in Russia.

2. Institutional and *ad hoc* Arbitration

During the reform, the legislator took into account two basic types of arbitration – institutional and *ad hoc* arbitration. “Administered” or institutional arbitration is an arbitration that is conducted by the arbitral institution. Since 2016, it has some legislative preferences. *Ad hoc* arbitration is a form of parties’ dispute resolution by the arbitral tribunal established only for a particular case without proper institutional assistance. An arbitration that is administered by the defective arbitral institution is considered to be *ad hoc* arbitration.

As before, the legislator marks out domestic arbitration and international commercial arbitration according to the character of the dispute. The rules of domestic arbitration are aimed upon resolution of internal disputes arising between the parties domiciled in Russia. International commercial arbitration means a procedure of resolving the disputes resulting from civil law relationships arising in the course of foreign trade and other forms of international economic relations, provided that the place of business of at least one of the parties, the place

⁴ Constitutional Court Ruling dated 26 May 2011 No. 10-P “Upon an Application of Supreme Commercial Court on Constitutionality of Some Provisions of Civil Code of the Russian Federation, Federal Law ‘On Arbitration Courts in the Russian Federation’, Federal Law ‘On Official Registration of Immovable Rights and Transactions’, Federal Law ‘On Mortgage’”, Russian Federation Constitutional Court Review, 2011, No. 4.

of fulfillment of most of obligations or the place closely connected with an object of the dispute are situated abroad. Arbitration of investment disputes with foreign investors is always a form of international commercial arbitration. Arbitration of internal disputes outside Russia using the rules of international commercial arbitration forms the bar for recognition and enforcement of the arbitral award in Russia. Courts qualify such attempts as law evasion and apply the public policy exception⁵.

The new Law defines different types of arbitration due to their procedural and substantive peculiarities: domestic and international commercial arbitration, summary arbitration, arbitration of the particular types of disputes, arbitration of corporate disputes. Designing the rules of arbitration permanent arbitration institutions must take this division into account. It should be mentioned also that the procedure of professional sport disputes' resolution by arbitrators in Russia is governed by a special law – the Federal Law No. 329-FZ “On Physical Training and Sports in the Russian Federation” adopted on 4 December 2007 (as amended on 26 July 2017). The detachment of different types of arbitration is not only the doctrinal concept, it has some important practical consequences. For instance, the participation of public entities in domestic arbitration is not allowed. The Russian Federation, the Federation entities and municipal bodies cannot submit disputes to domestic arbitration due to special legal provisions.

3. Arbitrability

Arbitrability can be considered as a corner stone of Russian arbitration practice. It delved into Russian legal doctrine during the last two decades. Much water has flowed under the bridges while scholars argued on this topic. It can hardly be doubted that the substantial clarification of the arbitrability provisions is one of

the most significant results of the reform. The new Law determines that only disputes between parties of civil legal relationships may be submitted to arbitration upon to the parties' agreement. Disputes which have arisen or which may arise on the basis of official (administrative) or public relationships, as well as cases of special proceedings (*e.g.*, facts' establishment) which do not satisfy conventional attributes of issues of law may not be submitted to arbitration.

General provisions related to arbitrability were amended in order to define disputes capable of settlement by arbitration. All exceptions are indicated now with the utmost clarity in the procedural legislation. Today, the cases listed below may not be submitted to arbitration:

- insolvency cases (bankruptcy cases);
- all cases related to the denial of official registration or evasion of official registration of legal entities and individual entrepreneurs;
- disputes on the protection of intellectual property rights with the participation of organizations conducting joint management of copyright and adjoining rights, and disputes referred to the jurisdiction of the Intellectual Property Rights Court;
- all cases arising from administrative and other public relations;
- cases concerning the establishment of legally significant facts;
- cases on a compensation claim for a violation of the right to a fair trial within a reasonable period or the right to enforcement of a court decision within a reasonable period;
- cases on the protection of rights and legitimate interests of a group of persons (an analogue of class actions);
- some types of corporate disputes specified by law;
- cases related to state or municipal property privatization;
- disputes arising from relations of procurement assets and services for state and municipal needs governed by the Russian law;
- environment harm compensation claims;
- cases of special proceedings;

⁵ Ruling of Commercial Court of the Moscow region dated 19 July 2017, case No. A40-219464/16.

– disputes arising from family relations, including disputes arising from relation concerning management of a ward's assets by custodians and guardians, except for partition of family assets between a married couple;

- labour disputes;
- disputes arising from hereditary relations;
- personal injury and death claims;
- disputes concerning the eviction from living quarters.

The list of disputes capable of being resolved in international commercial arbitration was also amended. In order to form it the legislator applied legal mechanisms of subjective and objective arbitrability. The new statutory provisions determine that disputes may be submitted to international commercial arbitration, should they result from contractual and other civil law relationships arising in the course of foreign trade and other forms of international economic relations, provided that the place of business of at least one of the parties, the place of fulfillment of most of obligations or the place closely connected with an object of the dispute are situated abroad. Investment disputes with foreign investors related to foreign investment in Russia or Russian investment abroad may be referred to arbitration if it is allowed by special legal rules based on international treaty of the Russian Federation or on the Russian Federation law. For instance, disputes between the State and investors related to execution, termination or validity of production sharing agreements may be submitted to arbitration⁶.

To summarize, it is suggested that introduction of express legal rules on arbitrability is a great stride toward predictability of court practice development, a pledge for uniform understanding of an arbitral tribunal's competence.

Much has been said about the arbitrability of corporate disputes in Russia⁷. An uncertain-

ty of the previous legal provisions of the Commercial Procedure Code of the Russian Federation entailed the ambiguous approaches to their application. During the reform, the lawmaker clearly defined a list of corporate disputes which may and may not be submitted to arbitration. In general, corporate disputes may be referred to arbitration but only to arbitration seated in Russia. Corporate disputes' arbitration must be administered by permanent arbitral institution which has already affirmed and published special arbitration rules on corporate disputes. According to the law, corporate disputes are cases concerning the foundation of a legal entity, its management or participation in a legal entity which is a commercial organization as well as in a non-commercial partnership, association (union) of commercial organizations, other non-commercial organization joining commercial organizations and individual entrepreneurs, self-regulating non-commercial organization.

It should be mentioned that as before some types of corporate disputes may not be submitted to arbitration. These are:

- cases related to the exclusion of founders, members and participants in a legal entity;
- disputes on convening a general meeting of a legal entity's participants;
- cases related to actions of a notary public on certifying transactions with limited liability companies' shares in their registered capital;
- disputes on challenging non-statutory legal acts, decisions and actions (omissions) of state agencies, municipal bodies or legal entities authorized to act as a state agency and officials on issues related to disputes on the acquisition and buyout of outstanding shares by public joint stock companies, and to acquiring of more than 30 percent of a public company's shares.

Other corporate disputes which have arisen between a legal entity and its participants may be submitted to arbitration if two conditions are fulfilled. First, the legal entity, all participants of the legal entity and other persons acting as a claimant or a defendant must conclude

⁶ Federal Law No. 225-FZ "On the Production Sharing Agreements" adopted on 30 December 1995, Art. 22, Russian Federation Collection of Legislation, 1996, No. 1, item 18.

⁷ P. Pettibone, *The Nonarbitrability of Corporate Disputes in Russia*, *Arbitration International*, Vol. 29 (2013), Issue 2, p. 263–274 etc.

an agreement to submit the specified disputes to arbitration. Second, the arbitration should be seated in Russia and the proceedings should be administered by a permanent arbitral institution which has special arbitration rules on corporate disputes.

4. Arbitration Agreement

It is known far and wide that an arbitration agreement is the initial point of any arbitration. Ineffective agreement makes the arbitral proceedings meaningless. The Russian legislator has taken account of all the advanced doctrinal attainments concerning the arbitration agreement. As a result the significant evolution may be traced in the new statutory regulation. Today the arbitration agreement is uniformly considered in line with the UNCITRAL Model Law as an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not.

In order to provide the formal validity of different types of arbitration agreements, legislative provisions concerning their form were unified. Since now, regardless of a type of arbitration, the requirement that an arbitration agreement should be in writing is met by a separate document drawn up and signed by the parties, by an exchange of letters, telegrams, telexes or other documents, including an exchange of statements of claim and defense in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other. An appropriate reference in the Rules of Organized Biddings or Clearing Rules duly registered with the Russian Central (State) Bank (a federal executive body within the financial market scope) shall also constitute a valid arbitration agreement.

Special requirements were established for an agreement to submit to arbitration corporate disputes which have arisen or which may arise between legal entity and its participants. Such an arbitration clause may be included in the

charter of the company. The arbitration agreement incorporated in the company's charter binds the third party of a dispute arising between this legal entity and its participants if this party has directly expressed the will to arbitrate the dispute due to this agreement.

At present, an arbitration agreement is considered valid due to the form if it is concluded by an electronic communication with an indispensable condition that documents' compiler can be verified. All information contained therein should be accessible so as to be useable for subsequent reference. Specified legal provisions laid the basis for online arbitration development in Russia.

It should be also emphasized that the new law determines rules of interpretation of the arbitration agreement, of defining its scope, limits and legal destiny. Common doctrinal provisions became the rules of law during the reform. In cases where replacement of persons in an obligation occurs, arbitration agreement obliges both original and new creditors of the obligation as well as the original and new debtors.

5. Arbitration Institutions

For quite a long time the transparency of arbitration institutions was a subject of much controversy in Russia. In order to cut a knot the legislator made a special emphasis on the issues of foundation and functioning of arbitration institutions. A new legal structure of a "permanent arbitration institution" appeared. The Federal Law "On Arbitration (Arbitral Proceedings) in the Russian Federation" rules on issues of foundation of permanent arbitration institutions in Russia, organization of their work, as well as on cessation of existence of a permanent arbitration institutions in certain cases related to serious infringement of rights and legal interests of civil turnover participants. The provisions of the Federal Law "On Arbitration (Arbitral Proceedings) in the Russian Federation" related to permanent arbitral institutions have to be applied not only to domestic

arbitration, but also to international commercial arbitration seated in Russia.

Permanent arbitration institution is an autonomous body created only to provide arbitration services. The legislator used the term “administering of arbitration” for them in order to mean the procedures of selecting arbitrators in particular disputes, resolving the challenges to arbitrators, as well as the clerical work and distribution of arbitration fees. The “administering of arbitration” does not imply the resolution of the merits of the parties’ dispute.

Since 2016 the permanent arbitration institutions in Russia can be established exclusively by non-profit organizations. The right to create arbitration institutions is also granted to federal and regional chambers of commerce and industry. It should be mentioned that a permanent arbitral institution is an autonomous body, independent from the parent organization, established to administer arbitration on a regular basis. According to the new Law, the permanent arbitration institution can administer international commercial arbitration, domestic arbitration or provide separate arbitration services (selecting of arbitrators, resolving the challenges to arbitrators) in *ad hoc* arbitration without its general administering.

After the reform any arbitration institution can act only on the basis of a special permission which the parent non-profit organization must receive from the Russian Government. The “Rules for Granting Permission to Act as a Permanent Arbitration Institution” and the “Regulations for Deposition of the Rules of a Permanent Arbitration Institution” were ratified by the Russian Government in June 2016⁸. The world-famous International Commercial Arbitration Court and the Maritime Arbitration Commission act as permanent arbitration institutions according to the Law without the need to obtain a special permission from the Government. The Government’s permission to

act as a permanent arbitration institution can be issued on the recommendation of a special body – the Council for the Improvement of Arbitration, which has been formed by the Ministry of Justice of the Russian Federation. The Council for the Improvement of Arbitration conjoins public officials, prominent scholars and representatives of business community. It issues recommendations for the Russian Government as to the refusal or granting permissions for particular permanent arbitration institutions. An affirmative recommendation is the result of a comprehensive analysis of the parent non-profit organization request and accompanying data allowing to determine whether the arbitration institution meets the requirements established in the new Law.

Foreign arbitration institutions can administer arbitration in Russia if they receive a special permission from the Russian Government. It will be granted if the foreign arbitration institution has the renowned international reputation. Otherwise the awards of arbitral tribunals administered by such arbitration institution will be considered equally to awards of *ad hoc* arbitrations.

For the first time the lawmaker has regulated issues of liability of the non-profit organizations, which established the permanent arbitration institution, and has took some significant steps towards prevention of conflicts of interest in the work of permanent arbitration institutions established in Russia. A conflict of interest means a lack of impartiality of permanent arbitration institution’s staff, which can corrupt the process of administering arbitration. It is evident that personal interest will infringe the conduct of arbitration and will cause the defective award. The new Law defines cases where the conflict of interest is presumed. For instance, one can assume the conflict of interest if the permanent arbitration institution administers the arbitral proceedings with the participation of the parent non-profit organization or its founders, members or factual manager thereof. All facts indicating the conflict of in-

⁸ Decree of the Russian Government No. 577 adopted on 25 June 2016.

terest will be adjudicated in a particular case, so the conditions mentioned above cannot automatically be considered as a bar for recognition and enforcement of the award.

We have reasons to believe that the preliminary hybrid control over permanent arbitration institutions' creation will guarantee the high-quality arbitration services and arbitral awards.

6. Arbitral Tribunal

It is generally accepted that “arbitral institutions do not themselves arbitrate the merits of the parties' disputes. This is the responsibility of the particular individuals selected as arbitrators”⁹. The new Law defined mandatory personal and qualification requirements that should be met by arbitrators in order to guarantee high quality dispute resolution. Modern Russian legislation has perceived innovative achievements made by the international professional community in the sphere of impartiality and independence of arbitrators.

Updated legislative requirements regarding arbitrators differ according to the type of arbitration. Provisions of the Russian Law “On International Commercial Arbitration” are an example of an extremely tolerant approach; there are no limits for a person to act as an arbitrator. Parties to the arbitration are free to agree on supplementary qualifying requirements for an arbitrator. For domestic arbitration the Law defines minimal mandatory requirements related to personality and qualification. Only a capable person aged 25 and more is permitted to act as an arbitrator. Some public officials specified by law – judges, military men, employees of law enforcement organs, customs officials, notaries, etc. – are precluded from acting as an arbitrator due to their public status. Sole or presiding arbitrators must have legal education (either Russian or foreign one that is duly recognized in Russia).

Main approaches to the composition of the arbitral tribunal, sources of arbitrators' powers, their termination and challenge procedures were upgraded. The composition of the arbitral tribunal may be made by the parties directly or through appointing authorities (persons) to whom the parties delegated their appropriate rights by their agreement. Failing the parties' agreement on a procedure of appointing an arbitrator in an arbitration court with three arbitrators, each party shall appoint one arbitrator, and the two arbitrators thus appointed shall appoint the third arbitrator. If a party fails to appoint the arbitrator within one month or if the two arbitrators fail to agree on the third arbitrator within one month from the date of their appointment, the appointment shall be made, upon the request of either party, by the state court. In arbitration with a sole arbitrator, if the parties are unable to agree on the arbitrator, he similarly shall be appointed, upon request of either party, by the state court.

7. Arbitral Proceedings

Statutory rules governing the arbitration proceedings were also modernized. The scope of parties' autonomy to define rules governing the procedure was substantially expanded. A segment of dispositive, supplementary legal regulation has increased. A new category of “direct agreement” appears which is, in fact, an agreement whereby parties may define the rules being in general priority to the provisions of arbitration rules. Only using a direct agreement, the parties may refuse to conduct oral hearings or eliminate the court's powers to resolve some issues of assistance (appointment of arbitrators and challenge procedures, arbitrator's authority termination) and to decide matters of lack of competence of the arbitral tribunal. An exclusion agreement may be only a direct one. After the reform an exclusion agreement is allowed either in both domestic and international commercial arbitration.

⁹ G. Born, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer Law & Business, 2009, p. 149.

Regulation on interim and conservatory measures in arbitration has also been updated, but the revised UNCITRAL Model Law provisions related to interim measures have not been implemented. Prior to the arbitration reform of 2016, legal practices of applying provisional measures were not uniform. Scholars also expressed diametrically opposed positions on this issue¹⁰. As a result, various ambiguous approaches to the application of provisional measures in arbitration were revealed. Today not only arbitral tribunals but also permanent arbitral institutions can grant provisional measures. Parties may state by a manifest agreement or by reference to arbitration rules that before the formation of the arbitral tribunal, a permanent arbitration institution may be entitled to order the provisional measures they deem to be necessary. Thus, a legal platform for effective application of provisional measures ordered by an emergency arbitrator was formed. Parties are still free to apply to the state courts for conservatory and interim measures (*inter alia* preliminary conservatory measures). It is generally accepted that “the principle that the courts and arbitrators have concurrent jurisdiction to take provisional or protective measures is increasingly recognized in modern arbitration law”¹¹. In Russia, the concept of “concurrent jurisdiction” has also been assimilated.

Legal rules relating to award and settlement have also been substantially improved. Unification of approaches to domestic and international arbitral awards, their composition and correction became the result of the arbitration legislation reform. At present, issues of renewal (remission) of arbitral proceedings are regulated uniformly. Grounds for termination of arbitral

proceedings were unified with the UNCITRAL Model Law. Arbitration is terminated by the tribunal’s order when the claimant withdraws his claim unless the defendant objects thereto and the tribunal recognizes a legitimate interest on his part in obtaining a final settlement of the dispute, or when the parties agree on the termination of the proceeding or the arbitral tribunal finds that the continuation of the proceedings has for any reason become unnecessary or impossible. Continuation of the proceedings becomes worthless when the tribunal establishes that there exists a judicial act of a commercial court, of a court of general jurisdiction or an arbitral award, delivered in a dispute between the same persons, on the same subject matter and on the same grounds.

The new Law governs the application of the mediation procedure to a dispute submitted to arbitration. New legislative provisions may be taken into account by multimodal arbitration agreement’s drafters. Mediation is allowed at any stage of arbitration. After the decision to mediate the dispute has been made, a party informs arbitrators about it. The arbitral tribunal orders on this issue and names the exact term of mediation agreed by the parties. Arbitral proceedings should be adjourned within this period. If parties settle the dispute referred to arbitration successfully by mediation procedures, their final agreement may be confirmed as an arbitral award on agreed terms upon the request of all the parties to arbitration. Now, the results of any settlement in domestic arbitration are formalized by a consent award unlike a simple ruling which was the case previously.

8. Court Control

Considerable modifications were applied to the Russian procedural legislation. Legal rules of the Civil Procedure Code of the Russian Federation and the Commercial Procedure Code of the Russian Federation, governing issues of court assistance and supervision, were filled by new substance. State courts henceforward are

¹⁰ D. Valeev, A. Zaitsev & M. Fetyukhin, *Commentariy k Federalnomu zakonu No. 102-FZ “O treteyskikh sudakh v Rossiyskoy Federatsii”* [Commentary to the Federal Law of the Russian Federation No. 102-FZ “On Arbitration Courts in the Russian Federation”], Statut, 2015, p. 86–100.

¹¹ E. Gaillard & J. Savage (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 710.

allotted by authorities to render assistance to arbitral tribunals – to appoint arbitrators, to decide issues of challenges, to obtain evidence, to issue interim measures, etc. During the reform, the Russian procedural legislation was expanded by several sections which govern the procedure of court assistance in matters related to arbitral proceedings. At present, courts are competent to perform such functions as appointment of arbitrators, challenging an arbitrator, terminating the arbitrator's powers. Parties' requests on these issues must be decided by a court within one month. Moreover, in an arbitration administered by a permanent arbitral institution the arbitral tribunal or the party with an approval of the arbitral tribunal may request assistance from a competent court in taking evidence.

All procedures related to challenging the awards as well as to the recognition and enforcement of internal and foreign arbitral awards have been modernized during the reform. However, the attitude to arbitration is maintained amicable. Recourse to a court against a domestic arbitral award and an international arbitral award rendered in Russia may be made by an application for setting aside filed by parties to arbitration, by persons whose rights and duties are affected by the award, and by the public prosecutor (with certain conditions). Such innovative provisions became a result of the summarized court practice. An application for the issuance of a writ of execution for the enforcement of an arbitral award (a procedural form of recognition and enforcement of the arbitral award) may be filed only by a party to arbitration in whose favour the award was rendered. Applications for setting aside or for issuance of a writ of execution must be considered by a court within one month at most from the day of its receipt (this term was reduced). Grounds for setting aside of an award, for refusing recognition and enforcement of internal and foreign arbitral awards remain mainly the same.

It is known that the Russian Federation properly recognizes arbitral awards and en-

forces them in accordance with the provisions of the New York Convention of 1958. The principles incorporated in the New York Convention were widely adopted and developed during the reform. Final foreign arbitral awards are objects for recognition and enforcement in Russia. Only final awards and awards on the agreed terms are considered to be the object of such recognition. As well as in many other countries, recognition and enforcement of acts of international arbitral tribunals (referred to as either "orders" or "awards") decided during or after merit-based arbitral proceedings which can't be qualified as a final arbitral award is not allowed in Russia. Moreover, orders of the technical character issued by arbitrators and procedural awards (including interim measures, jurisdiction rulings, decisions concerning costs and fees) cannot be enforced in the Russian Federation¹² under the procedure mentioned above.

During the reform, the legislator included several provisions in procedural codes which clarify conditions and procedure of application of Art. VI of the New York Convention concerning the adjournment of a decision on the enforcement of the award if an application for setting aside or suspension of the award has been made. The Russian procedural codes were enriched by the rules relating to a foreign arbitral award that doesn't need to be enforced. Foreign arbitral awards which are not required to be enforced are recognized in Russia without any proceedings, except for cases when the interested party duly raises objections against the recognition.

9. Final Remarks

The roll of the amendments could be continued, yet another aspect needs to be emphasized. The Russian lawmaker has already created almost all legal conditions for effec-

¹² Ruling of Supreme Commercial Court No. 6547/10 dated 5 October 2010, case No. A56-63115/2009.

tive dispute resolution by means of arbitration. Regardless of the fact that the legal regulation duality is maintained, the reform of arbitration became a major step towards integration of domestic and international commercial arbitration in Russia. Legal framework for domestic and international commercial arbitration has been constructed on a common theoretical ba-

sis and now seems to be comprehensive. Unification of arbitral legislation is aimed at achieving a more modern level of regulation taking account of all the achievements made on an international level and at the same time at ensuring the successful and effective application of the respective legal provisions by the participants in civil-law relations.

Э.А. Евстигнеев,

магистр юриспруденции (РШЧП),
кандидат юридических наук, консультант
отдела законодательства об обязательствах
Исследовательского центра частного права
имени С.С. Алексеева при Президенте РФ

Постатейный комментарий к нормам ГК РФ об удержании и поручительстве через оценку их императивного и диспозитивного характера

1. Введение

14 марта 2014 г. Пленумом ВАС РФ было принято Постановление № 16 «О свободе договора и ее пределах» (далее – Постановление № 16). Оно определяет основополагающие направления для решения вопроса о том, какой является подлежащая применению норма договорного права – императивной или диспозитивной. Однако Постановление № 16 дает только общие ориентиры, которых необходимо придерживаться при анализе конкретных положений обязательственного и договорного права.

Одновременно практика испытывает потребность в том, чтобы иметь более четкие ориентиры в вопросе разделения норм обязательственного и договорного права на императивные и диспозитивные.

Настоящий комментарий направлен на удовлетворение этой практической потребности. При этом идеи, отраженные в Постановлении № 16, в настоящем комментарии по мере возможности подвергаются дополнительному осмыслению и последующему развитию.

Идея практической направленности комментария определяет его специфику.

В частности, в рамках каждой статьи для наглядности их положения – полностью или в части – «маркируются» как императивные или диспозитивные. Также для усиления практической направленности в комментарий включена судебная практика, которая подтверждает выбор решения о виде конкретной нормы. И главное, комментарий преследует цель максимально четко и ясно определять аргументы, на которых строится позиция в пользу императивности или диспозитивности нормы.

Настоящий комментарий является продолжением комментария, который был опубликован в рамках монографии, вышедшей при поддержке Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ¹ в 2017 г. В монографии прокомментированы положения ст. 307–358.18 ГК РФ.

В связи с тем, что МКАС при ТПП РФ достаточно часто при разрешении того или иного дела стоит перед вопросом относительно того, является ли подлежащая применению норма российского права об удержании или поручительстве императив-

¹ *Евстигнеев Э.А. Императивные и диспозитивные нормы в договорном праве. М.: Инфотропик Медиа, 2017.*

ной или диспозитивной, выводы, сделанные по итогам настоящего комментария, могут иметь методологическое значение и в правоприменительной практике данного третейского суда.

При этом сами по себе положения статей об удержании и поручительстве представляют значительный интерес, так как подверглись масштабным изменениям в ходе реформы общих положений обязательственного права.

2. Методологические основы комментария

Специфика комментария определяет особенности используемой при его построении методологии, которая должна быть максимально понятной и легкой для восприятия.

Для построения комментария используется следующий порядок анализа нормы на предмет установления ее императивности или диспозитивности.

На первом этапе определяется сфера регулирования нормы.

Если норма связана с установлением критериев по вступлению субъектов в обязательственное правоотношение соответствующего типа, то она всегда является только императивной — дальнейший ее анализ не требуется.

Если норма связана с регулированием обязательственных отношений после их возникновения, то вид нормы определяется с использованием еще одного этапа.

Для целей сокращения объема комментария, если норма связана с регулированием обязательственных отношений после их возникновения, анализ отдельных положений начинается сразу со второго этапа.

На втором этапе анализируется позиция законодателя относительно вида нормы с помощью системного толкования или применения иных оснований, выведенных из системного толкования.

В дальнейшем на вид нормы могут влиять дополнительные факторы, которые не могли быть учтены законодателем при ее формировании (например, наличие неравных переговорных возможностей у сторон). В таком случае диспозитивная норма может квалифицироваться как императивная. Однако проанализировать и раскрыть специфику каждого случая практически невозможно. Поэтому ее учет изначально воспринимается нами как исключительная компетенция суда.

В связи с этим для настоящего комментария вывод об императивности или диспозитивности нормы после второго этапа является окончательным.

3. Комментарий

§ 4. Удержание вещи

Статья 359. Основания удержания

1. Кредитор, у которого находится вещь, подлежащая передаче должнику либо лицу, указанному должником, вправе в случае неисполнения должником в срок обязательства по оплате этой вещи или возмещению кредитору связанных с нею издержек и других убытков удерживать ее до тех пор, пока соответствующее обязательство не будет исполнено.

Удержанием вещи могут обеспечиваться также требования хотя и не связанные с оплатой вещи или возмещением издержек на нее и других убытков, но возникшие из обязательства, стороны которого действуют как предприниматели.

2. Кредитор может удерживать находящуюся у него вещь, несмотря на то, что после того, как эта вещь поступила во владение кредитора, права на нее приобретены третьим лицом.

3. Правила настоящей статьи применяются, если договором не предусмотрено иное.

Диспозитивная норма

1. Пункт 1 определяет квалифицирующие признаки удержания. Это на первый

взгляд должно характеризовать данную норму как императивную. Но она построена так, что удержание является правом кредитора. Подобная конструкция позволяет сторонам в отношении условий осуществления этого права своим соглашением предусмотреть иное регулирование по сравнению с тем, которое закреплено в п. 1.

В частности, стороны могут установить, что в их отношениях у кредитора нет права на удержание вещи. Также стороны могут установить иной момент, до которого кредитор может удерживать вещь. В компетенцию сторон входит и регулирование случаев, когда удержание может обеспечивать не только обязательства, связанные с оплатой вещи или возмещением издержек на нее и других убытков. Ограничение в данном случае установлено только для тех отношений, где такое право будет предоставляться предпринимателю против лица, не осуществляющего предпринимательской деятельности, в целях защиты последнего как слабой стороны.

Диспозитивность комментируемой нормы обусловлена необходимостью предоставить сторонам возможность максимально учесть свои интересы. В некоторых случаях диспозитивность будет влиять на условия основного обязательства или в принципе на его существование.

Пределы автономии воли связаны с квалифицирующими признаками удержания, при изменении которых обеспечение перестанет быть удержанием. Например, стороны не могут сделать предметом удержания деньги, вещь, собственником которой является кредитор, указать в качестве основания возникновения удержания владение, полученное помимо воли должника². При этом изменение квалифициру-

ющих признаков удержания не всегда будет приводить к недействительности соответствующих условий. В ряде случаев такие условия сформируют другой вид обеспечения обязательств.

2. Пункт 2 регулирует судьбу удержания в случае смены собственника вещи. Общее правило может быть изменено сторонами, так как оно в ряде случаев не способно учесть всех особенностей имеющихся между участниками отношений по удержанию. Видимые основания для ограничения автономии воли отсутствуют.

Статья 360. Удовлетворение требований за счет удерживаемой вещи

Требования кредитора, удерживающего вещь, удовлетворяются из ее стоимости в объеме и порядке, предусмотренных для удовлетворения требований, обеспеченных залогом.

Императивная норма

Данная норма закрепляет применение к порядку удовлетворения требований кредитора за счет удерживаемой вещи правил о залоге. Диспозитивные возможности сторон в этой части определяются конкретными нормами о залоге. Исключить же в принципе применение правил о залоге стороны не могут. Дело в том, что отсылка к нормам о залоге равнозначна закреплению аналогичных правил в комментируемой норме. Нельзя без анализа положений, на которые дается ссылка, допускать проявления автономии воли. В противном случае могут быть проигнорированы императивные нормы того положения, к которому делается отсылка. Следовательно, сам факт закрепления нормы как отсылочной не позволяет сторонам проявить автономию воли в части отмены отсылки.

² См. подробнее о квалифицирующих признаках удержания: Сарбаш С.В. Право удержания в Российской Федерации. 2-е изд., испр. М.: Статут, 2003 (СП «КонсультантПлюс»).

§ 5. Поручительство

Статья 361. Основания возникновения поручительства

1. По договору поручительства поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части. Договор поручительства может быть заключен в обеспечение как денежных, так и неденежных обязательств, а также в обеспечение обязательства, которое возникнет в будущем.

2. Поручительство может возникать на основании закона при наступлении указанных в нем обстоятельств. Правила настоящего Кодекса о поручительстве в силу договора применяются к поручительству, возникающему на основании закона, если законом не установлено иное.

3. Условия поручительства, относящиеся к основному обязательству, считаются согласованными, если в договоре поручительства имеется отсылка к договору, из которого возникло или возникнет в будущем обеспечиваемое обязательство. В договоре поручительства, поручителем по которому является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, может быть указано, что поручительство обеспечивает все существующие и (или) будущие обязательства должника перед кредитором в пределах определенной суммы.

Императивные положения статьи (п. 1, 2)

1. Пункт 1 закрепляет квалифицирующие признаки поручительства. Если установленный в силу воли сторон способ обеспечения исполнения обязательств не будет отвечать этим признакам, то он не будет считаться поручительством. Следовательно, стороны не могут изменить положения комментируемого пункта. При этом п. 1 не ограничивает стороны в установлении дополнительных прав и обязанностей, связанных с договором поручительства (обязанность поручителя с момента заключения названного договора поддерживать определенный остаток

на счетах в банке, раскрывать кредитору информацию об определенных фактах и т.п.)³. Они находятся за пределами регулирования рассматриваемой нормы.

2. Пункт 2 закрепляет дополнительное основание возникновения поручительства — в силу закона. Данное положение направлено на защиту как интересов отдельных участников оборота, так и публичных интересов. Следовательно, стороны не могут исключить своим соглашением такие случаи возникновения поручительства. Они могут только использовать диспозитивные нормы положений о поручительстве в силу договора, которые субсидиарно применяются к случаям возникновения поручительства в силу закона. При этом указанные возможности сторон не влияют на вывод об императивности рассматриваемого положения, которое закрепляет субсидиарное применение положений о поручительстве в силу договора. Как было указано выше, нельзя без анализа положений, на которые дается ссылка, допускать проявления автономии воли. В противном случае могут быть проигнорированы императивные нормы того положения, к которому делается отсылка.

Диспозитивные положения статьи (п. 3)

Предложение первое п. 3 определяет минимальные требования, которые предъявляются к согласованию основного обязательства, обеспечиваемого поручительством. Данная норма направлена на соблюдение интересов кредитора, так как планка требований установлена на очень либеральном уровне. Более того, если поручителем выступает лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, то такая планка может быть опущена еще ниже (предложение второе п. 3). Но при

³ О таких правах и обязанностях речь идет в п. 2 постановления Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» (далее — Постановление № 42).

этом возникает вопрос: можно ли снизить требования в случае, когда поручителем выступает иное лицо? Представляется, что соглашение с таким условием возможно допустить. Дело в том, что ответственность поручителя-предпринимателя без указания конкретного обязательства, исполнение которого он гарантирует, должна быть ограничена верхним пределом. Такая формула для обычного поручителя-непредпринимателя даже удобнее, чем указание на договор. Ему не нужно разбираться в условиях основного обязательства, которые могут быть сформулированы неочевидным образом. Как правило, поручитель, принимая на себя обязательство, оперирует именно определенной суммой, которой он готов рискнуть, поручаясь за должника. Таким образом, включение в договор поручительства условия о верхнем пределе ответственности поручителя-непредпринимателя позволит установить четкий баланс между интересами кредитора и поручителя.

В то же время для поручителя-предпринимателя договором поручительства может быть установлен самый низкий стандарт привлечения к ответственности, а именно он может поручиться за исполнение любого обязательства должника без закрепления верхнего предела ответственности. В ряде случаев принятие такого риска может быть выгодным для поручителя (например, в связи с высоким вознаграждением за выдачу поручительства). Однако для поручителей-граждан подобное условие недопустимо, так как презюмируется, что они не могут оценить весь риск, который оно несет.

В свою очередь описывать в договоре поручения основное обязательство более подробно, устанавливая обеспечение только в части основного обязательства или ограничивать поручительство только основным обязательством для сторон допустимо. Эти условия предполагают повышенные требования к описанию обязательства, исполнение которого гарантирует поручитель.

Статья 362. Форма договора поручительства
Договор поручительства должен быть совершен в письменной форме. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность договора поручительства.

Диспозитивная норма

Данная норма закрепляет требования к форме договора поручительства. Положения о форме договора направлены на защиту как публичных интересов, так и интересов сторон договора. В связи с этим соглашением не могут быть снижены требования к форме, которые закреплены в законе. В частности, если предусмотрена нотариальная письменная форма договора, то стороны не могут договориться, что он может быть заключен в простой письменной форме (например, договор аренды). Однако нет никаких препятствий для того, чтобы стороны выбрали форму договора, к которой предъявляются повышенные требования. Таким образом, поручитель и кредитор вправе заключить договор поручительства в нотариальной письменной форме, тем самым изменив правила рассматриваемой статьи.

Статья 363. Ответственность поручителя

1. При неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного поручительством обязательства поручитель и должник отвечают перед кредитором солидарно, если законом или договором поручительства не предусмотрена субсидиарная ответственность поручителя.

2. Поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, как и должник, включая уплату процентов, возмещение судебных издержек по взысканию долга и других убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником, если иное не предусмотрено договором поручительства.

3. Лица, совместно давшие поручительство (сопоручители), отвечают перед кре-

дитором солидарно, если иное не предусмотрено договором поручительства. Если из соглашения между сопоручителями и кредитором не следует иное, сопоручители, ограничившие свою ответственность перед кредитором, считаются обеспечившими основное обязательство каждый в своей части. Сопоручитель, исполнивший обязательство, имеет право потребовать от других лиц, предоставивших обеспечение основного обязательства совместно с ним, возмещения уплаченного пропорционально их участию в обеспечении основного обязательства.

4. При утрате существовавшего на момент возникновения поручительства обеспечения основного обязательства или ухудшении условий его обеспечения по обстоятельствам, зависящим от кредитора, поручитель освобождается от ответственности в той мере, в какой он мог потребовать возмещения (статья 365) за счет утраченного обеспечения, если докажет, что в момент заключения договора поручительства он был вправе разумно рассчитывать на такое возмещение. Соглашение с поручителем-гражданином, устанавливающее иные последствия утраты обеспечения, является ничтожным.

Диспозитивная норма

1. Пункт 1 закрепляет последствия для поручителя на случай неисполнения основного обязательства должником. Ограничения для проявления автономии воли сторонами договора поручительства отсутствуют. Они могут своим соглашением установить субсидиарную ответственность, тем самым изменив общее правило, или, если имеется множественность на стороне поручителя, долевую ответственность сопоручителей. При этом у разных сопоручителей может быть долевая или субсидиарная ответственность. Данная норма направлена на то, чтобы предоставить сторонам возможность максимально учесть специфику их отношений.

2. Пункт 2 регулирует объем ответственности поручителя. В данной части у сторон

также максимальный простор для проявления автономии воли. Какие-либо видимые основания для ее ограничения отсутствуют. При этом, естественно, объем ответственности поручителя не может быть выше, чем объем обязательств должника. Если же предположить случай превышения, то в соответствующей части поручитель будет уже самостоятельным должником. Такое превышение в объеме ответственности нельзя путать с дополнительными правами и обязанностями, которые связаны с договором поручительства (обязанность поручителя с момента заключения названного договора поддерживать определенный остаток на счетах в банке, раскрывать кредитору информацию об определенных фактах и т.п.). Они не влияют на объем ответственности поручителя, поэтому могут быть беспрепятственно согласованы сторонами.

3. Предложение первое п. 3 регулирует объем ответственности в случаях, когда на стороне поручителя имеется множественность. Кредитор и сопоручители могут установить любой вид ответственности, отличный от солидарной (субсидиарную или долевую). Видимые основания для ограничения автономии воли отсутствуют. Особо стоит отметить, что в соответствии с абзацем первым п. 27 Постановления № 42 соглашением сторон может быть предусмотрена только долевая ответственность сопоручителей⁴. Такой подход представляется неверным, поскольку он необоснованно ограничивает стороны в формировании обеспечительных отношений.

⁴ Такой подход поддерживается и в доктрине (см.: Бевзенко Р.С. Правовые позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по вопросам поручительства и банковской гарантии: Комментарий к Постановлениям Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» и от 23 марта 2012 г. № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий». М.: Статут, 2013. С. 60 (п. 64)).

Предложение второе п. 3 регулирует случай долевого ответственности сопоручителей и наличия между ними соглашения об ограничении ответственности перед кредитором. В этом случае кредитор может требовать от сопоручителей исполнения обязательства только в той части, в которой оно обеспечено соответствующим сопоручителем. Однако соглашением между сопоручителями и кредитором правовой эффект соглашения сопоручителей может быть заблокирован. Диспозитивность данной нормы направлена на защиту интересов кредитора.

В итоге решение вопроса об ограничении ответственности сопоручителей остается за кредитором, так как для того, чтобы это ограничение имело место, необходимо волеизъявление кредитора.

4. Предложение третье п. 3 определяет объем прав требований сопоручителя, исполнившего обязательство за должника, к другим сопоручителям. В соответствии с рассматриваемой нормой каждый сопоручитель отвечает в той части, в которой он поручился за исполнение основного обязательства. Однако нет никаких препятствий для того, чтобы сопоручители могли согласовать между собой такой порядок, когда исполнивший сопоручитель вправе требовать от остальных исполнения обязательства в полном объеме. Согласно абзацу третьему п. 27 Постановления № 42 указанный порядок может быть предусмотрен не только в соглашении между сопоручителями, но и в договоре о выдаче поручительства. В данном случае важно понимать, что необходимым критерием для изменения объема прав требований сопоручителя, исполнившего обязательство за должника, к другим сопоручителям является наличие волеизъявления всех сопоручителей. Вместе с тем на практике договор о выдаче поручительства заключается не каждым поручителем. Если какой-либо из поручителей не будет являться участником договора о выдаче по-

ручительства, то на него не будут распространяться условия об изменении объема прав. Такой поручитель будет нести ответственность в рамках правил, закрепленных в предложении третьем п. 3.

5. Пункт 4 закрепляет случай, когда ответственность поручителя перед кредитором может быть ограничена. Этим случаем является потеря другого обеспечения основного обязательства по обстоятельствам, зависящим от кредитора. Данное положение направлено на защиту интересов поручителя. Косвенно оно также защищает и интересы оборота, для которого важно, чтобы достигался экономический результат от сделки. Однако такая защита может не отвечать интересам самого поручителя. В частности, за несение повышенных рисков, связанных с поручительством, он может получать дополнительное вознаграждение от должника, которое для него в данный момент более ценно, чем потеря другого обеспечения по основному обязательству. Следовательно, обоснованно разрешить поручителю и кредитору своим соглашением исключить применение последствий, предусмотренных п. 4. При этом, учитывая интересы оборота, такое соглашение возможно, если поручителем выступает лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность. Оно в большей степени может оценить все риски, который принимает поручитель, расширяя круг случаев, когда на него может быть возложена ответственность за неисполнение основного обязательства должником.

Что же касается поручителя-гражданина, то в отношениях с ним кредитор также может изменить последствия, предусмотренные п. 4, но только в пользу поручителя-гражданина. В частности, таким последствием может быть прекращение поручительства последнего. Естественно, согласование подобного условия возможно и в отношениях, в которых участвует поручитель-предприниматель.

Статья 364. Право поручителя на возражения против требования кредитора

1. Поручитель вправе выдвигать против требования кредитора возражения, которые мог бы представить должник, если иное не вытекает из договора поручительства. Поручитель не теряет право на эти возражения даже в том случае, если должник от них отказался или признал свой долг.

2. Поручитель вправе не исполнять свое обязательство, пока кредитор имеет возможность получить удовлетворение своего требования путем его зачета против требования должника.

3. В случае смерти должника поручитель по этому обязательству не может ссылаться на ограниченную ответственность наследников должника по долгам наследодателя (пункт 1 статьи 1175).

4. Поручитель, который приобрел права залогодержателя или права по иному обеспечению основного обязательства, не вправе осуществлять их во вред кредитору, в том числе не имеет права на удовлетворение своего требования к должнику из стоимости заложенного имущества до полного удовлетворения требований кредитора по основному обязательству.

5. Ограничение права поручителя на выдвигание возражений, которые мог бы представить должник, не допускается. Соглашение об ином ничтожно.

Императивные положения статьи (п. 4, 5)

1. Пункт 4 конкретизирует в рамках отношений по договору поручительства общий принцип недопустимости извлечения преимуществ из недобросовестного поведения. В такой ситуации возможность для проявления автономии воли отсутствует, так как иное будет означать разрешение в определенных случаях на осуществление недобросовестных действий со стороны поручителя.

2. Пункт 5 сформулирован законодателем достаточно абсурдно. Поэтому, что-

бы дать комментарий с точки зрения императивного или диспозитивного характера этой нормы, необходимо установить, какие отношения она все-таки регулирует. Основная сложность при ее анализе заключается в том, что законодатель достаточно четко регулирует один и тот же вопрос в рамках комментируемой статьи прямо противоположным образом: в п. 1 закреплена возможность кредитора и поручителя исключить право последнего ссылаться на возражения, которые мог бы предъявить должник, тогда как п. 5 устанавливает, что соглашение о лишении поручителя такого права ничтожно.

Каким же в итоге является правило о возражениях поручителя – императивным или диспозитивным? Представляется, что обоснованным и справедливым является вывод о диспозитивном характере названного правила. Аргументация данного решения содержится в комментарии к п. 1 комментируемой статьи (см. ниже). Таким образом, законодатель стремился придать императивный характер другому регулированию. Но какому? Пункт 1 регулирует право поручителя на возражения, которые мог бы представить должник. Следовательно, в п. 5 речь идет о других возражениях. Здесь определенную подсказку дает абзац третий п. 24 Постановления № 42. В соответствии с указанным положением, ограничение договором поручительства возражений поручителя, связанных с отношениями кредитора и поручителя, не допускается (п. 2 ст. 9 ГК РФ, ч. 3 ст. 4 АПК РФ). К таким правам, в частности, относится право поручителя заявить о ничтожности договора поручительства; предъявить встречный иск о недействительности договора поручительства как оспоримой сделки либо ссылаться на недействительность оспоримой сделки, признанной таковой судом; ссылаться на прекращение поручительства как по основаниям, предусмотренным ст. 367 ГК РФ, так и по иным основаниям (абзац

второй п. 24 Постановления № 42). В таком контексте п. 5 комментируемой статьи во многом представляется излишним, поскольку очевидно, что все возражения поручителя основываются на императивных нормах, которые кредитор и поручитель не могут изменить (например, положения о недействительности сделок). Однако на практике, видимо, у судов возникали сложности с тем, что диспозитивность п. 1 рассматриваемой статьи распространялась и на указанные случаи. Таким образом, п. 5 регулирует возражения поручителя, связанные с отношениями кредитора и поручителя. Так как эти возражения основаны на императивных нормах, исключить соглашением право поручителя выдвигать их невозможно.

Диспозитивные положения статьи (п. 1–3)

1. Пункт 1 закрепляет право поручителя выдвигать возражения против требований кредитора, которые мог бы представить должник. Так как поручитель принимает на себя ответственность за исполнение обязательства должника в случае просрочки, он заранее понимает, что соответствующие возражения против требований кредитора могут отсутствовать. В таком случае нет оснований для того, чтобы поручитель и кредитор могли согласовать положение об исключении или ограничении права поручителя возражать против требований кредитора. При этом кредитором и поручителем право последнего на возражение может быть поставлено в зависимость от того, отказался или нет должник от соответствующих возражений.

В случае исключения или ограничения права поручителя возражать против требований кредитора по основаниям, которые были у должника, поручительство в значительной степени становится похожим на независимую гарантию, не утрачивая тем не менее черты самостоятельности. В частности, поручительство сохраняет зависи-

мость от основного обязательства и прекращается с прекращением основного обязательства. Поручитель не может быть ограничен в ссылке на это обстоятельство (п. 5 комментируемой статьи).

2. Пункт 2 закрепляет право поручителя не исполнять обязательство до момента прекращения права кредитора на проведение зачета против требования должника. Данное право необходимо рассматривать в разрезе двух ситуаций – субсидиарной и солидарной ответственности поручителя. При субсидиарной ответственности императивность правила, закрепленного в п. 2, была бы понятна. Императивное регулирование отвечает правовой природе субсидиарной ответственности, а именно если кредитор может реализовать право зачета против требования должника, то считается, что основания для субсидиарной ответственности не наступили. В случае же с солидарной ответственностью ситуация иная. У кредитора одновременно существуют два требования. Условием для предъявления требования к поручителю без заявления о зачете должнику является наличие у кредитора правомерного интереса получить исполнение именно от поручителя. Если такой интерес есть, то ограничение является необоснованным. Представляется, что в определенных случаях у кредитора он определенно присутствует⁵. В частности, сюда можно отнести случай, когда по требованию должника к кредитору истек срок давности. В итоге для подобных

⁵ В свою очередь доктрина поддерживает решение об императивности правила, закрепленного в п. 2 (см.: Бевзенко Р.С. Правовые позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по вопросам поручительства и банковской гарантии: Комментарий к Постановлениям Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» и от 23 марта 2012 г. № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий». С. 85–86 (п. 99)).

ситуаций кредитор и поручитель могут согласовать отсутствие у поручителя права на возражение против требования кредитора. Более того, у кредитора и поручителя есть возможность согласовать такие условия в случае с субсидиарной ответственностью поручителя. Это также возможно при наличии у кредитора правомерного интереса требовать исполнения у поручителя и не заявлять о зачете должнику.

3. Пункт 3 определяет объем ответственности поручителя в случае смерти должника. По общему правилу ответственность поручителя не ограничена стоимостью переходящего к наследникам имущества⁶. Однако такое регулирование может не отвечать интересам даже кредитора. Например, поручитель готов выдать поручительство только при ограничении его ответственности в случае смерти должника стоимостью наследуемого имущества или иной стоимостью. В такой ситуации, чтобы получить хоть какое-то обеспечение, кредитор готов пойти на частичное уменьшение объема ответственности поручителя в определенном случае. Тем самым в диспозитивности нормы заинтересован уже кредитор, на защиту которого изначально рассчитана комментируемая норма. Таким образом, стороны вправе согласовать объем ответственности поручителя, отличный от закрепленного в рассматриваемой норме⁷. Бо-

лее того, стороны вправе предусмотреть на случай смерти должника отсутствие ответственности поручителя в принципе, указав на прекращение поручительства в связи с наступлением данного события. Подобная возможность также подтверждается судебной практикой (см. абзац второй п. 20 Постановления № 42).

Статья 365. Права поручителя, исполнившего обязательство

1. К поручителю, исполнившему обязательство, переходят права кредитора по этому обязательству и права, принадлежавшие кредитору как залогодержателю, в том объеме, в котором поручитель удовлетворил требование кредитора. Поручитель также вправе требовать от должника уплаты процентов на сумму, выплаченную кредитору, и возмещения иных убытков, понесенных в связи с ответственностью за должника.

2. По исполнению поручителем обязательства кредитор обязан вручить поручителю документы, удостоверяющие требование к должнику, и передать права, обеспечивающие это требование.

3. Правила, установленные настоящей статьей, применяются, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором поручителя с должником и не вытекает из отношений между ними.

Императивные положения статьи (п. 2)

Пункт 2 закрепляет обязанность кредитора передать поручителю, исполнившему обязательство за должника, документы и права, связанные с основным обязательством и его обеспечением. Прежде чем анализировать характер данной нормы, необ-

⁶ Закрепив такое положение, законодатель разрешил проблему различного толкования арбитражными судами и судами общей юрисдикции объема ответственности поручителя в случае смерти должника (ср.: п. 62 постановления Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании»; п. 20 Постановления № 42).

⁷ В доктрине высказываются разные мнения по поводу характера рассматриваемой нормы (см.: Договорное право России: реформирование, проблемы и тенденции развития: монография / Под общ. ред. Л.Ю. Василевской. М.: Норма; ИНФРА-М, 2016 (автор гл. 3 – О.С. Гринь) (СПС «КонсультантПлюс») (в пользу диспозитивности); Бевзенко Р.С. Правовые позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по вопросам поручительства и банковской

гарантии: Комментарий к Постановлениям Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» и от 23 марта 2012 г. № 14 «Об отдельных вопросах практики разрешения споров, связанных с оспариванием банковских гарантий». С. 102–104 (п. 120–121) (в пользу императивности)).

ходимо очертить круг случаев, в которых она применяется, а точнее, не применяется. Это касается тех ситуаций, когда необходимые документы у поручителя уже есть, права переходят к нему в силу закона и не требуют обязательного участия кредитора и т.д., т.е. когда поручитель может осуществлять права кредитора и без выполнения обязанности, возложенной на последнего рассматриваемым положением⁸. По существу, круг случаев применения комментируемой нормы таков, что обязанность у кредитора возникает только тогда, когда без его действий осуществление прав кредитора поручителем невозможно. Такое понимание рассматриваемой нормы является ключевым при определении ее характера.

Анализ случаев применения данной нормы важен, так как формально она является диспозитивной. В этой ситуации вывод о ее императивном характере требует более развернутого обоснования. Именно выделение случаев, в которых применяется комментируемая норма, позволяет понять, почему в рамках настоящего комментария она определена как императивная. Вполне допустимо, что случаи, которые выведены за рамки применения данной нормы, по мысли законодателя, все же входят в предмет ее регулирования. Однако такое регулирование нерационально, поскольку создает излишние правила в тех ситуациях, когда без них можно легко обойтись. Настоящий комментарий, напротив, исходит из того, что анализируемые правила изначально являются рациональными.

Продолжая анализ формальных признаков диспозитивной нормы, необходимо заметить, что п. 3 закрепляет право должника и поручителя предусмотреть правило, отличное от того, которое закреплено

в п. 2. Но в п. 2 речь идет не об обязанности одного из указанных лиц, а об обязанности кредитора. Очевидно, что соглашение должника и поручителя не может повлиять на обязанность третьего лица — кредитора, который не участвует в таком соглашении. Поэтому в настоящем комментарии как способ реализации автономии воли рассматривается соглашение между поручителем и кредитором о возможности изменения правила, предусмотренного п. 2.

В первую очередь правило п. 2 направлено на защиту интересов поручителя. С учетом круга случаев применения рассматриваемой нормы, который был нами обозначен, возможностей для проявления автономии воли у кредитора и поручителя не остается. Если сфера применения данной нормы ограничивается только теми ситуациями, когда осуществление прав кредитора поручителем возможно лишь при содействии кредитора, то нельзя исключить обязанность кредитора по передаче документов и (или) переводу прав на поручителя. В противном случае поручитель не сможет реализовать права кредитора, полученные им при исполнении обязательства за должника, что будет грубо нарушать интересы поручителя и вступать в противоречие с квалифицирующими признаками поручительства (замена кредитора на поручителя, исполнившего обязательство за должника).

Диспозитивные положения статьи (п. 1, 3)

Пункт 1 определяет объем прав поручителя, которые он получает по отношению к должнику после исполнения обязательства кредитором. Нет видимых оснований, препятствующих изменению этого объема прав в соглашении между поручителем и должником. Причем объем прав поручителя может быть скорректирован как в сторону уменьшения (например, при исполнении поручителем обязательства за должника прекращается залог, но поручитель не становится залогодержателем; поручитель

⁸ Данный вывод подтверждается и судебной практикой (см., например: Определение ВС РФ от 13 апреля 2015 г. № 307-ЭС15-2143 по делу № А56-70090/2013; Определение ВАС РФ от 22 июля 2013 г. № ВАС-9047/13 по делу № А13-5614/2012).

не получает право требовать проценты от должника), так и в сторону увеличения (например, право требовать дополнительное вознаграждение за исполнение обязательства кредитором). Подобные возможности предоставляются поручителю и должнику для максимального учета их интересов.

Одновременно объем прав поручителя может определяться соглашением поручителя и кредитора. Однако в этом случае он может быть скорректирован только в сторону уменьшения, поскольку к такому соглашению применимо правило, в соответствии с которым измененный объем прав не может ухудшать положения должника по сравнению с тем, как оно определено в законе (в комментируемом пункте). Например, соглашением может быть предусмотрен переход требования без одновременного перехода прав по обеспечительным сделкам (см. абзац первый п. 14 Постановления № 42).

Более того, соглашением между кредитором и поручителем может быть предусмотрен порядок осуществления ими прав залогодержателей при частичном исполнении поручителем обязательства за должника (абзац третий п. 30 Постановления № 42)⁹.

Статья 366. Извещения при поручительстве

1. Должник, извещенный поручителем о предъявленном к нему кредитором требовании или привлеченный поручителем к участию в деле, обязан сообщить поручителю обо всех имеющихся у него возражениях против этого требования и предоставить имеющиеся у него в подтверждение этих требований доказательства. В противном случае должник лишается права выдвигать возражения,

которые могли быть заявлены против требования кредитора, против требования поручителя (пункт 1 статьи 365), если иное не предусмотрено соглашением между поручителем и должником.

2. Должник, исполнивший обязательство, обеспеченное поручительством, обязан известить об этом поручителя немедленно. В противном случае поручитель, в свою очередь исполнивший свое обязательство, вправе взыскать с кредитора неосновательно полученное или предъявить регрессное требование к должнику. В последнем случае должник вправе взыскать с кредитора лишь неосновательно полученное.

Диспозитивная норма

1. Пункт 1 закрепляет обязанность должника после получения уведомления от поручителя о предъявленном к нему требовании кредитора сообщить возражения против этого требования, а также устанавливает последствия несообщения соответствующих возражений поручителю. Применительно к последствиям нарушения должником обязанности по извещению поручителя о возражениях необходимо рассмотреть два случая: первый — уменьшение соглашением между поручителем и должником ответственности последнего (например, должник должен сообщать только о возражениях выше определенной суммы, но сохраняет право после замены кредитора на поручителя выдвигать возражения и на меньшие суммы) вплоть до ее исключения и, следовательно, отмены обязанности по извещению; второй — увеличение таким соглашением ответственности должника. Представляется, что в обоих случаях есть возможность для проявления автономии воли.

Рассматриваемая норма, очевидно, предназначена для защиты интересов поручителя. Первый случай уменьшает степень такой защиты. Вместе с тем это не означает, что подобное уменьшение *a priori* невыгодно поручителю. Интерес поручителя мо-

⁹ См. подробнее о необходимости согласования порядка осуществления прав залогодержателей при частичном исполнении поручителем обязательства за должника: Бевзенко Р.С. Новеллы судебной практики в сфере поручительства. Комментарий к постановлению Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» // Вестник ВАС РФ. 2013. № 2. П. 75–84 (СПС «КонсультантПлюс»).

жет заключаться, например, в получении повышенной платы за выдачу поручительства, которая в итоге может превышать размер денежных средств, которые он мог бы сэкономить, если бы должник не выдвинул против него возражения, когда поручитель стал кредитором. Но таких ситуаций, несомненно, будет немного. В остальном проявление автономии воли в рамках первого случая недопустимо.

Во втором случае в принципе нет никаких препятствий для проявления автономии воли. В той ситуации, когда норма направлена на защиту интересов одной из сторон договора, возможность усиления позиции такой стороны не может ставиться под сомнение.

2. Пункт 2 предоставляет поручителю право выбора лица, от которого он может истребовать ошибочно исполненное кредитором по вине должника, не уведомившего поручителя о своем исполнении. Данная норма тоже направлена на защиту интересов поручителя. В такой ситуации возможностей для проявления автономии воли не так много, но они все же есть. Как и применительно к п. 1, интерес поручителя может заключаться, например, в получении повышенной платы за ограничение своего права требовать ошибочно исполненного от должника в регрессном порядке. Ключевым условием, позволяющим заключить соответствующее соглашение, является то, что такое соглашение должно улучшать или как минимум не ухудшать положения поручителя.

При этом соглашение об ограничении прав поручителя может быть заключено им как с должником, так и с кредитором. В данном случае особо стоит обратить внимание на то, что в условиях, когда поручитель заключает соглашение и с кредитором (договор поручительства), и с должником (договор о выдаче поручительства), может возникнуть ситуация, при которой поручитель будет ограничен в требованиях о возврате ошибочно исполненного в отноше-

нии как кредитора, так и должника. Однако это недопустимо. Но какое из указанных соглашений будет обладать преимуществом? Представляется, что приоритет необходимо отдать договору поручительства, ведь ошибочное исполнение произошло по вине должника, не уведомившего надлежащим образом поручителя об исполнении основного обязательства.

В свою очередь должник и кредитор также могут согласовать условия возврата кредитором неосновательно полученного от поручителя (в том числе объем возвращаемого) в случае, когда поручитель предъявил регрессное требование к должнику и последний возместил ему ошибочно исполненное.

Статья 367. Прекращение поручительства

1. Поручительство прекращается с прекращением обеспеченного им обязательства. Прекращение обеспеченного обязательства в связи с ликвидацией должника после того, как кредитор предъявил в суд или в ином установленном законом порядке требование к поручителю, не прекращает поручительство.

Если основное обязательство обеспечено поручительством в части, частичное исполнение основного обязательства засчитывается в счет его необеспеченной части.

Если между должником и кредитором существует несколько обязательств, только одно из которых обеспечено поручительством, и должник не указал, какое из обязательств он исполняет, считается, что им исполнено необеспеченное обязательство.

2. В случае, если обеспеченное поручительством обязательство было изменено без согласия поручителя, что повлекло за собой увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, поручитель отвечает на прежних условиях.

Договор поручительства может предусматривать заранее данное согласие поручителя в случае изменения обязательства отвечать перед кредитором на измененных условиях.

Такое согласие должно предусматривать пределы, в которых поручитель согласен отвечать по обязательствам должника.

3. Поручительство прекращается с переводом на другое лицо долга по обеспеченному поручительством обязательству, если поручитель в разумный срок после направления ему уведомления о переводе долга не согласился отвечать за нового должника.

Согласие поручителя отвечать за нового должника должно быть явно выраженным и должно позволять установить круг лиц, при переводе долга на которых поручительство сохраняет силу.

4. Смерть должника, реорганизация юридического лица – должника не прекращают поручительство.

5. Поручительство прекращается, если кредитор отказался принять надлежащее исполнение, предложенное должником или поручителем.

6. Поручительство прекращается по истечении указанного в договоре поручительства срока, на который оно дано. Если такой срок не установлен, оно прекращается при условии, что кредитор в течение года со дня наступления срока исполнения обеспеченного поручительством обязательства не предъявит иск к поручителю. Когда срок исполнения основного обязательства не указан и не может быть определен или определен моментом востребования, поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иск к поручителю в течение двух лет со дня заключения договора поручительства.

Предъявление кредитором к должнику требования о досрочном исполнении обязательства не сокращает срок действия поручительства, определяемый исходя из первоначальных условий основного обязательства.

Императивные положения статьи (предложение первое абзаца первого п. 1, абзац второй п. 3, абзац первый п. 6)

1. Предложение первое абзаца первого п. 1 закрепляет зависимость поручительства

от основного обязательства при прекращении последнего (акцессорность прекращения). До недавнего времени вопрос о характере данной нормы разрешался весьма просто. Указанная зависимость была квалифицирующим признаком поручительства и, следовательно, не могла подвергнуться воздействию через соглашение поручителя и кредитора. Однако в рамках реформы гражданского законодательства в п. 4 ст. 329 ГК РФ было закреплено правило, в соответствии с которым прекращение основного обязательства влечет прекращение обеспечивающего его обязательства, если иное не предусмотрено законом или договором. Таким образом, у кредитора и лица, дающего обеспечение, появилась возможность своим соглашением исключить зависимость между поручительством и основным обязательством при прекращении последнего. Однако, как представляется, у такого соглашения имеются свои пределы. Даже сами положения п. 4 ст. 329 ГК РФ содержат оговорку о том, что иное может быть предусмотрено договором или законом. Можно ли считать, что правило предложения первого абзаца первого п. 1 ст. 367 ГК РФ является иным правилом, предусмотренным законом? Видится, что это так и есть.

Более того, даже если бы указанного правила не было, норма об акцессорной зависимости между основным обязательством и поручительством все равно являлась бы императивной. Дело в том, что положение п. 4 ст. 329 ГК РФ не изменило статус нормы об акцессорности в предложении первом абзаца первого п. 1 комментируемой статьи как правила, устанавливающего квалифицирующий признак поручительства. Акцессорность является главным отличием поручительства от независимой гарантии. Если допустить возможность исключения акцессорности соглашением сторон, во многих случаях будет возникать вопрос, какое же обеспечительное обязательство имело место – поручительство или независимая гарантия.

При этом надо понимать, что согласование сторонами независимости прекращения обеспечительного обязательства от прекращения основного не означает автоматической недействительности согласованного условия или поручительства в целом. Наличие такого условия говорит лишь о согласовании сторонами другого вида обеспечительного обязательства (независимой гарантии или непоименованного способа обеспечения).

2. Абзац второй п. 3 определяет требования к действиям поручителя, при которых они могут быть квалифицированы именно как согласие отвечать за должника при переводе долга. Данные признаки являются квалифицирующими для согласия и не могут быть изменены сторонами. В доктрине содержится и политико-правовое обоснование недопустимости закрепления условия об отсутствии необходимости получать согласие поручителя отвечать за нового должника: «оно [такое условие. — Э.Е.] не имеет предмета (непонятно, за какого именно должника готов отвечать поручитель), а также потенциально крайне опасно для поручителя и его кредиторов»¹⁰. В контексте того, как сформулировано императивное требование в законе, с таким обоснованием можно согласиться.

3. Абзац первый п. 6 регулирует случаи прекращения поручительства при истечении срока, на который оно выдано. Положения рассматриваемого абзаца специально предназначены для ситуаций, когда срок, на который выдается поручительство, не установлен договором поручительства. В том случае, если кредитор и поручитель своим соглашением предусмотрят иной порядок определения срока действия по-

ручительства, это будет означать, что стороны согласовали срок поручительства¹¹. В такой ситуации нормы рассматриваемого положения не будут распространяться на отношения сторон. Таким образом, стороны не могут своим соглашением изменить правила абзаца первого п. 6.

Диспозитивные положения статьи (предложение второе абзаца первого, абзацы второй и третий п. 1, п. 2, абзац первый п. 3, п. 4, 5, абзац второй п. 6)

1. Предложение второе абзаца первого п. 1 устанавливает исключение из общего правила о прекращении поручительства в связи с прекращением основного обязательства. Данная норма направлена на защиту интересов кредитора. Однако это не означает, что согласование иного правила всегда нарушает его права. Кредитор может получать выгоду за счет уступок от поручителя в других условиях по договору поручительства. Таким образом, видимые основания для ограничения автономии воли сторон отсутствуют.

Выше указывалось, что кредитор и поручитель не могут своим соглашением сделать поручительство независимым от основного обязательства, так как это противоречит правовой природе поручительства. Следовательно, все исключения из общего правила об акцессорности могут быть установлены только законом. Однако эта логика не распространяется на случаи, когда стороны не допускают исключений в своих отношениях и стремятся к тотальной акцессорности между поручительством и основным обязательством. Напротив, подобное стремление соответствует природе

¹⁰ Бевзенко Р.С. Новеллы судебной практики в сфере поручительства. Комментарий к постановлению Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» // Вестник ВАС РФ. 2012. № 12. П. 31 (СПС «КонсультантПлюс»).

¹¹ При этом надо помнить, что условие договора о действии поручительства до фактического исполнения обеспечиваемого обязательства не может рассматриваться как устанавливающее срок действия поручительства, поскольку не соответствует требованиям ст. 190 ГК РФ (абзац третий п. 34 Постановления № 42).

поручительства именно как акцессорного обязательства, и проявление автономии воли здесь не должно подвергаться ограничению. Это касается как рассматриваемого случая, так и иных случаев, когда закон устанавливает изъятия из общего правила об акцессорности поручительства.

2. Абзацы второй и третий п. 1 закрепляют последовательность, в которой засчитывается исполнение основного обязательства в случаях, когда оно обеспечено поручительством частично, а также когда у должника имеется несколько обязательств перед кредитором, только одно из которых обеспечено поручительством. Возможности для проявления автономии воли у кредитора и должника максимально широки. Диспозитивность рассматриваемых положений позволяет максимально полно учесть интересы каждой из сторон. Стороны могут как полностью изменять правила, закрепленные в абзацах втором и третьем, так и комбинировать их. Например, кредитор и должник могут договориться о том, что исполнение в равной пропорции погашает обеспеченное и необеспеченное обязательства.

Особо стоит отметить, что автономия воли может быть проявлена только кредитором и должником. Соглашения указанных лиц с поручителем не могут повлиять на правила, изложенные в абзацах втором и третьем п. 1 комментируемой статьи.

3. Пункт 2 определяет пределы ответственности поручителя при изменении основного обязательства. Данная норма направлена на сохранение поручительства и одновременное соблюдение прав поручителя. При этом в договоре поручительства может быть прямо предусмотрено условие, что изменение (любое, в том числе частичное) основного обязательства влечет прекращение поручительства. Оснований для ограничения в согласовании такого условия нет.

В части расширения ответственности поручителя ситуация не столь однозначна. В качестве условия, при котором поручи-

тель отвечает за измененное основное обязательство, выступает его согласие отвечать за должника на измененных условиях. Видимые основания для того, чтобы ограничить стороны в согласовании условия, в соответствии с которым согласие поручителя при изменении основного обязательства не требуется, отсутствуют. Но при этом возникает некоторое противоречие с абзацем вторым п. 2, который закрепляет правило о том, что согласие может быть дано заранее.

Гражданскому законодательству уже известны подобного рода нормы. Например, в соответствии с п. 2 ст. 615 ГК РФ арендатор вправе с согласия арендодателя сдавать арендованное имущество в субаренду (поднаем) и передавать свои права и обязанности по договору аренды другому лицу (перенаем), предоставлять арендованное имущество в безвозмездное пользование, а также отдавать арендные права в залог и вносить их в качестве вклада в уставный капитал хозяйственных товариществ и обществ или паевого взноса в производственный кооператив, если иное не установлено ГК РФ, другим законом или иными правовыми актами. С формальной точки зрения такое правило является императивным. На это указывает и судебная практика. В частности, в информационном письме Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой» (далее – Информационное письмо № 66) делается вывод, что «[д]анная норма закона, требующая при совершении сделок с арендными правами получение согласия арендодателя, является императивной, а поэтому не может быть изменена договором» (п. 18).

Вместе с тем судебная практика рассматривает указанное положение как диспозитивное. Обратимся к п. 18 Информационного письма № 66. Наряду с признанием п. 2 ст. 615 ГК РФ императивной нормой ВАС РФ указывает, что он «не устанавливает порядок и форму дачи арендодателем

согласия на совершение арендатором сделок субаренды, перенайма и других, упомянутых в данном пункте.

Следовательно, по воле сторон договора аренды согласие арендодателя может быть выражено в самом договоре, что освобождает арендатора от обязанности получать такое согласие на каждую конкретную сделку».

По существу, ВАС РФ, как легко заметить, предоставляет сторонам право фиксировать в договоре условие, в соответствии с которым арендодатель заранее выражает согласие на совершение арендатором сделок субаренды, перенайма и др. Вместе с тем последствия такого условия абсолютно равнозначны последствиям включения в договор права арендатора совершать указанные сделки без согласия арендодателя. В частности, как в первом, так и во втором случае на момент заключения договора аренды уже известно, что при желании арендатора сдать имущество в субаренду или совершить иные сделки, предусмотренные п. 2 ст. 615 ГК РФ, воля арендодателя в рамках таких сделок не будет иметь никакого правового значения. Иными словами, практика не видит ограничений для совершения арендатором сделок субаренды, перенайма и др. без дополнительного согласия арендодателя, если условие о согласии *a priori* предусмотрено в договоре между ними. Следовательно, также нет никакой практической опасности, если стороны договорились о праве арендатора заключать указанные сделки без согласия арендодателя. В такой ситуации, когда оба механизма приводят к идентичному результату, допустимо говорить о п. 2 ст. 615 ГК РФ как о диспозитивной норме.

Это же касается и правил п. 2 ст. 367 ГК РФ. По своим правовым последствиям исключение договором обязанности получать согласие поручителя отвечать за должника на измененных условиях равнозначно заранее данному согласию. Поэтому в договоре поручительства может быть

предусмотрена любая из рассмотренных конструкций.

Особого упоминания заслуживает предложение второе абзаца второго п. 2. Данная норма предусматривает обязательное установление пределов ответственности поручителя, если он в договоре поручительства заранее дает согласие отвечать за должника на измененных условиях. На первый взгляд включение в договор положения об исключении необходимости получать согласие поручителя способствует обходу требования закона и ухудшает положение поручителя. Представляется, что это не так. Требование закона по большей части является формальным. В рамках действующей нормы поручитель может заранее согласиться отвечать в объеме, который заведомо недостижим. Тем самым фактически он будет поручаться за любые изменения основного обязательства. Аналогичные последствия имеют место, если согласие поручителя исключается вовсе.

При этом если вести речь об условии договора, исключающем необходимость получения согласия поручителя отвечать на измененных условиях, не появляется проблемы беспредметного согласия, которое в доктрине указывается именно как основной юридический недостаток¹².

4. Абзац первый п. 3 устанавливает в качестве основания прекращения поручительства перевод долга на другое лицо, если поручитель не согласится отвечать за нового должника. Возможности для проявления автономии воли у сторон достаточно широки, так как видимые основания для ее ограничения отсутствуют¹³. Кредитор и поручитель могут договориться о том,

¹² Бевзенко Р.С. Новеллы судебной практики в сфере поручительства. Комментарий к постановлению Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством». П. 30.

¹³ Это подтверждает и судебная практика (см. абзац второй п. 17 Постановления № 42).

что перевод долга на любое лицо не прекращает поручительства¹⁴ или не прекращает только в отношении определенных лиц. Последнее может быть выражено посредством заранее данного согласия отвечать по поручительству при переводе долга на определенных лиц. В данном случае согласие не может быть заменено условием, в соответствии с которым при переводе долга на другого должника согласие поручителя не требуется. Этому препятствуют императивные требования к согласию, установленные в абзаце втором п. 3.

Интерес поручителя в согласовании условия о заранее данном согласии может обуславливаться различными факторами, в том числе и не зависящими от взаимоотношений с кредитором, например соглашением с должником, по которому он получает за это условие или в целом по соглашению вознаграждение за выдачу поручительства.

Также стороны могут предусмотреть срок, в течение которого поручитель может дать согласие отвечать по поручительству при переводе долга по основному обязательству, отличный от установленного в абзаце первом п. 3.

5. Пункт 4 устанавливает регулирование для случаев, относительно которых в судебной практике ранее возникали споры по поводу того, прекращается или сохраняется поручительство при их наступлении¹⁵. Данная норма направлена на защиту интересов кредитора. Однако это не означает, что согласование иного правила всегда нарушает его права. Кредитор может получать выгоду за счет уступок от поручителя в других условиях по договору поручительства. Таким образом, видимые основания для ограничения автономии воли сторон отсутствуют. Особо стоит отметить, что автономия воли не имеет значения для слу-

чая, когда основное обязательство все же прекращается смертью гражданина (ст. 418 ГК РФ). Поручительство прекратится вне зависимости от того, предусмотрено ли такое основание соглашением между кредитором и поручителем.

6. Пункт 5 закрепляет правило, в соответствии с которым просрочка кредитора по основному обязательству прекращает поручительство. Это еще один случай, когда нарушается акцессорность прекращения между поручительством и основным обязательством. Только в данном случае норма направлена на прекращение поручительства, а не на его сохранение. Рассматриваемое положение направлено на защиту интересов поручителя. Однако это не означает, что согласование иного правила всегда нарушает его права. Он может получать выгоду за счет условий договора о выдаче поручительства, например за счет повышенного вознаграждения.

7. Абзац второй п. 6 определяет срок действия поручительства при предъявлении кредитором требования о досрочном исполнении основного обязательства. Возможности для проявления автономии воли у кредитора и поручителя максимально широки. Диспозитивность нормы направлена на предоставление сторонам возможности максимально учесть специфику их отношений. Они могут установить любой срок действия поручительства. Он может быть как увеличен, так и уменьшен сторонами по сравнению с первоначально согласованным сроком.

4. Краткие выводы по результатам комментария к положениям об удержании и поручительстве

В качестве послесловия позволим себе выделить некоторые общие тенденции, которые удалось выявить при подготовке настоящего комментария.

¹⁴ Постановление АС Московского округа от 1 июня 2015 г. № Ф05-5598/2015 по делу № А40-131795/2014.

¹⁵ Данные случаи стали также предметом разъяснений в Постановлении № 42 (п. 19 и 20).

1. Получило подтверждение предположение о том, что в результате реформирования общих положений обязательственного права стало сложнее определить характер норм.

В частности, предложение второе п. 4 ст. 363 ГК РФ сформулировано как императивное. Более того, по формальным признакам оно даже больше похоже на норму-запрет. Однако в силу специфической направленности на защиту слабой стороны данная норма по существу является диспозитивной. В другом случае, наоборот, в результате реформы не было внесено изменение в норму, требующую уточнения для упрощения определения ее характера. Речь идет о п. 2 и 3 ст. 365 ГК РФ. Пункт 3 содержит указание на возможность установить соглашением иное правило, нежели то, которое предусмотрено в п. 2. Однако правила п. 2 по существу являются императивными. В результате императивность данной нормы требует очень громоздкого и сложного обоснования, что может быть не воспринято судами на практике.

2. Внесенные в результате реформы изменения содержат достаточно обширное императивное регулирование, в большинстве статей имеются императивные положения. В определенной мере это может служить аргументом против презумпции диспозитивности норм договорного права (или по крайней мере норм общих положений обязательственного права), когда предполагается изначальная диспозитивность соответствующего правила и суд не связан обязанностью обосновывать выбор диспозитивного характера нормы.

3. По-прежнему отсутствует четкое понимание назначения норм, устанавливающих запрет. В частности, п. 4 ст. 363 ГК РФ наделен признаками нормы-запрета. Однако он таковой по существу не является, поскольку допустимо отступление в пользу слабой стороны. Между тем запрет должен блокировать в принципе все последствия совершенной сделки. Это очень серьезное препятствие для гражданско-правовых сделок, в связи с чем норм-запретов в ГК РФ должно быть очень небольшое количество.

Инвестиционный арбитраж

Попытки государств-ответчиков в спорах с иностранными инвесторами реализовать право на встречный иск, заложенное в систему инвестиционного арбитража, приводили к успехам довольно нечасто. Большинство из них отклонялись по юрисдикционным и материально-правовым основаниям. Основными сложностями на их пути являются: (i) положения о разрешении споров международных инвестиционных договоров, касающиеся лишь нарушения обязательств государств по отношению к инвесторам; (ii) требование о единстве юридического инструмента в основе первоначального и встречного требований; (iii) отсутствие указания на национальное право в качестве применимого для разрешения спора в тексте международного инвестиционного договора. По мнению автора, текущая ситуация в арбитражной практике свидетельствует об асимметрии между тем, как реализуются процессуальные права инвесторов и принимающих государств. В статье предлагаются способы сбалансировать систему международного инвестиционного права, с тем чтобы сделать ее менее затруднительной для встречных исков. Автор приходит к выводу, что это может помочь ответить на волну критики, которой подвергается инвестиционный арбитраж в последнее десятилетие.

Е.С. Бузова,

LLM по инвестиционному арбитражу,
Университет Уппсалы (Швеция)

Встречные иски в спорах между иностранными инвесторами и государствами: в поисках баланса в инвестиционном арбитраже

1. Введение

Инвестиционный арбитраж как способ разрешения споров между иностранными инвесторами и государствами, принимающими инвестиции, традиционно воспринимается как дорога с односторонним движением для инвесторов, а не государств. Государствам зачастую отводится роль «вечного ответчика»¹, что предполагает для

них единственный успешный сценарий исхода спора – отклонение требований инвестора и отнесение на него расходов, связанных с арбитражным разбирательством. С этим связана значительная часть критики, которой подвергается система инвестиционного арбитража в том виде, в каком она функционирует в настоящее время.

Однако основатели Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)) (далее – МЦУИС) – наиболее востре-

¹ Toral M., Schultz Th. Chapter 25. The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations // The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality / M. Waibel, A. Kaushal, K.-H.L. Chung, C. Balchin (eds.). Kluwer Law Interna-

tional, 2010. P. 577 (доступно в Интернете по адресу: https://papers.ssrn.com/abstract_id=1811922).

бованного механизма разрешения инвестиционных споров сегодня² — при его учреждении в 1965 г. руководствовались необходимостью сбалансировать интересы инвесторов и государств. В связи с этим возможность инициировать арбитражное разбирательство и заявлять требования была предоставлена как инвесторам, так и государствам³. В систему инвестиционного арбитража был заложен инструмент, предполагающий, что это дорога с двусторонним движением, т.е. предусматривающий право государств на встречный иск.

Рассмотрение встречных исков в инвестиционном арбитраже имеет ряд процессуальных и материально-правовых преимуществ — как с точки зрения государств, так и иностранных инвесторов. В первую очередь рассмотрение встречных исков именно в рамках арбитражных разбирательств, а не в рамках процессов в национальных судах принимающих государств предпочтительнее исходя из соображений нейтральности и независимости форума. Кроме того, с точки зрения процессуальной экономии и эффективности представляется более целесообразным заявлять встречные иски, связанные с основными требованиями инвесторов, в рамках одного и того же разбирательства, чем инициировать отдельное производство.

Наконец, данный механизм может способствовать реализации общих принципов законности и верховенства права в системе международного инвестиционного пра-

ва путем привлечения инвесторов к ответственности за их правонарушения. Это особенно актуально сегодня в свете повышения внимания в инвестиционном арбитраже к вопросам защиты окружающей среды, здоровья, прав человека и корпоративной ответственности.

Вместе с тем, как показывает обзор арбитражной практики по арбитражным регламентам МЦУИС и ЮНСИТРАЛ, встречные иски государств были успешными пока довольно нечасто: лишь в пяти из примерно 30 споров встречные иски государств-ответчиков были удовлетворены арбитрами⁴. В остальных случаях встречные иски государств отклонялись либо по юрисдикционным основаниям, без перехода к рассмотрению по существу, либо по материально-правовым основаниям.

2. Регуляторная основа встречных исков государств к инвесторам в инвестиционном арбитраже

Право государств на встречный иск является неотъемлемым элементом системы разрешения инвестиционных споров, что отражено в положениях как Конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами (Вашингтон, 18 марта 1965 г.)⁵ (далее — Вашингтонская конвенция) и Арбитражного регламента МЦУИС⁶, так и Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ

² Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016 // IIA Issues Note. 2017. Issue 1 (доступно в Интернете по адресу: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d1_en.pdf).

³ Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States // ICSID Convention, Regulations and Rules (ICSID/15). ICSID, 2006. Para. 13 (p. 41) (доступно в Интернете по адресу: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf).

⁴ Более подробные данные см.: *Popova I.C., Poon F.* From Perpetual Respondent to Aspiring Counterclaimant? State Counterclaims in the New Wave of Investment Treaties // BCDR International Arbitration Review. 2015. Vol. 2. Issue 2. P. 246.

⁵ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States // ICSID Convention, Regulations and Rules (ICSID/15). P. 11–33.

⁶ Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules) // ICSID Convention, Regulations and Rules (ICSID/15). P. 103–128.

(в редакциях 1976 и 2010 г.). Для того чтобы определить сложности на пути предъявления встречных исков государствами в практике инвестиционных арбитражей, необходимо рассмотреть основные положения указанных источников, регулирующие данный вопрос.

2.1. Вашингтонская конвенция и Арбитражный регламент МЦУИС

Статья 46 Вашингтонской конвенции и правило 40(1) Арбитражного регламента МЦУИС прямо предусматривают право государств заявлять встречные иски к инвесторам в рамках арбитражного разбирательства. Предусматриваются три условия, при которых допускается рассмотрение встречного иска:

1) непосредственная связь с предметом спора (arising directly out of the subject-matter of the dispute);

2) подпадание под согласие сторон на разрешение спора в МЦУИС (within the scope of consent of the parties);

3) подпадание под юрисдикцию МЦУИС по иным юрисдикционным критериям (otherwise within the jurisdiction of the Centre)⁸.

2.2. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ

Формулировки положений о встречных исках Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ различаются в его версиях 1976 и 2010 г.

Статья 19(3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в редакции 1976 г., на основании которой было рассмотрено наибольшее число встречных исков государств к инвесто-

рам в рамках арбитражных разбирательств по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ⁹, предусматривает, что встречные требования должны возникать из того же договора (contract), что и требования истца.

Данная формулировка была разработана с ориентацией преимущественно на коммерческие споры, поэтому не вполне подходит для инвестиционных споров, которые могут возникать из международных договоров (treaties), что обусловило необходимость ее изменения. Статья 21(3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 г. предусматривает, что рассмотрение встречных исков допускается при наличии на это компетенции состава арбитража.

При толковании арбитрами данного положения Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 г. анализировались по сути те же критерии, которые предъявляются к встречным искам Вашингтонской конвенцией (кроме вышеобозначенного критерия 3), очевидно характерного преимущественно для МЦУИС). Так, например, в деле *Oxus Gold v. The Republic of Uzbekistan*¹⁰ встречный иск ответчика был отклонен, так как арбитры посчитали, что он не подпадает под согласие на разрешение спора в том виде, в каком оно сформулировано в двустороннем инвестиционном соглашении (Bilateral Investment Treaty (BIT)) (далее – ДИС), а также не связан достаточно тесно с предметом спора¹¹.

⁷ Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в редакции 1977 г. (доступно в Интернете по адресу: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-r.pdf>); Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 г. (доступно в Интернете по адресу: <https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-r.pdf>).

⁸ Последнее из перечисленных условий относится к общим юрисдикционным требованиям ст. 25(1) Вашингтонской конвенции.

⁹ Исключения из этого составляют несколько относительно недавних дел (см.: *Oxus Gold v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Final Award (17 December 2015) (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7238_2.pdf); *Hesham Talaat M. Al-Warraq v. The Republic of Indonesia*, UNCITRAL, Final Award (15 December 2014) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4164.pdf>)).

¹⁰ *Oxus Gold v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Final Award, ¶ 906–959.

¹¹ *Burova E. Counterclaims in Oxus Gold v. Uzbekistan: Is Investor-State Arbitration Still a One-Way Road?* (<http://www.cisarbitration.com/2016/08/16/counterclaims-in-oxus-gold-v-uzbekistan-is-investor-state-arbitration-still-a-one-way-road/>).

3. В чем заключаются основные сложности, возникающие на пути предъявления встречных исков государств к инвесторам?

Среди перечисленных условий рассмотрения встречных исков основные дискуссии относительно их толкования в арбитражной практике и комментариях вызвали условия о 1) непосредственной связи с предметом спора и 2) подпадании под согласие на арбитраж. Несмотря на различия в формулировках условий для рассмотрения встречных исков в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ и Вашингтонской конвенции, арбитражные решения, вынесенные на основе обоих источников, показательны в контексте данной проблемы.

3.1. Толкование условия о подпадании встречного иска под согласие сторон на разрешение спора

Согласие сторон на рассмотрение спора в арбитраже является основой компетенции состава арбитража в спорах между иностранными инвесторами и государствами¹². Оно может быть выражено в международном двустороннем или многостороннем инвестиционном договоре, национальном законодательстве принимающего государства или инвестиционном контракте между иностранным инвестором и государством.

Для определения того, подпадают ли встречные иски под согласие сторон, в большинстве рассмотренных дел обращались к положениям о разрешении споров в международных договорах. Можно выделить две основные сложности на пути предъявления встречных исков, вытекающие из положений инвестиционных договоров:

1) положения о разрешении споров, касающиеся нарушений обязательств по инвестиционным договорам государства

ми (например, ст. 26(1) Договора к Энергетической Хартии¹³ (Energy Charter Treaty (ECT)) (далее – ДЭХ));

2) положения о применимом праве, отсылающие только к самому международному инвестиционному договору и (или) международному праву и не указывающие на национальное право в качестве применимого для разрешения споров.

Одним из наиболее показательных примеров является решение по делу *Roussalis v. Romania*¹⁴, в котором встречный иск Румынии к греческому инвестору был отклонен большинством состава арбитража. Встречный иск основывался на заявляемых ответчиком нарушениях инвестором обязательств по внесению согласованных платежей в инвестиционный проект. Арбитры мотивировали свое решение путем толкования положения о разрешении споров в ДИС между Грецией и Румынией (ст. 9(1)), предусматривающего, что на рассмотрение арбитража могут передаваться споры, касающиеся обязательств *государств по отношению к инвесторам*. Это условие было интерпретировано большинством арбитров как исключающее возможность заявления встречного иска государством на основе обязательств инвестора¹⁵.

С этим мнением не согласился один из арбитров, профессор М. Ризман (M. Reisman). Он высказался в своем особом мнении¹⁶, что в тех случаях, когда государства – участники ДИС соглашаются на арбитраж

¹³ Договор к Энергетической Хартии и связанные с ним документы. Правовая основа для международного энергетического сотрудничества. Брюссель: Секретариат Энергетической Хартии, 2004. С. 82 (доступно в Интернете по адресу: <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-ru.pdf>).

¹⁴ *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award (7 December 2011) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf>).

¹⁵ *Ibid.*, ¶ 869.

¹⁶ *Spyridon Roussalis v. Romania*, Declaration (28 November 2011) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0724.pdf>).

¹² Schreuer Chr.H., Malintoppi L., Reinisch A., Sinclair A. The ICSID Convention: A Commentary. 2nd ed. Cambridge University Press, 2009.

в МЦУИС, условие о согласии на встречный иск из ст. 46 Вашингтонской конвенции автоматически удовлетворяется при выборе инвестором МЦУИС. Кроме того, профессор Ризман подчеркнул, что состав арбитров, отклоняя компетенцию МЦУИС на рассмотрение встречного иска, тем самым вынуждает государство-ответчика заявлять те же требования к инвестору в своем государственном суде, что противоречит воле сторон на передачу спора в независимый международный арбитраж. Представляется, что, кроме удвоения финансовых и временных затрат, которого можно было бы избежать при рассмотрении встречных требований в рамках одного арбитражного разбирательства, этот результат не соответствует целям международного инвестиционного права.

Дискуссия между арбитрами в деле *Roussalis v. Romania* иллюстрирует различные подходы к толкованию условия о подпадании встречного иска под согласие сторон на разрешение спора в МЦУИС: с одной стороны, ограничительный подход — исключение встречных исков из сферы действия арбитражного соглашения в тех случаях, когда условие о разрешении споров в ДИС касается обязательств государств по отношению к инвесторам (например, ст. 26(1) ДЭХ¹⁷); с другой стороны, расширительный подход — подпадание встречных исков под согласие сторон на разрешение спора арбитражем в силу выбора ими МЦУИС в международном договоре. Текущая арбитражная практика тяготеет к первому, более ограничительному толкованию данного условия.

Кроме того, арбитры в указанном деле также мотивировали свое решение со ссылкой на условие о применимом праве ДИС между Грецией и Румынией (ст. 9(5)). Оно предусматривает, что спор должен разре-

шаться в соответствии с положениями самого ДИС, а также применимыми нормами и принципами международного права. Арбитры отметили, что ДИС налагает обязательства только на государства, а не на инвестора, следовательно, когда сам ДИС является применимым правом для разрешения спора, встречные иски не подпадают под компетенцию состава арбитража¹⁸.

Данная проблема наиболее актуальна в арбитражных разбирательствах на основе международных договоров. Некоторые из них указывают в качестве применимого права сам договор и международное право, а некоторые — в дополнение также национальное право государства, принимающего инвестиции. В первом случае государству-ответчику более проблематично добиться успеха, заявляя встречный иск, по причине того, что международный договор, сторонами которого являются государства, а не инвесторы, не будет предусматривать обязательства инвесторов по отношению к принимающему государству. В отличие от международных договоров, инвестиционные контракты между инвесторами и государствами налагают обязанности в том числе и на инвесторов, являющихся их непосредственными сторонами. Это делает менее проблематичным для государства предъявление встречного иска в арбитраже на основе инвестиционного контракта.

3.2. Толкование условия о непосредственной связи с предметом спора

В силу того, что согласие сторон на арбитраж распространяется лишь на определенные ими виды споров, условие о связи встречного и первоначального исков является обязательным для возможности его рассмотрения международным арбитражем, в отличие от национального процессуального законодательства¹⁹. Практи-

¹⁷ *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, SCC Case No. 080/2005, Final Award (26 March 2008) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0030.pdf>).

¹⁸ *Spyridon Roussalis v. Romania*, Award, ¶ 870–871.

¹⁹ См., например, ст. 132 АПК РФ, ст. 138 ГПК РФ.

ческие соображения, лежащие в основе данного условия, направлены на процессуальную экономию и избежание риска вынесения разными составами арбитража решений, противоречащих друг другу.

Основной вопрос, возникающий при толковании условия о непосредственной связи встречного иска с предметом спора, заключается в характере этой связи: подразумевается юридическая или фактическая связь? Иными словами, должны ли требования по встречному и первоначальному искам основываться на одном и том же юридическом инструменте (например, ДИС, многостороннем инвестиционном соглашении (далее – МИС) или инвестиционном контракте) либо же на одних и тех же фактических обстоятельствах (т.е. относиться к одному и тому же инвестиционному проекту)?

В деле *Saluka v. The Czech Republic*²⁰ состав арбитража, отклонивший встречный иск Чехии к голландскому инвестору, который основывался в том числе на нарушениях национального законодательства, истолковал данное условие как подразумевающее юридическую связь между встречным и первоначальными исками. Арбитры указали при этом, что поскольку требования Чехии к инвестору основаны на правах и обязанностях, предусмотренных национальным правом Чехии, по отношению ко всем лицам, подпадающим под юрисдикцию этого государства, то и рассматриваться они должны в соответствии с процедурами, предусмотренными правом Чехии, а не ДИС между Чехией и Нидерландами²¹. Соответственно, арбитры не увидели единого юридического основания у требований истца (основывавшихся на ДИС) и ответчика (основывавшихся преимущественно на национальном праве Чехии).

Позиция состава арбитража в деле *Saluka v. The Czech Republic* вызвала дискуссию среди практиков и ученых, большинство из участников которой усомнились в ее принципиальной пригодности для инвестиционного арбитража²². Она исключает возможность государств заявлять встречные иски в тех случаях, когда требования инвестора основываются на ДИС или МИС. Обязательства государств по отношению к инвестору, предусмотренные в большинстве действующих ДИС и МИС, являются односторонними по своей природе. Инвестор, не являясь формально стороной международного договора, не несет обязательств по отношению к государству, что делает невозможным заявление встречного иска к нему на основании того же юридического инструмента.

Альтернативный способ толкования данного условия предлагается в одном из следующих разделов статьи.

4. Есть ли необходимость искать баланс в инвестиционном арбитраже?

Несмотря на то что право государств на встречный иск заложено в систему разрешения инвестиционных споров, его реализация на практике, как показывает анализ арбитражных решений, сопряжена с рядом трудностей. Основные из них связаны, во-первых, с формулировками положений ДИС и МИС о разрешении споров, касающимися лишь нарушений обязательств государств по отношению к инвесторам, во-вторых, с толкованием условия о связи встречного иска с предметом спора как подразумевающего единое юридическое,

²⁰ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim (7 May 2004).

²¹ *Ibid.*, ¶ 79.

²² *Lalive P, Halonen L. On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration // Czech Yearbook of International Law. 2011. Vol. II. P. 141–156* (доступно в Интернете по адресу: http://www.lalive.ch/data/publications/pla_lha_availability_counterclaims_invtreaty_arb2011.pdf); *Kendra Th. State Counterclaims in Investment Arbitration – A New Lease of Life? // Arbitration International. 2013. Vol. 29. Issue 4. P. 575–606.*

а не фактическое основание и, в-третьих, с положениями ДИС и МИС, не предусматривающими национальное право государств-участников как применимое для разрешения инвестиционного спора.

Сложившийся в арбитражной практике подход к встречным искам государств к инвесторам представляется несколько далеким от принципов, заложенных в систему разрешения инвестиционных споров ее основателями. Помимо нарушения принципов процессуальной экономии и эффективности ввиду увеличения финансовых и временных затрат на рассмотрение инвестиционных споров, а также риска вынесения противоречивых решений, это не соответствует одной из главных целей учреждения МЦУИС — рассмотрению споров между иностранными инвесторами и принимающими государствами в независимом международном форуме.

Контраргументы против того, чтобы сделать режим инвестиционного арбитража более благосклонным к встречным искам, связаны с традиционным пониманием инвестиционного арбитража как механизма защиты прав исключительно иностранных инвесторов. Оно сводится к тому, что необходимо сдерживать от злоупотреблений не иностранных инвесторов, а принимающие государства. Зачастую утверждается, что государства, принимающие иностранные инвестиции, уже обладают определенным преимуществом в своих правоотношениях с инвесторами за счет того, что устанавливают «правила игры» для инвестирования на своей территории²³. Исходя из наличия такой асимметрии, ставится под вопрос сама необходимость любой балансировки международного инвестиционного права.

Однако, даже если оставить без внимания вышеупомянутый базовый принцип, состоящий в том, что право государств на

встречный иск является неотъемлемым элементом системы инвестиционного арбитража наравне с правом инвестора заявлять требования против государств, на указанные контраргументы можно ответить исходя из двух следующих соображений.

Во-первых, функция встречных исков в инвестиционном арбитраже скорее защитная, чем наступательная, «щит, а не меч»²⁴. Цель этого процессуального механизма заключается не в атаке государства на иностранного инвестора для получения от него денежной компенсации, а в уменьшении сумм, присужденных истцам, в результате зачета сумм, присужденных ответчикам в случае удовлетворения их встречных исковых требований.

Во-вторых, необходимо понимать, что потребность государств как ключевых участников международных инвестиционных проектов в защите своих интересов сегодня гораздо актуальнее, чем на момент возникновения системы разрешения инвестиционных споров в середине XX в. Нынешний этап развития международного инвестиционного права отличается постепенным повышением внимания к вопросам защиты окружающей среды, прав человека, общественного здоровья, корпоративной ответственности. Прежний акцент на модели производства, не отличавшейся ресурсоэффективностью и учетом необходимости уменьшения загрязнения окружающей среды, постепенно начал сменяться моделью с более низким «экологическим следом». Это заставляет государства, принимающие иностранные инвестиции, менять свои подходы к регулированию данной сферы деятельности²⁵. Одним из ключевых вопросов сегодня является уравнивание обязанностей государств по защите иностранных

²³ Laborde G. The Case for Host State Claims in Investment Arbitration // Journal of International Dispute Settlement. 2010. Vol. 1. Issue 1. P. 98.

²⁴ Berger K.P. Set-Off in International Economic Arbitration // Arbitration International. 1999. Vol. 15. Issue 1. P. 54.

²⁵ Viñuales J.E. Foreign Investment and The Environment in International Law: The Current State of Play (https://papers.ssrn.com/abstract_id=2661970).

инвесторов и необходимости осуществлять свои регулятивные полномочия (regulatory powers) и во внутригосударственных отношениях²⁶, в особенности в контексте защиты окружающей среды и прав человека.

Позитивное отношение к встречным искам государств в инвестиционном арбитраже отмечается в ряде недавних споров, рассмотренных в начале 2017 г.²⁷

Так, в феврале 2017 г. в деле *Burlington v. Ecuador*²⁸ состав арбитража удовлетворил оба встречных иска, предъявленных Эквадором к американской нефтегазовой компании. Первая группа требований заключалась в компенсации за экологический ущерб, причиненный инвестором в результате загрязнений почвы и грунтовых вод на участке эксплуатировавшегося им нефтяного месторождения. Вторая группа требований касалась компенсации за инфраструктурный ущерб, причиненный в результате нарушений инвестором стандартов эксплуатации месторождения и оборудования. По итогам рассмотрения Эквадору была присуждена сумма компенсации в размере 41,7 млн долл., подлежащая зачету против суммы, которая будет присуждена истцу.

Несмотря на то что в деле *Burlington v. Ecuador* инвесторы не оспаривали компетенцию арбитров в отношении встречных требований государства, это дело примечательно тем, что состав арбитража пришел к выводу о непосредственной связи встречных исков с предметом спора. Ар-

битры указали, что поскольку встречные требования Эквадора относятся к одному и тому же инвестиционному проекту (в частности, блокам 7 и 21 нефтяного месторождения), то они тесно связаны с требованиями инвестора. Также примечательно, что арбитры не перешли к выяснению вопроса о наличии юридической связи между требованиями инвестора и государства. Отсюда можно предположить, что состав арбитража истолковал положение ст. 46 Вашингтонской конвенции как подразумевающее скорее фактическую, чем юридическую связь между предметом спора и встречными требованиями государства. Это является прогрессивным шагом в толковании указанной статьи.

Еще один позитивный пример — на этот раз в отношении юрисдикционных аспектов встречных исков государств в инвестиционном арбитраже — демонстрируется в недавнем деле *Urbaser v. The Argentine Republic*²⁹. Встречные требования Аргентины к испанскому инвестору касались обязательств истцов по концессионному соглашению в отношении водных и канализационных услуг в агломерации Большой Буэнос-Айрес. Аргентина заявляла в обоснование своего встречного иска, что истцы из-за несоблюдения обязательств по внесению согласованных инвестиций нарушили принципы добросовестности и *pacta sunt servanda* по праву Аргентины и международному праву. Кроме того, что более важно, по заявлению Аргентины, инвесторы нарушили базовые права человека на чистую воду, что повлияло на окружающую среду и здоровье населения на указанной территории.

Состав арбитража признал наличие компетенции на рассмотрение встречных требований Аргентины, но отклонил их по существу. С юрисдикционной точки зрения важны следующие выводы арбитров. Состав

²⁶ *Bubrowski H.* 12. Balancing IIA Arbitration through the Use of Counterclaims // *Improving International Investment Agreements* / A. de Mestral, C. Lévesque (eds.). Routledge, 2013. P. 212–229.

²⁷ См. подробнее: *Burova E.* Jurisdiction of Investment Tribunals over Host States' Counterclaims: Wind of Change? (<http://kluwerarbitrationblog.com/2017/03/06/jurisdiction-of-investment-tribunals-over-host-states-counterclaims-wind-of-change/>).

²⁸ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Counterclaims (7 February 2017) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8206.pdf>).

²⁹ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (7 December 2016).

арбитража указал, что такое асимметричное понимание природы международных инвестиционных соглашений, которое не допускает обращение государств с встречными требованиями к инвесторам, является чрезмерно категоричным и неправильным.

Кроме того, важно, что арбитры не согласились с аргументом истца о том, что он ограничил сферу действия арбитражного соглашения путем заявления требований, касающихся лишь ущерба инвесторам. Арбитры указали, что в отсутствие прямого исключения возможности заявления встречных требований обеими сторонами спора утверждать, что ими заключено соответствующее арбитражное соглашение, нельзя³⁰.

Помимо этого дело *Urbaser v. The Argentine Republic* значимо еще и тем, что в нем отмечается, что для признания компетенции состава арбитража применительно к требованию о непосредственной связи с предметом спора достаточно наличия фактической связи³¹. Это демонстрирует явный отход от прежней арбитражной практики (см. дела *Saluka v. Czech Republic*, *Paushok v. Mongolia*³²), истолковывающей данный критерий ограничительно, как требующий единства юридического основания для основного и встречного требований.

Еще один позитивный пример по вопросу встречных исков в инвестиционном арбитраже – дело *Perenco v. Ecuador*³³. В этом деле требования Эквадора касаются ущерба окружающей среде в результате

загрязнений на нефтяном месторождении, которое эксплуатировалось французским инвестором, и основываются в том числе на положениях национального законодательства (в частности, положениях Конституции Эквадора об объективной ответственности за экологический ущерб (ст. 396)³⁴). В промежуточном решении, вынесенном по итогам проведения отдельного слушания по встречному иску, арбитры, признав компетенцию на его рассмотрение, подчеркнули важность улучшения состояния окружающей среды в современном мире³⁵. Дав оценку экспертным заключениям сторон об экологическом ущербе, они приняли решение о проведении дополнительной экспертизы, а также в ноябре 2016 г. совместно со сторонами процесса и назначенным ими экспертом осмотрели место предполагаемого ущерба³⁶.

Несмотря на то что данное дело все еще находится в стадии рассмотрения на момент подготовки материала, уже можно судить о его положительном значении в контексте встречных исков государств к иностранным инвесторам. Вместе с тем некоторые из обозначенных сложностей, которые обычно возникают на пути государств при заявлении встречных исков, не были затронуты в деле *Perenco v. Ecuador*, поскольку они в принципе не возникли – отчасти из-за довольно широко сформулированного положения о разрешении споров в ДИС между Эквадором и Францией (ст. 9), отсылающего ко «всем спорам, касающимся инвестиций».

Текущая ситуация в арбитражной практике свидетельствует об асимметрии между тем, как реализуются процессуальные права инвесторов и принимающих государств. Это наводит на мысль о необходимости

³⁰ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 1143–1147.

³¹ *Ibid.*, ¶ 1151.

³² *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability (28 April 2011) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0622.pdf>).

³³ *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim (11 August 2015) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6315.pdf>).

³⁴ *Ibid.*, ¶ 76.

³⁵ *Ibid.*, ¶ 34.

³⁶ <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/08/6>

сбалансировать систему инвестиционно-го арбитража, с тем чтобы сделать ее менее затруднительной для встречных исков. Это также может помочь ответить на волну критики, обрушившуюся на инвестиционный арбитраж в последнее десятилетие.

5. Каким образом можно преодолеть трудности, препятствующие эффективной реализации права государств на встречный иск в инвестиционном арбитраже?

5.1. Уход от ограничительного толкования инвестиционных соглашений

Представляется, что формулировки положений о разрешении споров во многих действующих ДИС и МИС допускают толкование, которое удовлетворяло бы требованию о подпадании встречного иска под согласие на арбитраж. Так, арбитражные оговорки с формулировками, охватывающими широкие категории споров (например, «все споры», «любые споры», «споры, связанные с инвестициями»), вполне могут истолковываться арбитрами как допускающие право ответчика на предъявление встречного иска и удовлетворяющие условию о подпадании под согласие на рассмотрение спора составом арбитров (что и было сделано в недавнем деле *Urbaser v. The Argentine Republic*).

Вместе с тем, даже если положение о разрешении споров в ДИС или МИС сформулировано довольно ограничительно (например, как в деле *Roussalis v. Romania* в ДИС между Румынией и Грецией), представляется, что оно все же может толковаться расширительно. Несмотря на кажущуюся ограниченность сферы согласия на арбитраж в подобных положениях, относящихся к спорам из нарушений обязательств государств по ДИС или МИС, исключение права на заявление встречного иска исходя лишь из ДИС или МИС кажется неоправданным.

Для того чтобы определить пределы согласия на рассмотрение арбитражем встречного иска, толкования только положений о разрешении споров в ДИС или МИС недостаточно в отсутствие прямого исключения встречных исков из сферы согласия на арбитраж³⁷. ДИС и МИС должны толковаться совместно с положениями Вашингтонской конвенции, поскольку оба этих документа определяют нормативно-правовую основу компетенции состава арбитража.

Руководствуясь общими правилами толкования международных договоров Венской конвенции о праве международных договоров (ст. 31), в частности исходя из обычного значения формулировки начала ст. 46 Вашингтонской конвенции («если сторонами не предусмотрено иное»), возможно интерпретировать ее как опровержимую презумпцию согласия на рассмотрение арбитражем встречных исков. Это предполагает, что, если стороны не желают передавать на рассмотрение арбитража встречные иски, это необходимо прямо исключить соответствующими формулировками в тексте международного договора либо после возникновения спора. Соответственно, в отсутствие прямого исключения этого сторонами имеется подразумеваемое согласие на рассмотрение встречного иска арбитражем.

Это также будет означать, что прямо выраженного согласия на рассмотрение встречных исков в тексте ДИС или МИС или иным образом не требуется в силу согласия на рассмотрение спора по правилам Вашингтонской конвенции. Если бы встречные иски были допустимы только при наличии соответствующих прямых формулировок ДИС или МИС либо при

³⁷ *Bravin M.M., Kaplan A.B. Arbitrating Closely Related Counterclaims in the Wake of Spyridon Roussalis v. Romania // Transnational Dispute Management. 2012. Vol. 9. Issue 4. P. 6 (доступно в Интернете по адресу: <http://www.winston.com/images/content/1/2/1252.pdf>).*

согласии истца, нормы о встречных исках Вашингтонской конвенции были бы лишены смысла.

Потенциальным контраргументом истца может быть то, что он принимает оферту на рассмотрение споров арбитрами (арбитражное соглашение в ДИС или МИС) именно в том виде, в каком она сформулирована. То есть в тех случаях, когда соглашение отсылает к спорам, касающимся обязанностей государств по отношению к инвесторам (как, например, в деле *Rousalis v. Romania*), инвестор соглашается на передачу в арбитраж лишь этой обозначенной категории споров.

Однако представляется, что функцией положений о разрешении споров в ДИС и МИС является определение общих границ требований, которые могут передаваться в арбитраж, а не исключение таким образом встречных исков из компетенции арбитров. Арбитражные соглашения в ДИС имеют различные формулировки: например, положение ДИС между СССР и Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии (ст. 8) сформулировано довольно узко и отсылает к спорам, относящимся или к размеру и порядку выплаты компенсации, или к любым другим вопросам, являющимся результатом акта экспроприации. При составлении арбитражных соглашений в ДИС государства-участники руководствуются не целями исключения возможности рассмотрения встречных исков государств к инвесторам, а целями определения общих категорий споров, которые они согласны рассматривать в арбитраже. Если встречный иск основывается на тех же фактических обстоятельствах, что и первоначальный иск инвестора, он *ipso facto* подпадает под компетенцию состава арбитража³⁸.

³⁸ Douglas Z. 15. The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration // *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards* / P.-M. Dupuy, J.E. Viñuales

5.2. Толкование условия о связи встречного иска с предметом спора как предполагающей фактическую связь

Другой вопрос, который требует изменения подхода к его разрешению в арбитражной практике, — это интерпретация условия о связи встречного иска с предметом спора. Представляется целесообразным толковать его как подразумевающее фактическую, а не юридическую связь требований по встречному и первоначальному искам.

Представляется безосновательным вводить требование о единстве юридических инструментов, лежащих в основе встречного иска и первоначального требования, при толковании условия о связи с предметом спора из ст. 46 Вашингтонской конвенции. Предмет инвестиционного спора, как пишет З. Дуглас, определяется правами, вытекающими из инвестиционного проекта, и разногласиями по вопросам фактов и права между иностранным инвестором и принимающим государством³⁹. Ничего в данном определении не дает оснований для вывода о доминировании юридической составляющей над фактической.

В подготовительных текстах Вашингтонской конвенции находим подтверждение толкованию в пользу фактической, а не юридической связи: данное условие должно считаться соблюденным, когда фактическая связь первоначального и встречного иска настолько близка, что требуется их совместное рассмотрение для того, чтобы разобрататься со всеми основаниями спора, вытекающего из одного и того же предмета⁴⁰.

Приятно наблюдать, что высказанные идеи уже реализуются в практике инве-

(eds.). Cambridge University Press, 2013. P. 430 (доступно в Интернете по адресу: http://www.matrix-law.co.uk/wp-content/uploads/2016/03/02_10_2013_01_41_21_The-Enforcement-of-Environmental-Norms-in-Investment-Treaty-Arbitration.pdf).

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Note B(a) to ICSID Arbitration Rule 40 // *ICSID Reports*. 1993. Vol. 1. P. 100.

стиционного арбитража. В рассмотренных выше недавних делах — *Urbaer v. The Argentine Republic* и *Burlington v. Ecuador* — составы арбитража придерживались именно толкования в пользу фактической связи.

5.3. Рекомендации для подготовки будущих международных инвестиционных договоров

Предложенные выше способы решения сложностей на пути предъявления встречных исков государствами в практике инвестиционных арбитражей касаются преимущественно толкования действующих ДИС и МИС, а также арбитражных регламентов. Однако можно предложить и ряд рекомендаций для составления будущих инвестиционных договоров.

В целом для действующих ДИС и МИС нехарактерно наличие положений, напрямую касающихся вопроса о встречных исках государств. Вместе с тем все же можно найти ряд многосторонних соглашений, а также проект типового ДИС, которые содержат положения, затрагивающие право государств на встречный иск.

В частности, одна из ранних версий проекта Типового ДИС Индии⁴¹, опубликованная в целях обсуждения в 2015 г., содержала положение, позволяющее государствам-участникам заявлять встречные иски за нарушение инвесторами некоторых положений ДИС. Данные положения налагали на инвесторов обязанности, связанные с антикоррупционными практиками, раскрытием информации, налогообложением и общим соблюдением национального права принимающего государства при реализации инвестиционных проектов. Во время публичных консультаций данное предложение встретило серьезную критику, преимущественно со стороны бизнес-сообщества: оно критиковалась

за его «неуместность в ДИС». По мнению его противников, решать обозначенные вопросы следует в рамках национальных судов, а не международных трибуналов⁴². Как следует из отсутствия указанных статей в принятой версии Типового ДИС Индии, попытка включить положения, прямо допускающие рассмотрение встречных исков в инвестиционном арбитраже, не увенчалась успехом.

Более позитивным примером является МИС Общего рынка Восточной и Южной Африки 2007 г. (Investment Agreement for the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) Common Investment Area)⁴³: ст. 28(9) прямо предусматривает право государств-участников заявлять встречный иск, если инвестор не исполняет свои обязательства по данному Соглашению, включая обязательства по соблюдению национального законодательства, а также принятию разумных мер по уменьшению возможных убытков.

Еще одним относительно позитивным примером является проект Соглашения о Транстихоокеанском партнерстве (Trans-Pacific Partnership (TPP))⁴⁴: ст. 9.19(2) позволяет государствам-участникам заявлять встречный иск, связанный с фактическим и правовым основанием первоначального иска, для целей зачета против требований истца. Однако данная возможность ограничивается лишь случаями предъявления инвестором требований, связанных

⁴¹ Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty (https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf).

⁴² Comments of the National Association of Manufacturers (NAM) on the Draft Indian Model Bilateral Investment Treaty (April 10, 2015) (<http://www.nam.org/Issues/Trade/ISDS/NAM-Comments-on-Draft-India-Model-Bilateral-Investment-Treaty-Joint-US-EU-Business.pdf>); см. также: *Rai S., Dwivedi A.* Foreign Investment Protection: A Flawed Approach (<http://swarajyamag.com/economy/foreign-investment-protection-a-flawed-approach>).

⁴³ <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3092>

⁴⁴ Trans-Pacific Partnership, Ch. 9 (<https://ustr.gov/sites/default/files/TPP-Final-Text-Investment.pdf>).

с разрешением на инвестицию (investment authorization) или инвестиционным соглашением, как следует из п. 1 указанной статьи. Поэтому данное положение не открывает перспективу для встречных исков государств при требованиях, касающихся нарушений материально-правовых положений Соглашения (например, о запрете экспроприации, дискриминации, справедливом и равном отношении к иностранным инвестициям)⁴⁵.

С практической точки зрения можно порекомендовать государствам в рамках работы над проектами будущих инвестиционных соглашений и типовых ДИС обратить внимание на вопрос встречных исков. Это можно сделать путем прямого закрепления права на встречные иски требования, связанные с предметом спора, в тексте положений о разрешении споров в ДИС или МИС. Это поможет минимизировать риск, связанный с ограничительным толкованием условия о подпадании встречного иска под согласие на арбитраж из ст. 46 Вашингтонской конвенции и правила 40(1) Арбитражного регламента МЦУИС.

Кроме того, во избежание юрисдикционных сложностей, подобных тем, с которыми столкнулась Румыния в деле *Roussalis v. Romania*, можно предложить отход от ограничения сферы категорий споров, передаваемых на рассмотрение в арбитраж, лишь связанными с нарушениями обязательств по ДИС или МИС государством-участником.

Также рекомендуется уделить особое внимание положениям ДИС и МИС о пра-

ве, применимом для разрешения спора, и включать в них национальное право государств — участников международного договора. В этом же контексте можно предложить акцентировать внимание на положениях ДИС и МИС о соблюдении инвесторами национального законодательства принимающего государства (compliance with domestic law provisions). Это позволит перенести общие обязательства инвестора по местному законодательству, относящиеся к инвестиционному проекту, на уровень международного договора и, соответственно, даст возможность государствам заявлять встречные требования ввиду несоблюдения данных обязательств в указанных в нем форумах.

Еще одной рекомендацией может быть внедрение так называемой «зеркальной» или «обратной» зонтичной оговорки (umbrella clause)⁴⁶, т.е. налагающей обязательства не на государство, как это происходит с традиционной зонтичной оговоркой, а на инвестора. По аналогии с традиционным сценарием ее механизм действия может заключаться в том, что все обязательства (в том числе возникающие из договоров между инвестором и принимающим государством), которые инвестор принимает на себя в связи с инвестициями, получают дополнительную защиту на уровне ДИС. Таким образом, государство сможет предъявлять встречные требования, основанные на обязательствах инвестора по инвестиционному соглашению, в рамках механизмов разрешения споров, предусмотренных ДИС. Однако, поскольку инвестор не является стороной международного инвестиционного договора, для ее реализации представляется необходимым наличие прямо выраженного согласия инвестора.

Отметим, что относительно недавно, в сентябре 2016 г., Российская Федерация изменила свой подход к заключению меж-

⁴⁵ Peterson L.E. A First Glance at The Investment Chapter of The TPP Agreement: A Familiar US-Style Structure with a Few Novel Twists (<https://www.iareporter.com/articles/a-first-glance-at-the-investment-chapter-of-the-tpp-agreement-a-familiar-us-style-structure-with-a-few-novel-twists/>); New Investment Protections Offered in Ground-Breaking Trans-Pacific Partnership (<http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/New-investment-protections-offered-in-ground-breaking-Trans--Pacific-Partnership.aspx>).

⁴⁶ Laborde G. Op. cit. P. 112.

дународных договоров по вопросам поощрения и защиты инвестиций и отказалась от прежнего Типового ДИС 2001 г.⁴⁷ В Регламенте, устанавливающем общие подходы к заключению данной категории международных договоров, встречные иски, а также связанные с ними вышеуказанные вопросы не затрагиваются⁴⁸.

6. Заключение

Таким образом, на основе анализа практики инвестиционного арбитража можно констатировать, что текущий подход к встречным искам нельзя назвать дружелюбным. Это в определенной степени дестимулирует государства-ответчиков заявлять встречные иски к инвесторам в международном арбитраже и заставляет их обращаться в свои национальные суды. Это, в свою очередь, не только не соответствует

стремлениям основателей системы инвестиционного арбитража к разрешению споров между иностранными инвесторами и государствами в международном независимом форуме, но и свидетельствует об асимметрии в реализации процессуальных прав инвесторами и принимающими государствами.

На фоне той волны критических замечаний, которые высказываются в последнее время в адрес системы инвестиционного арбитража, как несбалансированной и более благосклонной к инвесторам, чем к государствам, упомянутые факторы вряд ли способствуют ответу на все более громкие голоса критиков и угрозу стабильности системы в целом. Настоящее время выглядит как нельзя более подходящим для изменений в подходах к встречным искам, с тем чтобы сбалансировать международное инвестиционное право.

⁴⁷ *Dahlquist J.* Russia Sets out New Guidelines for Contents of Future Investment Treaties (<http://www.iareporter.com/articles/russia-sets-out-new-guidelines-for-negotiation-of-future-investment-treaties/>).

⁴⁸ Регламент заключения международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций (утв. Постановлением Правительства РФ от 30 сентября 2016 г. № 992).

Commentary on the ICAC Award of 22 March 2016 in Case No. 89/2015

In this case the dispute arose out of an agreement concluded between a retail foreign exchange investor residing in the Czech Republic and a Russian company providing financial services consisting in enabling clients to purchase and sell over the counter Forex contracts for their account (the Agreement). According to the contractual framework, the Russian company acted as a counterparty to all concluded transactions. In the course of trading Forex currency pairs three sets of trades appeared very successful and resulted in significant profits for the Claimant, yet the Respondent informed the Claimant that due to initial incorrect pricing the opening prices were adjusted, with the subsequent closing of the trading account due to Claimant's trading at non-tradable prices. The adjustment of the opening prices by the Respondent resulted in substantial losses for the Claimant. Upon presentation of the final account statement by the Respondent it appeared from it that despite the adjusted results of the trades in question the entry prices remained the same, there being no explanation given to the situation by the Respondent. Finally, the Claimant was not allowed to log into the trading account and the remainder of funds was not paid out despite numerous requests until the final demand was made by Claimant's attorney. Moreover, the Respondent never explained the reasons for his unilaterally adjusting the results of trades and closing the trading account of the Claimant. Consequently, the Claimant argued that the Respondent altered the trading results significantly in its favor and the actions of the Respondent were unlawful, this entitling the Claimant to claim the respective amount. In addition the Claimant requested payment of an interest for the unlawful retention of monetary assets.

In its Statement of Defence the Respondent did not recognize the claims and insisted that the Claimant has grossly violated the trading rules determined by the parties in the Agreement, this entitling the Respondent to review the results of the trading. According to the Respondent, the Claimant has grossly violated the trading rules by making a transaction in the period when the market news is released, this being prohibited by the Agreement. Additionally, the Claimant used a trading software, this being also prohibited by the Agreement. In the opinion of the Respondent, by committing transactions during the news release and by using a special software, the Claimant not only violated the terms of the Agreement, but also abused its rights, which is unacceptable under Art. 10 of the Russian Civil Code.

This ICAC arbitral award is of interest for a number of reasons. From the perspective of its form this is an example of an award which was rendered by the ICAC in the English language. According to § 23 of the ICAC Rules of 2005 (as amended in 2010) that were applicable to the proceedings, arbitral proceedings in a case shall be conducted in the Russian language, but the parties may agree that the proceedings shall be conducted in a different language, which was exactly the situation in the current case. Similar rule is retained in the new ICAC Rules of Arbitration of International Commercial Disputes of 11 January 2017, although the new regulation on the language of arbitration is more detailed: according to § 22(1) of the new Rules, "[t]he parties may agree, in their own discretion, on a language or languages to be used in the course of arbitration. Unless provided otherwise, this agreement shall apply to any written statement by a party, any hearing and any arbitral award, order or other communication of the arbitral tribunal. Unless the parties have agreed otherwise, arbitration shall be conducted in the Russian language".

From the perspective of the conduct of the proceedings, it is interesting to note that the parties have provided in their arbitration agreement that no oral hearing or oral arguments are to be held. As such a possibility is expressly provide for in § 34 of the applicable ICAC Rules, the case was resolved on the basis of written submissions of the parties only.

From the perspective of the competence of the arbitral tribunal, it is noteworthy that the Claimant in this case was a natural person residing in a foreign country and not possessing the status of an individual entrepreneur. While § 2 of the ICAC rules provides that the ICAC is competent to hear disputes arising out of contractual or other civil law relationships connected with foreign trade and other kinds of international business, the arbitral tribunal appeared to be satisfied that relations between an individual and a foreign company concerning Forex trading were meeting the indicated requirement as the tribunal briefly noted that the dispute has arisen out of a contract of financial services and thus related to international economic relations. Yet in much bigger detail the status of the private individual and the nature of disputed relations were analyzed by the arbitral tribunal when it considered the issue as to whether the Claimant could be regarded as a consumer, this issue being relevant for determining the applicability of Art. 1212(1) of the Russian Civil Code.

According to Art. 1212(1), the choice of law applicable to a contract, a party to which is a physical person using, obtaining, or ordering or having the intention to use, obtain, or order movable things (or work or services) for personal, family, household, or other needs not connected with the conduct of entrepreneurial activity may not entail the deprivation of such physical person (the consumer) of the protection of his rights afforded by imperative norms of the law of the country of the place of residence of the consumer if the counterparty of the consumer (the business party) is conducting its activity in the country of residence of the consumer or in any manner directs its activity to the territory of this country or to the territories of several countries including the country of the place of residence of the consumer, on the condition that the contract is connected with such activity of the business party.

In order to establish whether the Claimant as a foreign private person may be regarded as a consumer the tribunal first came to the conclusion that the Claimant entered into the Agreement clearly for making profit as an investor. Yet the status of investor does not necessarily mean that such a person shall be considered as “entrepreneur” for the purposes of consumer protection regulation. The analysis of the provisions of the Federal law of 22 April 1996 No. 39-FZ establishing that under Russian law the contractual counterparties of Forex dealers are not necessarily individual entrepreneurs and consideration of the Russian judicial practice according to which investors on Forex market carry out their activity at their own risk with the aim to systematically obtain profit allowed the arbitral tribunal to conclude that the Claimant cannot be regarded as a consumer for the purposes of consumer protection regulation.

While the issue of determining whether the Claimant could be regarded as a consumer is definitely an important one, it seems that its consideration has been logically misplaced in the structure of the award and had to be considered together with the issue of the competence of the arbitral tribunal. Had the tribunal found that the Claimant was a consumer that would place the competence of the ICAC in doubt as it is difficult to characterize relations with the participation of a consumer as pertaining to the sphere of international trade and commerce, such characterization being necessary for sustaining the competence of the ICAC.

From the perspective of the substance of the dispute the award is of interest due to the fact that despite complex argumentation of the parties in support of their respective positions based on construing the relevant provisions of the Agreement, the arbitral tribunal resolved the dispute by referring to the more general principles of good faith and fair dealing as well as the principle of estoppel.

The arbitral tribunal first considered that by closing the trading account and cancelling the Claimant’s transactions without giving any explanations for such actions before the commencement of arbi-

tration the Respondent violated the principles of good faith and fair dealing as expressed in the Russian Civil Code. Having found that the Respondent was unable to prove that trading during market announcements and the use of software were prohibited by the Agreement, the arbitrators at the same time observed that that the evidence presented by the Claimant proved that previously the Respondent did allow trading with the use of software at the time of news announcements. In the view of the arbitral tribunal, Respondent's later arguments that such trading practices were prohibited thus contradicted its previous behaviour. Respectively, according to the principle of estoppel forming part of the Russian law the Respondent was estopped from denying the Claimant's right to trading with the use of software at the time of news announcements. Additionally, the arbitrators noted that legal protection to a party exercising its right unreasonably or in contradiction to its previous conduct should be denied according to the principles forming part of the lex mercatoria.

*A.N. Zhiltsov,
PhD, General Editor, Member of the ICAC Presidium,
Head of Department, Alexeev Private Law Research Center
under the President of the Russian Federation*

THE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION COURT
AT THE CHAMBER OF COMMERCE AND INDUSTRY
OF THE RUSSIAN FEDERATION

ARBITRAL AWARD

22 March 2016

Case No. 89/2015

Parties

Claimant – Ms. A, a Czech national residing in the Czech Republic.

Respondent – company “C. Ltd.”, Moscow, Russia.

[Subject matters and legal institutions relating to the case:

language of the proceedings;

conduct of arbitration on the basis of written materials only;

choice of law applicable to a contract involving a consumer;

Forex client not a consumer;

principle of estoppel in Russian law;

good faith and fair dealing requirements;

the principle *nemo potest venire contra factum proprium* as being the principle of *lex mercatoria*;

interpretation of the terms of a contract;

calculation of interest for the use of another’s monetary assets;

compensation of attorney fees;

advance on the costs of an arbitrator residing outside Moscow;

Arts. 1(2), 28(1) of the Law of the Russian Federation No. 5338-I of 7 July 1993 “On International Commercial Arbitration”;

Arts. 395, 431, 1187, 1212(1) of the Civil Code of the Russian Federation;

Art. 4.1(1) of Russian Federal law of 22 April 1996 No. 39-FZ “On Securities Market”;

§ 2, 7(3), 15, 23(1), 26(1), 34 of the ICAC Rules.]

1. PROCEEDINGS

Ms. A., a national of the Czech Republic (hereinafter – the Claimant) brought a claim against company “C. Ltd.” (hereinafter – the Respondent) on recovery of ... US Dollars (“USD”) plus interest ... USD.

The Statement of Claim was delivered to the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (hereinafter – the ICAC) on 23 April 2015.

<...>

The Claimant appointed as arbitrator Mr. N, national of the Czech Republic. However Mr. N. rejected the appointment on 16 September 2015 and the Claimant appointed Mr. S., national of the Czech Republic, as arbitrator and communicated this to ICAC Secretariat by email of May 2015.

As Mr. S. permanently resides in the Czech Republic, i.e. beyond Moscow, the place of the hearings at the ICAC, in accordance with § 7(3) of the ICAC Rules upon the Secretariat's request the Claimant deposited ... USD as an advance for the costs of his participation in the arbitral proceedings.

Since the Respondent did not appoint an arbitrator within the period of time referred to in § 17(5) of the ICAC Rules, the ICAC Presidium in accordance with § 17(6) of the ICAC Rules appointed Mr. G. as an arbitrator and Mrs. H. as reserve arbitrator for the Respondent.

In accordance with § 17(7) of the ICAC Rules Mr. L. and Mr. A. were appointed by the ICAC Presidium to act respectively as the presiding arbitrator and the reserve presiding arbitrator.

<...>

The Respondent submitted Statement of Defense to the ICAC on 6 October 2015.

<...>

On 3 November 2015 upon instruction of the arbitral tribunal the reporter for the case sent by email to the parties the Procedural Order No. 1 of the arbitral tribunal:

The Arbitral Tribunal, represented by Mr. L., chairman, also acting with approval of Mr. G. and Mr. S., co-arbitrators, in the case of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (the ICAC) between Ms. A. (the Claimant) v. company "C. Ltd." (the Respondent) on recovery of ... USD plus interest, taking into consideration that the parties agreed in Art. 23 of the Client Agreement that "*no oral hearing or oral arguments shall be held*", also taking into account that the parties have no objection to this, noting that the Respondent has submitted the Statement of defense to the claim, proposing its legal positions on the merits of the case, taking into account that the parties do not dispute the procedure of forming of the Arbitral Tribunal and its composition, pursuant to the ICAC Rules, orders as follows:

1. The parties are invited to file their further submissions, should they wish to do so, together with any supporting documents by 22 November 2015. All submissions shall be filed as prescribed by the Rules of the ICAC;

2. Should the Arbitral Tribunal have any questions with regard to the submitted documents, or should such documents submitted by either of the parties request answers from the other party to any questions, then another round of exchange of submissions between the parties will be organized.

3. This Procedural Order and any subsequent procedural orders and other documents shall be also sent to the emails indicated by the parties <...>.

On 17 November 2015 the Claimant presented her "Further submissions".

<...>

On 3 December 2015 upon instruction of the arbitral tribunal the reporter for the case sent by email to the parties the Procedural Order No. 2 of the arbitral tribunal:

The Arbitral Tribunal <...> orders as follows:

1. The Respondent is invited to file his comments to Claimant's "Further submissions", should he wish to do so, together with any supporting documents by 18 December 2015. Any submissions shall be filed as prescribed by the Rules of the ICAC.

2. Apart from such Respondent's comments no more submissions from the parties shall be accepted by the arbitral tribunal, and the arbitral tribunal shall then proceed to preparation of the arbitral award which shall be communicated to the parties in due course.

3. If the Respondent does not intend to file any comments to Claimant's "Further submissions", the Respondent should notify the arbitral tribunal so without undue delay.

<...>

No hearing was held given that the parties expressly agreed so in their agreement.

The Respondent presented his "Statement of Defense taking together with the Claimant's claim of November 2015" on 21 December 2015.

<...>

2. CIRCUMSTANCES OF THE CASE

2.1. The Claimant's position in the Statement of Claim

2.1.1. Introduction

The Claimant, a Czech national, Ms. A., is a retail foreign exchange investor living in the Czech Republic.

The Respondent, company "C. Ltd.", seated in Russia, is an affiliate of company "D.", which has affiliates in a number of countries. The Respondent provides financial services, in particular it enables its clients to purchase and sell over-the-counter Forex Contracts for their account. Under the contractual framework, the Respondent acts as counterparty (market maker, principal) to all transactions. The preceding implies that the Claimant's profits are the Respondent's losses and vice versa. The Respondent therefore has direct interest on the Claimant's results of trading which obviously involves significant conflict of interest.

<...> The Bank of Russia does neither regulate nor license OTC Forex market. Generally, clients of the financial services providers (hereinafter – FSPs) – such as the Respondent – on regulated Forex markets are guaranteed robust protections. Two of the most important safeguards when dealing with FSPs – and market makers in particular are the requirements of conflict of interest policy and principle of acting in the client's best interest. However, the Claimant contends that there is no indication of the Respondent having adopted either of these policies. Accordingly, there is no guarantee that the Respondent will not act in its sole interest. The Claimant submits that the present dispute is a clear example of the Respondent taking advantage of not being regulated, which resulted in the Respondent's acting in bad faith against the interest of its client, the Claimant.

To deliver on its promises stated on the website, the Respondent was completely free to arrange for the Claimant to be affiliated with another of the affiliates which has a license and has to guarantee client protection and which has to act in the client's best interest. Instead – and arguably intentionally to avoid stricter standards – the Claimant was affiliated with an affiliate providing no client protections. Therefore, the Claimant submits that the present tribunal should take into account the client-protective standards which would be applicable had it not been for the Respondent's failure.

The Claimant entered into an Individual Client Agreement (hereinafter – the Agreement) with the Respondent on 3 April 2014. Having concluded the Agreement, the Claimant deposited ... USD which were credited on her trading account with the Respondent on 9 April 2014. On top of the initial deposit, the Respondent credited the account with a ... USD bonus subject to special bonus terms.

The Claimant began to trade Forex currency pairs on 15 April 2014 in smaller volumes which later changed into larger volumes. Altogether, there were six sets of transactions exceeding 1 lot in volume. There were two of them which ended in losses (22 April 2014, 20 May 2014) and one in a comparably smaller profit than the rest (1 May 2014). These remain undisputed as confirmed and settled between the Claimant and the Respondent (hereinafter – the Parties).

However, there were also three sets of trades which ended in significant profits for the Claimant – these are the trades of 2, 9 and 21 May 2014. The three profitable sets of trades in total generated the profit of ... USD. In two subsequent emails of 14 May and 22 May 2014, the Respondent informed the Claimant that the entry prices (opening prices) were adjusted due to initial incorrect pricing and the latter email stated that the trading account was closed due to trading at non-tradable prices, promising further clarification from the Compliance department.

The Respondent's price adjustment resulted in the total loss of ... USD, amounting to the difference on the Claimant's trading account of ... USD. Not only the Claimant received no other emails, nor any of its funds from the Respondent until the attorney's final demand for payment in January 2015, but the Respondent provided no evidence of the wrong pricing to this date despite repeated reminders to do so.

Moreover, in the final account statement provided by the Respondent on 13 March 2015 the last set of trades shows adjusted result – from the initial ... USD profit into ... USD loss – however the entry prices remain the same. Therefore, the result should be the initial profit and not the loss. This by itself together with the lack of evidence indicates that the Respondent arbitrarily changed the trading result.

Finally, the Respondent's credibility may be further illustrated on the issue of withdrawing the remainder of the trading account balance. In her emails of 6 June 2014 and 11 September 2014 the Claimant repeatedly asked for her deposits to be withdrawn because she could not log in into her trading platform to proceed with it herself. The Claimant was denied the outstanding balance on her account until her attorney sent the Respondent a final demand for payment. Yet, in the Respondent's response to the demand signed by its President, the Respondent denied to capture or unilaterally hold the Claimant's funds, stating that “[i]n fact, Client currently maintains a balance of... which has been available for withdrawal at any time.”

Given that the Claimant was not allowed to log in to her trading account and the Respondent did not pay out the remainder of the funds as a result of the Claimant's email reminders, the Claimant's funds were not available at any time before the final demand for payment. Later on, the Respondent allowed the Claimant to withdraw ... USD which left the Claimant with the claim of ... USD.

The Respondent continues to advertise itself as a licensed financial services provider under the Bank of Russia's license although it has no such license. The Respondent committed it would clarify the trades' adjustments on its own but it did not. The Respondent said the outstanding funds had been available any time but they clearly had not. The Respondent stated that it had adjusted the pricing on the trades of 21 May 2014 but it is apparent from its own evidence that it adjusted only their result to the detriment of the Claimant.

2.1.2. Statement of facts

As the Claimant contended in her Statement of Claim, the Claimant began to trade small Forex transactions on 15 April 2014 and large ones on 22 April 2014. Prior to the first disputed transaction of 2 May 2014, the Claimant traded 492,5 lots on various currency pairs earning ... USD. <...> In total, there were six sets of transactions exceeding 1 lot in volume. There were two of them which resulted in losses (22 April 2014, 20 May 2014), one in a comparably smaller profit than the rest (1 May 2014) and three in significant profits (2, 9 and 21 May 2014). The three profitable trades in total generated a profit of ... USD.

Subsequently, the Respondent informed the Claimant that the entry prices (opening prices) of the three most profitable sets of trades were all changed – allegedly due to wrong pricing – resulting in the total loss of ... USD, making the difference in the account of ... USD.

In particular, on 14 May 2014, the Respondent first contacted the Claimant in an email of 14 May 2014 from which it was evident that ... the Respondent thereby changed the profits of the trades of 2 and 9 May 2014 in the amount of ... USD into the loss of ... USD. This was 12 days after the first set of trades and 5 days after the second. The very same day of the corrections, the Claimant contested the adjustments and demanded that the prices be re-adjusted to the original profits.

The Respondent never responded to the Claimant's email of 14 May 2014 but its following email was another notification of the Respondent's actions after the successful trades of 21 May 2014 and according to which all Claimant's positions were closed and the account was disabled due to trading at non-tradable prices. The Respondent thereby changed the profits of ... USD into the loss of ... USD, making the difference of ... USD. In this respect, the Claimant never received any explanatory email as promised by the Respondent, let alone any evidence supporting the Respondent's actions. In fact, the precise amount of losses was communicated to the Claimant only in the account statement sent by the Respondent on 13 March 2015.

The account statement contained in the email of 13 March 2015 shows that the Respondent modified only the profits to losses but did not adjust the entry prices in line with the trade results.

In two of her subsequent emails the Claimant requested her outstanding funds to be withdrawn and sent to her bank, the details of which were twice attached. She also complained about the Respondent and asked for the information which of the affiliates she has the legal relationship with and as a consequence which regulator has jurisdiction to accommodate her complaint. The Respondent replied to none of these emails, providing no payment either.

On 27 January 2015 the Claimant's attorney sent the Respondent a final demand for payment. In its response signed by the company President, the Respondent refuses to pay the demanded amount. The Respondent also acknowledges that the contested trades were initially profitable. However, in all three sets of trades the Respondent invokes gaps which caused the initially confirmed prices to be changed into allegedly correct market prices.

<...>

After 22 May 2014, the Claimant could not log in to her trading platform to see how the trades were adjusted and consequently how the trading account was changed. Had this not been the case, the Claimant would have swiftly requested for the remaining funds to be withdrawn and would not have later asked for a final account statement. From 22 May 2014 onward until the attorney's demand for payment in January 2015, the Respondent neither paid anything from the initial deposit of ... USD nor from the profitable trades. The Claimant believes it is therefore very likely that without the attorney's demand which threatened with legal action, the Claimant would not even

get the part of its deposit ... USD back. It was therefore heavily misleading of the Respondent's President to say that the Claimant had some funds available for withdrawal as it clearly had not.

Finally, the Claimant would like to address the issue of the Respondent's regulation. On its website, the Respondent advertises that it is regulated in six jurisdictions, including Russia. Yet it is not as the Bank of Russia does not regulate Forex markets. The Bank of Russia informs that there is "*no legislative regulation of the OTC Forex market in Russia and the activity of Forex dealers is not licensed*".

As the Claimant is a client of the Russian, unregulated affiliate, it is not unlikely that company "D." always determines to have the clients become affiliated with the Russian affiliate which in reality does not have to comply with the client-protective and mandatory standards of the other jurisdictions.

2.1.3. Claims and their legal evaluation

The Claimant raises the claim of ... USD as a result of the Respondent's actions. Had it not been for the Respondent's actions, the claimed funds would have been withdrawn and no arbitration would be necessary. The Respondent altered the trading results significantly in its favor and the actions of the Respondent were unlawful and that the Respondent is bound to transfer the claimed amount to the Claimant. In the alternative, the Respondent still owes the Claimant significant amount of funds. As to the legal basis in the applicable law, the Claimant relies on Art. 309 *et seq.* of the Civil Code of the Russian Federation (hereinafter – the Civil Code) which provides that "*[o]bligations shall be discharged in the proper way in conformity with the terms of the obligation...*". Since the Claimant performed properly its obligations and the Respondent did not perform its obligation to pay the profits, the Claimant raises the claim based on the Civil Code and the Agreement.

2.1.3.1. The circumstances of the case and the price adjustments

The Claimant submits that the Respondent acted in such a way that it should not be allowed to have altered the trades at all. The Respondent clearly deceits its clients when it advertises that it is regulated by the Bank of Russia when it actually is not. Under Art. 179 of the Civil Code:

"The deal, effected under the impact of the fraud, coercion, a threat or an ill-intentioned agreement of the representative of one party with the other party, and also the deal, which the person has been forced to make on the extremely unfavorable terms because of the coincidence of ill circumstances, while this has been made use of by the other party (the bondage deal), may be recognized as invalid by the court upon the claim of the victim."

The Respondent by and large intends to have all transactions voided or even turned into losses because it is more advantageous for it. The Claimant therefore suggests that this provision be interpreted as enabling the tribunal to rule that the Respondent was not authorized to change the original transactions wholesale and these should be allowed to stay. The rationale for this interpretation is the same as the rationale of the cited provision – the protection of the victim who unknowingly became party to an ill-intentioned agreement which was made use by the other party.

2.1.3.2. Lawfulness of the price adjustments under the Agreement and the applicable law

Should the tribunal find that the Respondent was not precluded from altering the trades wholesale, the Claimant invites the tribunal to find that each of the three sets of trades was unlawfully altered and therefore the Claimant should recover the initial profits. In the alternative, the Claimant submits that the Respondent was not authorized to adjust the trades to such a detrimental extent for the Claimant as it did.

i. The Respondent was not authorized to modify the trades as there was no gap in the markets

In adjusting the entry price, the Respondent invokes the market gap. It should be noted that market gap is an extraordinary phenomenon in terms of its occurrence. Interestingly, the Respondent invokes market gaps three times it adjusted the Claimant's profitable trades, never supporting it with any evidence. Taking into account other suspicious actions of the Respondent, on its face this appears as the Respondent's effort to easily get out of its contractual obligation in cases where it is convenient for it.

In its email of 23 February 2015, the Respondent states that the price before the news was ... but gaped to However, the Respondent supports its action by no evidence. On the contrary, the Claimant would like to support its submission by showing the Bloomberg screenshot from the same second which shows that the price provided initially by the Respondent was correct.

Bloomberg is an information agency which aggregates Forex prices from the biggest liquidity providers and therefore its prices are very informative and precise with relation to the prices all FSPs receive. The Claimant submits that by not providing the evidence of the market gaps thus far, the Respondent should be now precluded from relying on the market gaps.

<...>

ii. The Respondent was not authorized to modify the trades as the time limit for its modification lapsed

As well as the Respondent sets out a shortened period of one year to take any legal action, it also sets the time limits as to when an account statement or trade confirmation is correct, accurate, conclusive and binding. It does so in the Agreement: "*Article 11. MONTHLY STATEMENTS AND CONFIRMATIONS. Transaction confirmations of orders and statements of accounts for Client and made available solely online, shall be deemed correct and accurate and shall be conclusive and binding upon Client if not objected to immediately to by Client, in writing, within five (5) business days of such activity being reviewable online.*

Failure to object shall be deemed acceptance and ratification of all actions taken".

To interpret the provision, it is necessary to seek the answer in the pertinent provisions of the law applicable which is the Civil Code. The rules for contract interpretation are set out in its Art. 431 which states that "[w]hile interpreting the terms of the contract, the court shall take into account the literal meaning of the words and expressions, contained in it. The literal meaning of the terms of the contract in case of its being vague shall be identified by way of comparison with the other terms and with the meaning of the contract as a whole".

The Claimant submits that unless a client objects to the account statement or any actions taken by the Respondent within 5 business days the account statement should be correct, accurate, conclusive and binding upon client. Given all three preceding words, i.e. "correct, accurate and conclusive" the terms "binding upon client" should also be interpreted as binding upon the Respondent. After all, the Respondent has 5 days as well to object if there are reasons. Since the Respondent requires swift actions from its clients, it should also be subject to this requirement especially on the basis of legal certainty and equality of arms. Moreover, it would be inconceivable to allow the undoubtedly stronger party to modify the trades anytime when the weaker party has the duty to inspect the changes almost all the time. Lastly, the preceding is also supported by the fact that the Respondent is the sole party to the contract that has access to its price feed.

The interpretation that failure of either of the Parties to object within 5 days results in the account statement being "unchangeable, settled and final" is further supported by the auxiliary interpretative tool embodied in the second sentence. As there is no other provision in the Agreement

regulating the time periods for adjusting the trades the period should be adhered to and should imply that no changes may be done in the account after the lapse of the 5-day period.

Therefore, either party's failure to object to the account statement or any other action within 5 business days amounts to its endorsement and finality.

To conclude, the profit of ...USD should be honored as the Respondent did not meet the deadline for its modification.

iii. The Respondent was not authorized to modify the trades because of the deviation limit set by the Claimant

In adjusting the prices the Respondent relies on market gaps. In Art. 6 of the Client Agreement, the Respondent also warns not to use conditional orders which may in instances of high volatility cause great losses. The Respondent encourages to utilize market orders instead because they are provided with requotes. In particular the latter part of the provision provides:

"Client understands that orders received during instances of increased market volatility will be filled at the next best price available or the fair market value. Client acknowledges that during instances of gapping markets, conditional orders, specifically stop losses, will be filled at the next available price following a gapping market. Pricing can gap past the price set forth in conditional orders, resulting in clients losing more funds than initially intended. Client acknowledges that due to such risks, the Company encourages clients to utilize market orders rather than conditional orders, as market orders are provided with a requote and allow Clients to accept or reject the new price. Client agrees that the Company is not responsible for any losses, including margin calls, which occur as a result of conditional orders being filled during a gapping market or orders being filled at certain prices as a result of greyed out pricing and/or limitations in market liquidity". The Claimant submits that the Respondent cannot invoke market gaps when placing market orders. Even if the interpretation of the provision allows for invoking market gaps when utilizing market orders the requotes should be provided under all circumstances. If a requote is not provided, the Respondent is in the breach of its contract. The Claimant submits that such a breach should result in the solution favorable to the Claimant and is the confirmation of the original profits.

<...>

In conclusion, the Respondent was not entitled to subsequently adjust the price as it was only allowed to requote the requested price instead of executing it.

2.1.3.3. Request for relief

The Claimant requests the tribunal to find that the Respondent was not authorized to adjust the trades of 2, 9 and 21 May 2014 and therefore is bound to transfer to the Claimant the original profits in the amount of ...USD plus default interest. In the alternative, the Claimant requests the tribunal to find that the Respondent was not authorized to adjust the trades of 2, 9 and 21 May 2014 to such an extent as it did and is bound to transfer to the Claimant the amount as determined by the tribunal plus default interest.

2.2. The Respondent's position in the Statement of Defense

<...>

The Respondent does not recognize the stated claims, considers the Claimant's claims groundless.

The Respondent believes that the Claimant has grossly violated the trading rules determined by the parties to the Agreement and abused his rights, which in turn was the basis for the Respondent to review the results of the trading.

Violations of trading rules involved the following:

2.2.1. The Claimant made a transaction in the period when the market news is released, which is expressly prohibited by the terms of the Agreement

Pursuant to the condition of p. 6, the Client acknowledges and understands that the Company does not guarantee execution of orders for specific prices, including contingency orders, such as stop and/or limit, in particular, in times of high volatility or volume, including the market news release, because of the price gap, grey prices and market liquidity.

The Client understands and agrees that they should get non-market prices, for any reason, including, but not limited to, delays, failures or errors of manual trading, the Company should retroactively cancel such transactions and may decide to leave such transactions canceled or open such transaction at the right market price, the client understands that the orders received during high market volatility will be performed at the next best available price or fair market value.

Since the Claimant carried out transactions in the period of market news release (2, 9 and 21 May 2014), which is expressly prohibited by Art. 6 of the Agreement, the Respondent legitimately canceled these transactions, whereof it notified the Claimant in emails.

<...>

In addition to the grounds specified in p. 6 of the Agreement, the Respondent was guided by Art. 19 of the Agreement (Revision of Transactions, Withdrawals, Account Closure).

In accordance with this provision, after receiving a request to debit funds from Company trading account, including withdrawal as a result of the request to close the account, the Company has the right to revise all transactions on the account to make sure that trade is carried out properly.

Trading operations carried out improperly, include, but are not limited to, transactions that were carried out during platform failures or related hardware malfunctions; transactions made at the pricing rates, no matter how such prices were obtained, including bad ticks and transactions carried out during extreme market conditions, including force majeure, or similar transactions carried out in abnormal market conditions.

If the Company, in its sole discretion, determines that any transactions were carried out improperly, the Company is authorized to retroactively cancel such transaction and adjust the balance of the account on the basis of such cancellations prior to completion of any withdrawal of funds.

<...>

Thus, the Respondent, having discovered that the Claimant had carried out transactions in violation of the Agreement, guided by Arts. 6, 19 of the Agreement, cancelled the results of transactions.

It should also be noted that the Respondent had warned the Claimant of the adverse effects in the case of the trades exercised during market volatility.

It is well known that during the news release pricing for OTC market instruments is very unstable due to decreasing market liquidity. Therefore, the parties guided by the principle of good faith introduced the respective provision in the text of the Agreement: *“The client understands and ac-*

knowledges that there may be cases when spreads go beyond the typical spreads offered. During the period of market volatility, for example, news release, spreads may widen substantially in order to compensate for the increased market volatility. The clients are advised to exercise extreme caution when trading in increased volatility in the markets, including significant developments since advanced spreads can adversely affect all positions in the account, including hedged positions”.

Further evidence of malicious conduct of the Claimant in transactions may be the fact that the Claimant in these moments showed atypical behavior – in moments of a quiet market the Claimant opened the transaction for small amounts (tenths of lots) being careful and prudent, however, before the news release the Claimant opened positions, the volume of which is almost 2,000 times higher than the transactions previously committed.

The Respondent believes that it is rightfully guided by the terms of the Agreement on the basis of statutory requirements imposed at the conclusion of contracts.

Under the condition of Art. 421 of the Civil Code, the citizens and legal entities are free to conclude a contract (para. 1). Terms of the agreement are determined at the discretion of the parties, except in cases where the content of the corresponding condition is prescribed by law or other legal acts (Art. 422) (para. 4).

Obligations must be performed properly in accordance with the obligations and requirements of the law, other legal acts, and in the absence of such conditions and requirements – in accordance with the customs or other requirements usually imposed (Art. 309 of the Civil Code).

Since the Claimant was aware of the fact that trade in OTC contracts involves extremely high risks and confirmed that she understands and accepts them, and agreed how the Respondent can execute and adjust OTC transaction, taking into account Art. 421 of the Civil Code, there are no grounds for satisfaction of the claims.

2.2.2. In transactions, the Claimant (in violation of the terms of the Agreement) used a trading software

On 2 April 2014 the Claimant allegedly was able to generate and send several requests to buy currencies. That is, all three transactions were open at the same time with an accuracy of a few hundredths of a second. It is obvious that a person cannot do it manually without the use of special software, trading robots or scripts. These programs enable to achieve high speed of order execution, comparable to the speed through direct connection.

The use of such software is expressly prohibited by the terms of the Agreement.

Under condition of Art. 6 of the Agreement (Pricing, Scalping, Orders and Price Gap), the Client understands and agrees that he/she will not enter into transactions for the purpose of scalping, arbitrage or intentionally use or manipulate any inaccuracy regardless of whether it is insignificant, significant, obvious or non-obvious, in any case or prices offered by the Company, through the use of scripts, codes, electronic advisors, software or any other software or manual trade. The Company defines scalping as any transaction, which remains open for less than three minutes. The Client understands that the Company is allowed to retroactively cancel the transaction results, at the sole discretion of the Company, if the transaction is entered into for the purpose of the use or manipulation of prices by the means set out in this section. The Company has the right to demand the return of any trading profits that the customer receives by making deals for the purpose of scalping, arbitrage or deliberate operations of inaccuracies of the rate/price offered by the Company.

Since the Claimant had violated the conditions of the Agreement, the Respondent took advantage of his right to cancel the transactions made by the Claimant.

2.2.3. *The Claimant has abused her rights*

The provisions of the Civil Code, laws and other acts containing norms of civil law (Art. 3 of the Civil Code) shall be construed in the system conjunction with the main principles of civil law, enshrined in Art. 1 of this Code.

According to Art. 1(3) of the Civil Code when establishing, exercising and protecting the civil rights and civil obligations the parties to a civil transaction shall act in good faith. By virtue of Art. 1(4) of the Civil Code, nobody has the right to benefit from their illegal or bad faith conduct.

Evaluating the actions of the parties as good faith or bad faith, one should proceed from the conduct expected from any party to a civil transaction, taking into account the rights and legitimate interests of the other party, promoting it, including obtaining the necessary information. As a general rule of Art. 10(5) of the Civil Code, the good faith of the party to a civil transaction and the reasonableness of their actions is assumed until proven otherwise.

The conduct of one of the parties may be considered bad faith when determining the deviation of the party to a civil transaction from good faith conduct.

Since, as suggested by the Respondent, bad faith of the Claimant is found, the court may refuse to protect her right in whole or in part, or use other remedies ensuring the protection of the interests of *bona fide* parties or third parties from bad faith conduct of the other party (Art. 10(2) of the Civil Code).

Thus, taking into that the Claimant committed transactions during the news release, using special computer software (trading robots), the Claimant not only directly violated the terms of the Agreement, but also abused her rights, which is unacceptable under the condition of Art. 10 of the Civil Code.

Thus, the Respondent believes the Claimant should be denied in protection of her rights.

2.3. The Claimant's position in "Further submissions" of 16 November 2015 and of 24 November 2015

The Claimant argued that in its Statement of Defense the Respondent came up with completely new arguments, thus deviating from its previous submissions, calling the genuine reasons for its conduct into question. The Respondent also casts doubt onto its actions as it at times invokes mutually contradicting grounds. Next, as the Respondent must have had qualified reasons for its conduct when it did so, changing these should imply that its previous conduct was arbitrary and consequently should warrant no protection. By the same token, making up new justifications a year and half after a measure was taken should also be refused. Lastly, the Claimant submitted that it is the Respondent in the present proceedings who must carry the burden of proof to determine whether the Claimant's profits were modified in line with the Contract or not. This is so because it was the Respondent who avoided (adjusted) the particular contracts for difference and subsequently avoided the Contract. As the Respondent claims it had the right to do so, it has the duty of proving.

The Claimant submits that the Respondent makes every effort to retrospectively justify its actions, although the contractual arrangement between the Parties does not allow it so. In particular, the Respondent strives to rely on two main grounds, which the Claimant will address in their order. Under 1.1, the Respondent asserts that the Claimant "*made a transaction in the period when the market news is released, which is expressly prohibited by the terms of the Agreement*". Under 1.2, the Respondent argues that "*the Claimant (in violation of the terms of the Agreement) used a trading software*". The Respondent further invokes the Claimant's abuse of rights and bad faith, however

these are inextricably linked to the points under 1.1 and 1.2. Consequently, should points under 1.1. and 1.2 be defeated, the Respondent cannot invoke the abuse of right and good faith. Simultaneously, the Claimant will show that it was actually the Respondent who abused its rights and acted in bad faith, hence its actions should not be protected and all the Claimant's original profits should be reinstated and enforced.

2.3.1. The Respondent does not prohibit trading during market news releases

On page 1 of the Respondent's submission, the Respondent bases its first argument on the alleged prohibition of trading during market news announcements embodied in Art. 6 of the Agreement. Secondly, on top of page 3, the Respondent invokes also Art. 19 of the Agreement. Thirdly, the Respondent briefly invokes widened spreads under Art. 7 of the Agreement. The Respondent's interpretation of Arts. 6 and 19 of the Agreement's provisions is misconceived and does in no way allow for the actions the Respondent took in the present case.

2.3.1.1. The Respondent cannot rely on Art. 6 of the Individual Client Agreement

Aside from its introductory remark, the Respondent also argues on top of page 2 that “[s]ince the Claimant carried out transactions in the period of market news release, which is expressly prohibited by p. 6 of the Agreement, we believe the Respondent legitimately canceled these transactions, whereof it notified the Claimant in emails dated May 14 and 22, 2014”.

In support of its contention, the Respondent relies on Art. 6 of the Agreement which, in the pertinent part, provides:

“Client acknowledges and understands that the Company does not guarantee the execution of orders at specific prices, including conditional orders such as stops and/or limits, specifically at times of increased volatility or volume, including market news announcements, due to gapping markets, greyed out pricing, and market liquidity”.

The Claimant submits that on its face in this part and nowhere else in the clause the Respondent prohibits *trading* during market news announcements, let alone *expressly*. Plain reading of the clause reveals that the Respondent simply does not guarantee the execution during market news announcement. However, once the execution under these circumstances is smooth no issue should arise.

<...>

In fact, the Respondent in its Statement of Defense invokes widened spreads under Art. 7 of the ICA. On page 3, the Respondent states that “*during the news release pricing for OTC market instruments is very unstable*” and argues in line with Art. 7 of the Agreement which sets out that “*client is advised to utilise extreme caution when trading during increased volatility in the markets, including major news events, as widened spreads can adversely affect all positions in an account including hedged positions*”. This provision clearly explains that clients should be “only” cautious during news events, thereby confirming that such trading is allowed.

As the wording of Arts. 6 and 7 and two unbiased statements of the Respondent confirm, the Respondent does not prohibit trading during market news announcements. As such the Claimant did not breach the Contract as put forward by the Respondent. On the other hand, the Respondent's efforts to justify its actions are in stark contrast to what it says to its prospective customers on its online chat and via email. The Claimant submits that it is exactly this sort of conduct which should be viewed as bad faith.

In any event, the Respondent invokes that it may *cancel* transactions under Art. 6 of the ICA. It follows from the structure of the provision that this right relates to conditional orders and not market orders. As the Respondent actually encourages clients to place market orders during times of high volatility and all of the disputed trades involved market orders, the only legitimate action from the Respondent was to requote (provide a counter-offer) the Claimant's orders. As the Respondent did not do so, it cannot now invoke any imprecisions.

To conclude, the Respondent was not allowed to modify the Claimant's trades as the former allows trading during market news announcements and the latter took all reasonable steps to comply with the Contract.

2.3.1.2. The Respondent cannot rely on Art. 19 of the Agreement

The Respondent adjusted two profitable sets of trades in its email of 14 May 2014 and the last set of trades on 22 May 2014. Although the Respondent enquired about the reasons and received communication from its CEO, until now the Respondent has not invoked Art. 19 of the Agreement. This would mean that neither the person informing the Respondent about the modifications in the aforesaid emails, nor the CEO knew about this.

As the Respondent attempts to avail itself of the right to revise transactions, the wording of the provision should be noted:

“Upon receipt of a request to withdraw funds from the Company trading account, including withdrawals as a result of a request to close an account, the Company is authorized to perform a review of all account activity to ensure trades were settled properly. Improperly settled trades shall include, but not be limited to, trades that were executed: during platform or related hardware malfunctions; trades executed at off-market pricing rates regardless how such pricing was obtained and including bad ticks and trades executed during extreme market conditions, including acts of gods or similarly executed trades completed during abnormal market conditions. If the Company, in its sole discretion, determines that any trade(s) were settled improperly the Company is authorized to retroactively cancel such improperly settled transactions and adjust account equity based off of such cancellations prior to completing any withdrawal”.

First of all, the Claimant submits that Art. 19 of the Agreement is invalid for its broadness and conflict with Art. 11 of the Agreement which sets the time limit within which all transactions should be settled. If Art. 11 did not restrict the time period within which the Respondent could exercise its right, clients' legal certainty would be dramatically and unreasonably eroded. In this scenario, a client could successfully trade for months and years only to eventually find out that all successful transactions were turned into losses, and all this – as in the present case – without a single piece of evidence. <...>

Second and most importantly, it follows from the wording of the clause that the Respondent reserves its right to account revision only *“upon receipt of a request to withdraw funds from a Company trading account”*. As the entitlement to all the rights the Respondent potentially has arises upon receipt of the withdrawal request, the Respondent is not authorized to exercise any of its rights under Art. 19 of the Agreement until it receives a withdrawal request. In other words, the condition for the Respondent to exercise its rights under Art. 19 of the Agreement is a receipt of client's withdrawal request.

<...>

To conclude, the Respondent was not authorized to rely on Art. 19 of the Agreement because the condition for its application – the Claimant's withdrawal request – was not met. As the Re-

spondent must have been aware of this fact, the Claimant submits that the Respondent's reliance on this provision constitutes an outright abuse of its right.

2.3.1.3. The Respondent's reliance on Art. 7 of the Agreement is without merit

Although the Respondent has never before invoked widened spreads, it does so on page 3 of its Statement of Defense. <...>.

The Claimant submits that she traded with a fixed spread. <...>

Respectively, the Respondent cannot invoke Art. 7 of the Agreement as the Claimant traded with fixed spreads.

2.3.2. The Claimant did not breach the Contract by trading through software

The Respondent opens its argument under 1.2 by stating that "all three transactions were open at the same time" and continues to contend that "[t]he use of such software is expressly prohibited by the terms of the Agreement", referring to Art. 6 of the Agreement.

<...>

The wording of the clause reveals that it is not about the software but about the trading strategy employed as the same limitations are imposed on software-based trading and manual trading. Importantly, software is prohibited only "for purposes of scalping, arbitrage or to intentionally exploit, or manipulate any inaccuracy". The Claimant hereby declares that she did not enter into transactions for the prohibited purposes. Accordingly, the burden of proof is on the Respondent to establish that the Respondent purported to do so, otherwise it cannot rely on this provision.

<...>

2.3.3. The Respondent can neither invoke the Claimant's abuse of rights nor bad faith

It follows from the above, that not only the Claimant acted in line with the Contract but upon a direct question whether her particular trading strategy is allowed, the Respondent replied that it is allowed. Therefore, it comes as a big surprise that the Respondent under these circumstances accuses the Claimant of abuse of rights when the latter took all reasonable steps and verified that she complies with the Contract. On the other hand, it is the Respondent whose conduct should be viewed as abuse of rights and acting in bad faith.

<...>

2.4. The Respondent's position in Statement of Defense of 21 December 2015

In its "Statement of Defense taking together with the Claimant's claim of November 2015" submitted on 21 December 2015 the Respondent argued as follows.

<...>

In the Defendant's opinion,

- it can cite Art. 6 of the Client agreement;
- the Claimant abuses the rights;
- it can rely on Art. 19 of the Client agreement;

– at any time the Defendant is authorized to retroactively cancel transactions concluded in violation of the terms of the Client agreement, regardless of the client's request for cancellation.

<...>

Thus, the Defendant believes that the Claimant should be denied in protection of the rights.

3. REASONS FOR THE AWARD

3.1. ICAC jurisdiction

According to Art. 1(2) of the Law of the Russian Federation on International Commercial Arbitration No. 5338-I of 7 July 1993, para. 2 of the Statute on the ICAC (Annex I to the Law on International Commercial Arbitration) and § 2(1), (2) of the ICAC Rules, the parties to a dispute may agree to submit to the ICAC disputes arising out of contractual or other civil law relationships connected with foreign trade and other kinds of international business where the place of business of at least one of the parties is located abroad; civil law relationships resulting in disputes that may be referred to the ICAC for arbitration shall include, in particular, relationships concerning services. The ICAC shall settle disputes subject to an agreement in writing between the parties to refer a dispute that has arisen, or may arise, between them to the ICAC.

The present dispute has arisen out of the contract of financial services between the Claimant, whose place of residence is located in Czech Republic, and the Respondent, the place of business of which is located in Russia. Therefore, the dispute has arisen within international economic relations.

Based on the above, the ICAC has its jurisdiction to hear this case taking into consideration the nationality and places of business/residence of the parties as well as the subject matter of the dispute.

Art. 23 of the Agreement reads: *“Any dispute, controversy or claim which may arise out of or in connection with this Agreement, or the execution, breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation in accordance with its Rules. The language to be used in the arbitral proceedings shall be English and the place of arbitration shall be Moscow, Russia. The arbitral tribunal shall consist of no more than three (3) arbitrators and all proceedings shall be conducted and decision rendered based solely on the submission of documents and other such materials. No oral hearings or oral arguments shall be held. Client hereby waives the right to have such proceeding transferred to another jurisdiction. No arbitration hereunder or relating to this Agreement, shall be brought by Client more than one year after the date of the transaction giving rise to the cause for arbitration regardless of when Client discovers the facts relating to the cause for arbitration”.*

The arbitral tribunal considers that the parties have reached an agreement for settlement of their disputes arising out of the Agreement at the ICAC in compliance with the ICAC Rules.

The arbitral tribunal considers that the Respondent did not challenge the jurisdiction of the ICAC while opposing the claim on the merits.

According to § 23(1) of the ICAC Rules, the arbitral proceedings in a case shall be conducted in the Russian language; by agreement between the parties, the ICAC may conduct the arbitral proceedings in a different language.

The arbitral tribunal has determined that the ICAC has jurisdiction for the present case and that pursuant to the parties' agreement as expressed in Art. 23 of the Contract the proceedings are to be conducted in English.

According to § 34 of the ICAC Rules, the parties may agree on arbitration of their dispute to be conducted on the basis of written materials only, without holding an oral hearing. As such agreement of the parties arises from Art. 23 of their Agreement, the arbitral tribunal has conducted the proceedings in this case without oral hearing.

3.2. Applicable law

According to Art. 28(1) of the Law on International Commercial Arbitration, § 26(1) of the ICAC Rules, the disputes shall be settled in accordance with the rules of law, which the parties have chosen to apply to the subject matter of the dispute. Any reference to the law or the legal system of a country shall be interpreted as direct reference to the substantive law of such country, rather than to the conflict-of-laws rules thereof. In any event, the ICAC shall make decisions in accordance with the terms and conditions of the contract with reference to the trade usages applicable to the transaction.

Art. 22 of the Agreement reads: *“GOVERNING LAW. This Agreement and the rights and obligations of the parties hereto, and any judicial or administrative action or proceeding or arbitration arising directly or indirectly hereunder, or in connection with the transactions contemplated hereby, whether brought by Client or... shall be governed by the laws of the Russian Federation, without reference to its conflicts of laws principles”*.

Based on the above, the arbitral tribunal finds that the relations of the parties under the Agreement are governed by the rules of the substantive law of the Russian Federation.

The arbitral tribunal also considered whether the Agreement shall be deemed a contract with a consumer for the purposes of Russian conflict-of-laws provision (Art. 1212(1) of the Civil Code). This Article provides:

“Choice of law applicable to a contract involving an individual who uses, acquires or orders... movable assets (works, services) for personal, family, household or other needs unrelated to exercising entrepreneurial activity, may not lead to deprivation of such individual (consumer) protection of her rights, provided by mandatory rules of law of the country of the place of residence of the consumer, if the other party with the consumer (professional party)... by any means directs its activity to the territory of such country or to the territories of several countries, including the country of place of residence of the consumer, provided that the contract is connected with such activity of the professional party.”

The Respondent provides financial services from its website which contains an option for users to choose the country <...>.

Consequently the Respondent clearly positions itself as a global service provider. Also it follows that the Respondent directs its activity to the territory of several European and other countries, including Czech Republic – the country of the Claimant’s place of residence (as a part of Europe). The Contract is connected with such activity of the Respondent.

Therefore, it is crucial to establish whether the Claimant acquired services of the Respondent for the needs *“unrelated to exercising entrepreneurial activity”*. As explained in the Statement of Claim, the Claimant *“is a retail foreign exchange investor”* (page 3) and concluded the Contract as part of her investment activity (as a Forex trader). The Claimant entered into the Contract to *“purchase and sale of Contracts for Difference (collectively referred to as “CFDs”) on Equities, Futures, Currency and any similar instruments which may be purchased or sold by or through... for Client’s accounts(s)”* (preamble on page 2 of the Agreement). Thus, the Claimant entered into the Contract for making profit (as an investor).

However, the status of the Claimant as “investor” does not automatically mean that she shall be considered as “entrepreneur” for the purposes of consumer protection regulation.

Under Art. 4.1(1) of Russian Federal Law dated 22 April 1996 No. 39-FZ “On Securities Market” (as of 1 October 2015) “[t]he activity of a forex dealer shall be the conclusion, on its own behalf and at its expense, with natural persons not being individual entrepreneurs, and not at an organized auction,

of the agreements being derivative financial instruments, with the obligations of the parties thereunder depending on fluctuation of the rate of exchange of the respective currency and (or) currency pairs, and which may be concluded subject to provision by the forex dealer to the natural person not being an individual entrepreneur of the possibility to assume obligations for the amount exceeding that of the security provided by that natural person to the forex dealer;

of two and more agreements, with the subject thereof being foreign currency or a currency pair, with the term for discharging the obligations thereunder coinciding, with the creditor in respect of an obligation in one of them being the debtor in respect of analogous obligation in another agreement, and which may be concluded subject to provision by the forex dealer to the natural person not being an individual entrepreneur of the possibility to assume obligations for the amount exceeding that of the security provided by that natural person to the forex dealer”.

Therefore, under applicable Russian law clients of Forex-dealers are not necessarily entrepreneurs.

In order to establish whether Art. 1212(1) of the Civil Code is applicable it is necessary to qualify its term “consumer”: whether it encompasses Forex clients under Russian law. Under Art. 1187(1) (“Qualification of legal notions while determining the applicable law”) “[w]hile determining the applicable law legal notions shall be interpreted in accordance with Russian law, unless provided otherwise in a statute”.

Russian case law does not include Forex clients into the term “consumer” (Appeal rulings of Moscow city court of 12 November 2012 in case No. 11-26675, of 4 October 2013 in case No. 11-25946, of 2 July 2014 in case No. 33-24818) on the ground that investors carry out activity on Forex market at their own risk and with the aim to systematically obtain profit, which is by its nature an entrepreneurial activity.

Therefore the arbitral tribunal finds that the Claimant does not qualify to be a “consumer” for the purposes of the above Russian conflict-of-laws provision of Art. 1212 of the Civil Code and mandatory rules of consumer protection law of the Claimant’s place of residence do not apply in this case.

3.3. Examining the case on its merits

Principal amount of claim

3.3.1. The Respondent did not reject the Claimant’s allegation that after sending the email of 22 May 2014 promising further clarification of closing the Claimant’s trading account the Respondent never gave explanation for such actions and of its conclusion as to the wrong pricing by the Claimant. The Respondent only gave his explanations after the Claimant started this arbitration, in the Statement of defense submitted to the ICAC on 6 October 2015, that is, more than 16 months after the closing of the Claimant’s trading account.

Arbitral tribunal believes that such conduct of the Respondent, that is, closing the trading account and cancelling the Claimant’s transactions without a meaningful explanation and leaving the Claimant’s respective requests without response is manifestly improper and is not in line with good faith and fair dealing requirements. The principle of good faith forms part of the Russian substantive law and is embodied in Arts. 1, 6 and 10 of the Civil Code. The principle of good faith is also recognized in practice of the ICAC (for example, in the award dated 15 April 2010 in case No. 128/2009).

While evaluating the legal position of the Respondent as specified in the Statement of defense, the arbitral tribunal takes into account failure by the Respondent to duly substantiate its conduct at the time of closing the Claimant's account and cancellation of the Claimant's transactions.

3.3.2. In the Statement of defense the Respondent argues that the Claimant made a transaction in the period when the market news was released, which, the Respondent argued, is expressly prohibited by the terms of the Agreement (see para. 2.2.1 of this arbitral award). In addition the Respondent contends that the Claimant (in violation of the terms of the Agreement) used trading software in the transactions (see para. 2.2.2 of this arbitral award) and that a ban on the use of computer programs in trade, as well as a ban on transactions during news announcement was acting. On these grounds the Respondent cancelled the Claimant's transactions of 2, 9 and 21 May 2014.

Considering such reasons for the Respondent's actions the arbitral tribunal believes that they do not persuasively substantiate the Respondent's position. The arbitral tribunal agrees with the Claimant that the Agreement, in particular, its Arts. 6 and 7 do not prohibit trading during market news announcements.

The transactions carried out by the Claimant do not constitute a malfunctioning of the market. In fact, trading on market opportunities constitutes a basis of the Forex market.

The Respondent did not provide evidence that the Claimant violated the rules of such trade specified in the Agreement.

Since the Claimant proved that her transactions remained open for more than three minutes in duration, no "scalping" as defined by Art. 6 of the Agreement took place.

Furthermore, email communication between other Company services users and the Company, in the opinion of the arbitral tribunal, additionally confirms the Claimant's position notwithstanding the time of such correspondence. The arbitral tribunal finds that the exchange of emails and online chat record provided by the Claimant as attachment to its "Further submissions" of 16 November 2015 show that the Respondent allows trading during the time of news announcements with the help of trading software. However, in its Statement of defense the Respondent argues that such trading was forbidden. Such conduct of the Respondent should be evaluated in the light of modern practice of international arbitration and the law of international trade, in which a person's actions shall not contradict his/her preceding conduct (principle of estoppel). This principle constitutes part of the Russian legal system, as confirmed by the Russian higher courts (Ruling of the Supreme Arbitrazh Court dated 27 May 2014 No. VAS-6371/14, Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation dated 19 March 2015 in case No. 310-AS14-4786).

Additionally, *lex mercatoria* principles deny legal protection to a party which exercises its right unreasonably or in contradiction to its previous conduct (*nemo potest venire contra factum proprium*) (the ICAC award dated 27 July 1999 in case No. 302/1996).

Therefore the arbitral tribunal finds that the Respondent is estopped from denying the Claimant's right to trading during the time of news announcements and to use trading software.

3.3.3. The arbitral tribunal agrees with the Claimant in that the Respondent is not authorized to rely on Art. 19 of the Agreement because its provision applies after the Claimant makes a withdrawal request. As follows from the text of this Article, the same is true as regards its provision: "If the Company, in its sole discretion, determines that any trade(s) were settled improperly the Company is authorized to retroactively cancel such improperly settled transactions and adjust account equity based off of such cancellations prior to completing any withdrawal". By literal terms of Art. 19 read in its entirety, the Respondent's right to adjust the account is subject to making a withdrawal request by the user. Such understanding follows from the rules of interpretation of contracts specified in Art. 431 of the Civil Code: "While interpreting the terms of the contract, the court shall

take into account the literal meaning of the words and expressions, contained in it. The literal meaning of the terms of the contract in case of its being vague shall be identified by way of comparison with the other terms and with the meaning of the contract as a whole”.

Since the Respondent adjusted the price even before such withdrawal request, the Respondent may not validly rely on Art. 19 of the Agreement.

3.3.4. The Respondent’s reference that the Claimant has abused her rights (see para. 2.2.3 of this arbitral award) is not an independent argument but derives from the Respondent’s previous arguments. Therefore, since the arbitral tribunal found such arguments invalid, reference to abuse of rights shall also be rejected.

3.3.5. Arbitral tribunal takes into consideration that there is no argument between the parties with regard to *quantum* of the claim.

Taking into consideration all of the above stated, the arbitral tribunal finds that the Claimant’s demand for the recovery of the debt in the amount of ... USD should be satisfied.

Interest

3.3.6. The Claimant provided specific argument regarding interest and its calculation in its letter sent to the ICAC Secretariat by email only on 28 April 2014. Under § 15 of the ICAC Rules “*[a]ll documents relating to the... conduct of the arbitral proceedings shall be submitted to the ICAC in six copies...*”.

The basis for calculation of interest specified by the Claimant is improper. The Claimant substantiates its claim of ... USD in interest by referral to refinancing rate of the Central Bank of the Russian Federation.

The Claimant demands interest till the filing date of the claim – 13 April 2015. At that period the applicable Art. 395(1) of the Civil Code provided as follows: “*For the use of another’s monetary assets as the result of their unlawful retention, avoiding returning them, or delay in their payment, or unjustified receipt or saving at the expense of another person, interest is subject to payment on the sum of these assets. The rate of interest shall be determined by the accounting rate of bank interest existing on the day of performance of the monetary obligation or the corresponding part of it at the place of residence of the creditor or if the creditor is a legal person, at its place of location. In case of recovery of a debt by judicial proceedings a court may satisfy a claim of a creditor, proceeding from the accounting rate of bank interest on the day of presentation of the claim or for the day of making a decision. These rules shall be applied unless another rate of interest is established by a statute or the contract*”.

Neither the Agreement nor a statute establishes another rate of interest. As follows from the Statement of claim, the creditor in the case at hand is a resident of Czech Republic. Consequently reference to refinancing rate of the Central Bank of the Russian Federation is incorrect. The Claimant did not provide to the arbitral tribunal evidence of the accounting rate of bank interest for the currency of the debt (USD) on the relevant day in Czech Republic.

Therefore, the arbitral tribunal decides that the claim for interest as made by the Claimant shall be rejected.

3.4. Arbitration fees and costs

3.4.1. According to § 6 of the Schedule of arbitration fees and costs (Appendix to the ICAC Rules), unless the parties have agreed otherwise, the arbitration fee shall be charged to the party against which the award is made; if a claim is granted in part, the arbitration fee shall be charged to the Respondent in proportion to the amount of the granted claims, and the Claimant shall bear the arbitration fee in relating to the amount of the claim that have been dismissed.

Since the claim is satisfied partially (... USD from ... USD = 89%), the Respondent has to reimburse the Claimant for 89% of its expenses caused by payment of the arbitration fee. <...>.

3.4.2. In the Claimant's submission of 24 November 2015 the Claimant demanded compensation of attorney fees resulting from this arbitral proceedings. However, the Claimant did not provide evidence of the expenses actually sustained for the attorney fees. The invoice submitted by the Claimant as such does not confirm that the attorney fee was paid. In addition, the Claimant provided no contract between herself and the attorney which would confirm that the invoice is based on such contract.

Therefore the claim for compensation of attorney fees shall be denied.

3.4.3. Taking into account that no oral hearing took place, the advance for the costs of participation in the arbitral proceedings of Mr. S. (travel expense etc.) paid according to § 7(3) of the ICAC Rules shall be returned to the Claimant.

4. RESOLUTION OF THE CASE

For the reasons given above, in accordance with § 37–39 of the ICAC Rules, the arbitral tribunal awards as follows:

1. Company C. Ltd., Moscow, Russia, is ordered to pay to Ms. A., the Czech Republic, the debt in the amount of ... USD and is ordered to reimburse Ms. A. for her expenses caused by payment of the arbitration fee in the amount of ... USD.

2. Other claims of Ms. A. to Company C. Ltd. shall be dismissed.

3. The advance on arbitrator's costs ... USD shall be returned to Ms. A. from the account of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation.

The present award has been drawn up and signed in three original copies, of which one copy shall be kept in the ICAC files, one copy is for the Claimant and one copy – for the Respondent.

Краткий комментарий к решению МКАС при ТПП РФ от 15 апреля 2016 г. по делу № 126/2015

Публикуемое решение МКАС при ТПП РФ представляет собой интересный пример свободы усмотрения арбитров, которые, невзирая на взаимоисключающие экспертные заключения сторон, провели собственный анализ правоотношений и их правового регулирования, пришли к взвешенному решению, опираясь на толкование правовых норм, судебную практику, экономические расчеты, критерии разумного и целесообразного поведения участников оборота.

Суть отношений сторон можно изложить следующим образом: сторонами был заключен долгосрочный договор аренды железнодорожных вагонов по цене, превышающей среднерыночные. Ответчик (арендатор) неоднократно нарушал договорные обязательства по внесению арендных платежей, на основании чего истцом (арендодателем) было реализовано право на односторонний отказ от договора. Арендованное имущество было возвращено арендодателю спустя длительное время после расторжения договора.

Истец подал иск в МКАС при ТПП РФ о взыскании задолженности по оплате арендованного имущества и неустойки за просрочку внесения арендной платы за периоды во время действия договора и после его расторжения. Кроме того, истцом было заявлено требование о взыскании штрафа в связи с односторонним отказом от договора по причине неоднократного нарушения обязательств по внесению платы за аренду ответчиком.

В ходе разбирательства не возникло споров в отношении правомерности взыскания арендной платы за время пользования имуществом до и после расторжения договора в порядке ст. 622 ГК РФ, что соответствует устоявшейся судебной практике (п. 38 информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой»).

По вопросу взыскания договорной неустойки за просрочку внесения арендной платы между сторонами возник спор как в отношении размера неустойки, начисленной до расторжения договора, так и о возможности ее начисления после расторжения договора.

Истец настаивал на начислении неустойки в соответствии с согласованными сторонами условиями договора. Ответчик указывал на чрезмерность неустойки, начисленной до момента расторжения договора, и просил об ее уменьшении до двукратной учетной ставки Банка России, существовавшей в период допущенных Ответчиком нарушений, как это рекомендовано постановлением Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации». Состав арбитража пришел к выводу о соразмерности неустойки последствиям нарушения ответчиком обязательства по оплате аренды путем сопоставления размера неустойки с общей суммой платы за аренду, внесенной ответчиком за месяцы просрочки.

В отношении взыскания договорной неустойки за несвоевременное внесение арендной платы после расторжения договора стороны исходили из правил, предусмотренных ст. 622 ГК РФ и п. 8 постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35 «О последствиях расторже-

ния договора», делая при этом противоположные выводы о возможности применения положений договора о неустойке в отношении периода после расторжения договора.

В решении приведено развернутое толкование положений ст. 622 ГК РФ в сопоставлении с правовыми предписаниями высшей судебной инстанции и судебной практикой. В результате состав арбитража пришел к выводу, что договорная неустойка может начисляться только до даты расторжения договора.

Представляется, что истец допустил стратегическую ошибку, настаивая на взыскании именно и только неустойки за просрочку платежей с момента расторжения договора, но не требуя уплаты процентов за пользование чужими денежными средствами в порядке ст. 395 ГК РФ. Исходя из аргументации, изложенной в мотивах данного решения, такое требование могло быть удовлетворено арбитрами.

При рассмотрении требования о взыскании с ответчика штрафа на основании досрочного одностороннего расторжения договора истцом составом арбитража был проведен комплексный анализ договорных отношений сторон, а именно состав арбитража определил природу штрафа, установил обстоятельства исполнения и прекращения договора, изучил факторы, влияющие на ценообразование на данном рынке арендного имущества и на формирование цены в спорных правоотношениях.

Определяя правовую природу данного штрафа как разновидности неустойки, состав арбитража исходил из того, что штраф является санкцией за неоднократное нарушение арендатором (ответчиком) обязательства по внесению арендных платежей, повлекшее за собой отказ арендодателя от договора, и в данных обстоятельствах служит цели компенсации негативных последствий для арендодателя от расторжения договора. Компенсаторная природа штрафа отражена в позициях сторон и экспертных заключениях, представленных обеими сторонами, путем оценки размера убытков, понесенных истцом в результате расторжения договора.

Арбитрами было опровергнуто предположение ответчика о том, что взыскание штрафа означает удвоение ответственности за одно и то же нарушение — просрочку внесения оплаты. В решении отмечено различие между двумя нарушениями — просрочкой внесения арендной платы и невнесением арендной платы более двух раз подряд и между их негативными последствиями — соответственно начислением пени и возникновением права арендодателя на отказ от договора.

Устанавливая соразмерность штрафа последствиям допущенного ответчиком правонарушения, составом арбитража был предпринят пересчет заявленной суммы на рубли по курсу ЦБ РФ на дату предъявления иска. Представляется, что в решении не в полной мере обоснован выбор даты конвертации в привязке к дате уплаты арбитражного сбора по делу.

Как установлено в ходе разбирательства, истцом была заключена заменяющая сделка: имущество, выбывающее из пользования ответчика, передавалось в аренду новому арендатору. Новая сделка была заключена еще до расторжения спорного договора по цене ниже, чем по договору с ответчиком (как на вагоны, выбывающие из пользования ответчика, так и на вагоны, уже переданные к тому моменту новому арендатору), но, видимо, снижение цены истцом как арендодателем было вызвано не только необходимостью сдачи в аренду высвобождающегося из пользования ответчика имущества, но и рыночной тенденцией к снижению ставок аренды и особенностями договорных отношений с новым арендатором.

В решении отмечено, что поведение истца в целом при расторжении договора не отвечало принципам экономической целесообразности и разумности. Так как ставки по спорному договору не являлись предметом спора, арбитры не изучали их формирование и обоснован-

ность, но все же в мотивах решения проявилась характеристика договора как невыгодного для ответчика. Также арбитры пересмотрели заявленные истцом периоды, в которые у него возникли убытки в связи с расторжением договора.

Хотелось бы отметить, что требования истца о взыскании арендных платежей и неустойки за просрочку их внесения в несколько раз ниже заявленной суммы штрафа. По нашему мнению, реализуя право на одностороннее расторжение договора и взыскание штрафа, истец пытался возложить только на одну сторону правоотношений — ответчика предпринимательские риски, вызванные падением рынков железнодорожных перевозок и аренды подвижного состава.

Вызывает интерес использованный в решении способ оценки соразмерности штрафа последствиям расторжения договора. Состав арбитража рассчитал фактические потери истца от передачи выбывающих из пользования ответчика вагонов новому арендатору по более низкой цене, а также от снижения арендных ставок по уже имевшимся в распоряжении нового арендатора вагонам и определил, что фактические потери истца значительно ниже заявленной суммы штрафа. К правоотношениям сторон не могло быть применено правило действующей с 1 июня 2015 г. ст. 393.1 ГК РФ о расчете убытков от расторжения договора при заключении аналогичного договора, перенесенное в российское право из ст. 75 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи (Вена, 11 апреля 1980 г.), правда, распространенное на все виды договоров. Но расчет арбитрами убытков от расторжения договора, очевидно, проведен под влиянием нового регулирования.

По причине того, что требование об убытках не было заявлено истцом среди исковых требований, данный расчет не был положен в основу решения, но, исходя из установленной арбитрами и подтверждаемой сторонами квалификации штрафа как разновидности неустойки, имеющей в том числе цель компенсации последствий для истца от расторжения договора, состав арбитров пришел к выводу об обоснованности снижения штрафа по правилам ст. 333 ГК РФ.

М.М. Деменкова,
ведущий специалист Исследовательского центра частного права
имени С.С. Алексеева при Президенте Российской Федерации,
член редакционной коллегии журнала
«Вестник международного коммерческого арбитража»

**МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД
ПРИ ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЕ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

РЕШЕНИЕ

15 апреля 2016 г.

Дело № 126/2015

Стороны

Истец — общество с ограниченной ответственностью, имеющее местонахождение на территории России.

Ответчик — закрытое акционерное общество, имеющее местонахождение на территории России.

[Нормативные акты и правовые институты, имеющие отношение к спору:
договор аренды движимого имущества;
односторонний отказ от договора в связи с существенным нарушением договорных обязательств другой стороной;
взыскание арендной платы за пользование имуществом во время действия договора и после его расторжения;
взыскание договорной неустойки за просрочку внесения арендной платы во время действия договора и после его расторжения;
расчет убытков в связи с расторжением договора;
соразмерность штрафа за досрочное расторжение договора фактическим потерям стороны;
целесообразное и разумное поведение стороны договора;
выбор российского материального права;
ст. 330, 333, п. 3 ст. 450 (в редакции, действовавшей до 1 июня 2015 г.), ст. 451, п. 2 и 3 ст. 453, ст. 619, 622 ГК РФ;
п. 1 ст. 2 Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации»;
п. 1 постановления Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации»;
п. 3 и 8 постановления Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35 «О последствиях расторжения договора»;
п. 39 информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой»;
п. 1 информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 104 «Обзор практики применения арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о некоторых основаниях прекращения обязательств»;
Постановление Президиума ВАС РФ от 18 мая 2010 г. № 1059/10 по делу № А45-4646/09;

постановление Суда по интеллектуальным правам от 26 августа 2014 г. № С01-687/2014 по делу № А40-88473/2013;

ст. 1, 7, п. 1 ст. 16, п. 2 ст. 19, п. 1 ст. 28 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5838-1 «О международном коммерческом арбитраже»;

§ 2, п. 1 § 26, п. 4 § 31, § 37–39 Регламента МКАС при ТПП РФ.]

Факты

19 июня 2015 г. в Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее – МКАС при ТПП РФ) поступило исковое заявление общества с ограниченной ответственностью, имеющего местонахождение на территории России (далее – Истец), к закрытому акционерному обществу, имеющему местонахождение на территории России (далее – Ответчик; совместно с Истцом – Стороны), о взыскании ... долл. США и ... руб. (... руб. основного долга и ... руб. неустойки).

Из искового заявления и приложенных к нему документов следует, что 25 апреля 2014 г. Истец и Ответчик заключили договор аренды № ... (далее – Договор), согласно которому Истец (арендодатель) обязался передать Ответчику (арендатору) для использования в предпринимательских целях железнодорожные вагоны, являющиеся собственностью Истца, в количестве N штук по ставке 5 руб.* в сутки.

<...>

Как указал Истец, в связи с тем, что к ноябрю 2014 г. за Ответчиком накопилась задолженность за август – октябрь 2014 г., Истец направил Ответчику 10 ноября 2014 г. требование о погашении задолженности в общей сумме ... руб. и уплате неустойки в сумме ... руб. Письмом от 12 ноября 2014 г. Ответчик признал данную задолженность, однако не погасил ее в течение 10 рабочих дней, как это предусмотрено Договором.

21 января 2015 г. Истец направил Ответчику уведомление об одностороннем внесудебном расторжении Договора (далее – Уведомление), воспользовавшись правом, предоставленным ему п. 11.1.1 Договора в случае невнесения арендной платы более двух раз подряд. В Уведомлении Истец потребовал уплаты ... руб. в погашение задолженности по арендной плате по состоянию на 20 января 2015 г., неустойки в сумме ... руб., штрафа в размере ... долл. США, а также потребовал в течение 60 дней вернуть вагоны на станцию назначения.

Истец указал, что Ответчик до предъявления иска в МКАС при ТПП РФ не погасил задолженность и проигнорировал требование о расторжении Договора и возврате вагонов.

Истец обратился в МКАС при ТПП РФ на основании п. 19.2 Договора, предусматривающего рассмотрение споров в МКАС при ТПП РФ, с требованием взыскать с Ответчика:

- 1) задолженность по оплате аренды вагонов в размере ... руб. за март – май 2015 г.;
- 2) неустойку за просрочку исполнения обязательства по оплате аренды вагонов (п. 9.8 Договора) по состоянию на 31 мая 2015 г. в размере ... руб.;
- 3) штраф за досрочное расторжение Договора в сумме ... долл. США;
- 4) судебные издержки.

* Здесь и далее размеры ставок, штрафов и др. заменены условными величинами.

В исковом заявлении Истцом была обоснована компетенция МКАС при ТПП РФ на рассмотрение спора, и в частности приведены сведения, подтверждающие, что Истец является предприятием с иностранными инвестициями.

<...>

12 августа 2015 г. в МКАС при ТПП РФ поступил отзыв на иск, в котором Ответчик просил отклонить следующие требования Истца:

– о взыскании неустойки по день фактического исполнения обязательства, поскольку нормы Регламента МКАС при ТПП РФ не предусматривают капитализации платежей на будущее без указания конкретной суммы взыскиваемых средств;

– о штрафе за досрочное расторжение Договора в сумме ... долл. США, поскольку он является чрезмерным и Истцом не доказано, что расторжение Договора повлекло для него последствия, соразмерные утрате им такой суммы. Право на взыскание штрафа поставлено в зависимость только от волеизъявления Истца, а при заключении Договора Ответчик был лишен права на коррекцию его условий.

<...>

10 ноября 2015 г. в МКАС при ТПП РФ поступило заявление Истца об увеличении и уточнении исковых требований. Как указал Истец, исковые требования увеличены в части взыскания задолженности по оплате аренды в связи с увеличением периода ее начисления за июнь – сентябрь 2015 г. и составляют ... руб. Истец также заявил об увеличении суммы взыскиваемой неустойки до ... руб.

12 ноября 2015 г. в МКАС при ТПП РФ поступили возражения Истца на отзыв Ответчика, в которых Истец указал на необоснованность доводов Ответчика и просил удовлетворить иск в полном объеме. В частности, Истец указал, что требование о взыскании неустойки по день исполнения обязательства соответствует действующему законодательству и что соответствующее условие было добровольно согласовано Сторонами в п. 9.8 Договора. Истец настаивал на том, что штраф за одностороннее расторжение Договора по вине Ответчика подлежит взысканию, поскольку уплата такого штрафа добровольно согласована Ответчиком, и что Ответчик, если он заявляет о чрезмерности штрафа, должен это доказать. В подтверждение соразмерности штрафа последствиям нарушения Договора Истец представил экспертное заключение компании А (далее – Эксперт Истца), согласно которому величина убытков Истца на 1 вагон вследствие расторжения Договора составляет 6 долл. США.

<...>

1 декабря 2015 г. от Ответчика в МКАС при ТПП РФ поступило экспертное заключение компании В (далее – Эксперт Ответчика), в котором был сделан вывод о том, что величина фактических убытков Истца составила 0 руб., поскольку все арендованные вагоны были в тот же день переданы в аренду обществу Z.

В заседании арбитража 2 декабря 2015 г. по ходатайству представителя Ответчика к материалам дела были приобщены письменные объяснения и новая судебная практика в связи с представленным заключением Эксперта Ответчика об убытках Истца.

По ходатайству представителя Истца к материалам дела были приобщены дополнения к возражениям Истца на отзыв Ответчика, содержащие позицию Истца по взысканию определенного в долларах штрафа в рублях на дату его уплаты с учетом изменения курса рубля к доллару США, а также пояснения по поводу заключения Эксперта Ответчика.

По ходатайству Ответчика, заявленному в связи с поздним получением письменных пояснений Истца по представленному Ответчиком экспертному заключению, слушание дела было отложено на 22 января 2016 г.

<...>

В заседании арбитража 22 января 2016 г. представители Ответчика признали требование Истца о взыскании основного долга в сумме ... руб.

Представители Истца поддержали требование о взыскании с Ответчика неустойки в размере, указанном в заявлении Истца об увеличении и уточнении исковых требований, поступившем в МКАС при ТПП РФ 10 ноября 2015 г.

Представители Истца также поддержали требование о взыскании с Ответчика штрафа в сумме ... долл. США (с выплатой в рублях по курсу ЦБ РФ на дату платежа) за досрочное расторжение Договора по вине Ответчика, который допустил более двух нарушений платежной дисциплины.

<...>

Представители Ответчика, ссылаясь на постановление Пленума ВАС РФ от 6 июня 2014 г. № 35 «О последствиях расторжения договора» (далее – Постановление № 35), согласились с наличием у Истца права взыскания договорной неустойки, но только до даты расторжения Договора, считая, что условия о неустойке прекратили действие с 23 января 2015 г. В обоснование своей позиции представители Ответчика сослались на постановление Суда по интеллектуальным правам от 26 августа 2014 г. № С01-687/2014 по делу № А40-88473/2013, в котором Суд пришел к выводу, что если соглашение сторон о применении неустойки уже не действует, то требование об уплате договорной неустойки удовлетворению не подлежит.

Вместе с тем представители Ответчика заявили ходатайство об уменьшении суммы неустойки, начисленной и по дату расторжения Договора, до суммы, рассчитанной в соответствии с двукратной учетной ставкой Банка России, существовавшей в период допущенных Ответчиком нарушений, как это рекомендовано постановлением Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Постановление № 81). Представители Ответчика утверждали, что ставка договорной неустойки, которую невозможно было скорректировать при заключении Договора, значительно превышает действующие ставки по краткосрочным кредитам.

Представители Истца, ссылаясь на п. 8 Постановления № 35 и ст. 622 ГК РФ, настаивали на том, что отношения по ддящимся договорам не прекращаются с расторжением договора и, соответственно, арендные платежи и неустойка начисляются по день исполнения обязательства.

Представители Истца возражали против ссылки Ответчика на средние ставки банковского процента как на доказательство несоразмерности последствиям нарушения Дого-

вора требуемой Истцом договорной неустойки, обратив внимание на то, что других доказательств несоразмерности, как это установлено в Постановлении Пленума ВАС РФ № 81, Ответчик не представил.

Представители Ответчика возражали против такой трактовки Истцом п. 8 Постановления № 35, утверждая, что в ст. 622 ГК РФ речь идет о неустойке за несвоевременный возврат арендованного имущества, а не за просрочку оплаты аренды. Представители Ответчика пояснили, что после заключения Договора Ответчик попал в трудное финансовое положение из-за кризиса на рынке аренды вагонов, а получение кредита стало невозможным, в связи с чем Ответчик просил Истца снизить арендную ставку, на что Истец не пошел. В подтверждение данного факта представители Ответчика сослались на свои письма в адрес Истца, представленные Истцом в приложениях к исковому заявлению, одно из которых было направлено Истцу до Уведомления.

Представители Истца считали, что Ответчик не представил доказательств своего трудного финансового положения. В течение года Ответчик не воспользовался механизмом, который позволил бы ему расторгнуть Договор без штрафных санкций на основании ст. 451 ГК РФ. Они пояснили, что в данном случае решение о расторжении Договора было принято исходя из того, что Ответчик совсем не платил за аренду по другому договору, заключенному с обществом Y, имеющим общего учредителя с Истцом.

Представители Истца настаивали на том, что установленная Договором сумма штрафа в размере 5 долл. США за каждый вагон составляет реальную сумму убытков Истца, подтвержденную Экспертом Истца, имеющим большой опыт работы на рынке. Представители Истца оспорили вывод Эксперта Ответчика об отсутствии реальных убытков у Истца в связи с передачей вагонов в аренду новому арендатору. В частности, они указали, что вагоны были отданы в аренду обществу Z в экстренном порядке, притом только по 31 декабря 2015 г. и с условием о снижении ставки до 1 руб. в сутки, в том числе и за вагоны, уже находившихся к этому времени в аренде у общества Z. В подтверждение сказанного представители Истца сослались на представленное в материалы дела дополнительное соглашение с обществом Z от 24 декабря 2014 г. Представители Истца настаивали на том, что сделанный в экспертном заключении Эксперта Истца вывод о размере убытков порядка ... руб. соответствует тем убыткам, которые возникают у Истца с начала 2016 г. в связи с экспозицией и простоем вагонов.

<...>

Представители Ответчика указали, что штраф стал основным условием Договора, поскольку Ответчик был заинтересован в получении в аренду нового подвижного состава, причем в первоначальном проекте Договора данный штраф составлял 3 долл. США. По мнению представителя Ответчика, Истец, зная о трудностях на рынке аренды вагонов, намеревался извлечь за счет этого штрафа выгоду для погашения своих финансовых обязательств. По мнению представителей Ответчика, одновременное взыскание неустойки и штрафа представляет собой двойную ответственность за одно и то же нарушение.

<...>

Отвечая на вопрос арбитров об интересе Истца в реализации права на расторжение Договора, представители Истца пояснили, что целью расторжения явилась минимизация

ция убытков, поскольку Ответчик не платил по двум договорам – формально с разными арендодателями, но фактически одному лицу – группе компаний, в которую входят Истец и общество Y. Кроме того, Ответчик значительно задерживал возврат вагонов.

<...>

По результатам устного слушания дела МКАС при ТПП РФ вынесено постановление, в котором объявлено о завершении устного слушания по делу.

<...>

Извлечения из решения

Рассмотрев материалы дела и выслушав объяснения представителей Сторон в заседаниях, МКАС при ТПП РФ пришел к следующим выводам.

1. По вопросу о компетенции МКАС при ТПП РФ рассматривать настоящий спор состав арбитража установил, что поскольку место арбитража находится на территории Российской Федерации, то к международному коммерческому арбитражу применяется Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА) в силу п. 1 его ст. 1.

МКАС при ТПП РФ установил, что Договор содержит следующую арбитражную оговорку в п. 19.2:

«Все споры, разногласия и требования, возникающие из настоящего Договора или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, прекращения, нарушения или недействительности, подлежат разрешению в МКАС при ТПП РФ. В случае если МКАС при ТПП РФ признает отсутствие у себя компетенции на рассмотрение какого-либо спора, вытекающего из настоящего Договора, то такой спор подлежит рассмотрению в Арбитражном суде города Москвы».

Состав арбитража констатировал, что Договор заключен между двумя российскими предприятиями. Как установил МКАС при ТПП РФ, согласно имеющейся в материалах дела выписке из ЕГРЮЛ, участниками предприятия Истца являются две иностранные компании – компания 1, имеющая местонахождение на территории Бермудских островов, и компания 2, имеющая местонахождение на территории Кипра, которым принадлежит 100% уставного капитала предприятия Истца. Таким образом, Истец является предприятием с иностранными инвестициями.

Как следует из п. 2.1 Договора, он представляет собой договор аренды, т.е. является гражданско-правовым договором.

Поскольку спор касается гражданско-правовых отношений между российскими предприятиями, одно из которых (Истец) является предприятием с иностранными инвестициями, то, следовательно, данный спор с точки зрения предмета спора и его субъектов подпадает под категорию споров, которые в соответствии с п. 2 ст. 1 Закона о МКА и п. 1 § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ могут быть рассмотрены МКАС при ТПП РФ.

МКАС при ТПП РФ установил, что арбитражная оговорка Договора соответствует установленным требованиям к письменному соглашению сторон о передаче спора на разрешение в МКАС при ТПП РФ (п. 2 ст. 7 Закона о МКА и п. 2 § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ).

Состав арбитража сформирован в соответствии с требованиями § 17 Регламента МКАС при ТПП РФ. Отводы составу арбитража заявлены не были. Таким образом, сформированный состав арбитража правомочен рассматривать данный спор.

Исходя из изложенного и руководствуясь п. 2 ст. 1, ст. 7 и п. 1 ст. 16 Закона о МКА, а также п. 1, 2 и 4 § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ, состав арбитража пришел к выводу о наличии компетенции МКАС при ТПП РФ на рассмотрение данного спора.

2. При рассмотрении вопроса о применимом праве арбитраж исходил из положений п. 1 ст. 28 Закона о МКА и п. 1 § 26 Регламента МКАС при ТПП РФ, а также п. 19.3 Договора, в котором Сторонами согласовано, что все споры, вытекающие из Договора, решаются в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Таким образом, МКАС при ТПП РФ пришел к выводу о применении к отношениям Сторон российского гражданского законодательства, в том числе ГК РФ.

В связи с этим МКАС при ТПП РФ находит необходимым обратить внимание на то, что некоторые правила ГК РФ, на которые Стороны ссылаются в обоснование своих требований и возражений, были изменены Федеральным законом от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Федеральный закон № 42-ФЗ), который вступил в силу с 1 июня 2015 г. (ч. 1 ст. 2). В соответствии с ч. 2 ст. 2 Федерального закона № 42-ФЗ

«[п]оложения Гражданского кодекса Российской Федерации (в редакции настоящего Федерального закона) применяются к правоотношениям, возникшим после вступления в силу настоящего Федерального закона. По правоотношениям, возникшим до дня вступления в силу настоящего Федерального закона, положения Гражданского кодекса Российской Федерации (в редакции настоящего Федерального закона) применяются к тем правам и обязанностям, которые возникнут после дня вступления в силу настоящего Федерального закона...».

Поскольку Договор, в связи с нарушениями и расторжением которого возник спор, был заключен 25 апреля 2014 г., расторгнут 22 января 2015 г. и с 23 января 2015 г. возникла предусмотренная ст. 622 ГК РФ обязанность Ответчика возратить арендованные вагоны, а также, как утверждает Истец, обязанность уплатить предусмотренный п. 9.2 Договора штраф за его расторжение, МКАС при ТПП РФ приходит к выводу, что в принципе к отношениям Сторон, подлежащим рассмотрению в настоящем деле, применяются положения ГК РФ в редакции, действовавшей до 1 июня 2015 г.

Вместе с тем в случаях, когда, как полагает Истец, его требования основываются на правах, возникших после 1 июня 2015 г., вопрос о подлежащих применению к таким правам положениях ГК РФ должен быть решен МКАС при ТПП РФ специально в соответствующих местах мотивов настоящего решения.

3. При рассмотрении требования Истца о взыскании с Ответчика суммы основного долга в размере ... руб. МКАС при ТПП РФ установил следующее.

Ответчиком не оспаривается и материалами дела подтверждается, что Истец (арендодатель) в соответствии с взятыми на себя договорными обязательствами передал Ответчику (арендатору) 10 мая 2014 г. железнодорожные вагоны в количестве N штук для использования в предпринимательских целях по ставке 5 руб. в сутки за вагон.

Ответчиком также не оспаривается, что начиная с сентября 2014 г. он несколько раз подряд нарушал сроки оплаты аренды переданных ему вагонов и не погасил образовавшуюся в результате задолженность по получении соответствующего требования Истца от 10 ноября 2014 г. в течение 10 рабочих дней, как это предусмотрено Договором.

Из материалов дела следует и Сторонами подтверждается, что 21 января 2015 г. Истец направил Ответчику Уведомление (получено Ответчиком 22 января 2015 г.), как это предусмотрено п. 11.1.1 Договора, вследствие невнесения арендной платы более двух раз подряд. В Уведомлении Истец потребовал уплатить задолженность и штрафные санкции по состоянию на 20 января 2015 г. и вернуть вагоны в течение 60 дней.

Как следует из материалов дела, к 26 января 2015 г. Ответчик погасил просроченную задолженность за месяцы, предшествующие расторжению Договора, однако продолжал пользоваться вагонами дольше установленного в Уведомлении срока, начав возвращать их только с апреля 2015 г.

На дату обращения Истца с иском в МКАС при ТПП РФ (19 июня 2015 г.) сумма долга Ответчика за пользование вагонами после расторжения Договора в период с марта по май 2015 г. составляла ... руб. К этому времени Истцу было возвращено ... вагонов. В связи с тем, что Ответчик в период с июня по сентябрь 2015 г. включительно продолжал пользоваться оставшимися вагонами, исковые требования в части взыскания арендной платы были увеличены Истцом до ... руб. (заявление Истца об увеличении и уточнении исковых требований от 10 ноября 2015 г.). Данная сумма Ответчиком полностью признана.

Оценив представленные Сторонами доказательства, МКАС при ТПП РФ пришел к следующим выводам.

Согласно п. 11.1.1 Договора арендодатель вправе в одностороннем внесудебном порядке расторгнуть Договор в случае невнесения арендной платы более двух раз подряд.

Данное условие Договора имеет своим основанием правило закона (п. 3 ст. 619 ГК РФ) и является правомерным.

<...>

Таким образом, МКАС при ТПП РФ приходит к выводу, что Договор был правомерно расторгнут Истцом в одностороннем порядке в соответствии с условиями Договора.

Согласно ст. 622 ГК РФ при прекращении договора аренды арендатор обязан вернуть арендованное имущество, а если арендатор не возвратил его либо возвратил его несвоевременно, арендодатель вправе потребовать внесения арендной платы за все время просрочки.

Установив, что Ответчик продолжал пользоваться арендованными вагонами после расторжения Договора по сентябрь 2015 г. включительно, состав арбитров заключил, что взыскание за это время арендной платы по ставке, установленной Договором, является правомерным.

Исходя из изложенного и на основании п. 6.1 Договора и части второй ст. 622 ГК РФ МКАС при ТПП РФ признает требование Истца о взыскании с Ответчика основного долга в сумме ... руб. обоснованным и подлежащим удовлетворению.

4. При рассмотрении требования Истца о взыскании с Ответчика неустойки за несвоевременное внесение арендной платы в сумме ... руб., рассчитанной по 13 ноября 2015 г., а также в сумме, которая должна быть рассчитана по день исполнения Ответчиком обязательства по уплате задолженности по арендной плате, МКАС при ТПП РФ установил следующее.

Истец обосновывает данное требование п. 9.8 Договора, в котором предусмотрено, что при просрочке платежа по арендной плате арендатор обязан уплатить штрафную неустойку в размере 0,1% не внесенного в срок платежа за каждый календарный день просрочки.

Ответчик возражает против удовлетворения данного требования Истца в таком объеме, поскольку, по его мнению, основанному на приводившейся в заседании судебной практике, договорная неустойка может быть взыскана только по дату расторжения Договора, т.е. не позднее чем по 22 января 2015 г. Помимо этого, Ответчик заявляет о чрезмерности неустойки, если даже она будет рассчитана по дату расторжения Договора, ввиду того, что в целом предусмотренная Договором ставка в расчете на год (36% годовых) намного превышает средние ставки по кредитам, в связи с чем Ответчиком на основании ст. 333 ГК РФ заявлено ходатайство об уменьшении неустойки до двукратной учетной ставки Банка России.

Истец, ссылаясь на п. 8 Постановления № 35 и ст. 622 ГК РФ, настаивает на том, что отношения по длящимся договорам не прекращаются с расторжением договора и, соответственно, не только арендные платежи, но и неустойка начисляются по день исполнения обязательства: арендные платежи — по день возврата арендованного имущества, а санкции за просрочку внесения этих платежей — по день их уплаты. Кроме того, по его мнению, Ответчиком не представлены доказательства явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства, что предусмотрено Постановлением № 81. Поэтому Истец просит удовлетворить его требование в отношении неустойки за просрочку в оплате аренды в полном объеме.

Изучив обстоятельства исполнения Сторонами Договора и оценив позиции Сторон, МКАС при ТПП РФ пришел к следующим выводам.

Истребуемая Истцом сумма включает неустойку за просрочку внесения арендной платы за следующие периоды:

- за период до расторжения Договора (с мая по декабрь 2014 г.);
- за период пользования вагонами после расторжения Договора (в феврале 2015 г.) (с марта по сентябрь 2015 г.).

<...>

Как установлено в п. 3 мотивов настоящего решения, спорный Договор был правомерно расторгнут Истцом (арендодателем) 22 января 2015 г. в одностороннем порядке в связи с уже имевшими место нарушениями Ответчиком сроков внесения арендной платы.

Согласно п. 3 ст. 450 ГК РФ (действовавшему до 1 июня 2015 г.), п. 2 (в редакции, действовавшей до 1 июня 2015 г.) и п. 3 ст. 453 ГК РФ в случае одностороннего отказа от исполнения договора полностью или частично, когда такой отказ допускается законом или соглашением сторон, договор считается соответственно расторгнутым или измененным. При расторжении договора обязательства сторон прекращаются с даты расторжения договора.

В судебной практике государственных судов выработано достаточно определенное толкование этих норм, согласно которому расторжение договора влечет прекращение обязательств на будущее время, включая его условие о договорной неустойке, если иное не вытекает из соглашения сторон. Иными словами, кредитор не лишается права требовать с должника, помимо суммы основного долга, образовавшейся до момента расторжения договора, сумму имущественных санкций в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением договора. В отношении имущественных санкций данное толкование закона означает, что неустойка может начисляться только до даты расторжения договора (п. 1 информационного письма Президиума ВАС РФ от 21 декабря 2005 г. № 104 «Обзор

практики применения арбитражными судами норм Гражданского кодекса Российской Федерации о некоторых основаниях прекращения обязательств»; Постановление Президиума ВАС РФ от 18 мая 2010 г. № 1059/10 по делу № А45-4646/09; п. 3 Постановления № 35; постановление Суда по интеллектуальным правам от 26 августа 2014 г. № С01-687/2014 по делу № А40-88473/2013).

На основании изложенного и учитывая, что договорные обязательства Сторон прекратились с 23 января 2015 г., МКАС при ТПП РФ приходит к выводу, что у Истца, несомненно, есть право на взыскание с Ответчика неустойки, образовавшейся до момента расторжения Договора, т.е. за просрочку внесения арендных платежей за май – декабрь 2014 г. (в период действия Договора) на основании п. 9.8 Договора и в силу ст. 330 ГК РФ, что в принципе не вызывает возражений Ответчика, который заявляет о несогласии лишь с размером неустойки, считая ее чрезмерной.

Сумма неустойки, приходящаяся на указанные месяцы, составляет, по подсчетам арбитров, ... руб., т.е. около 2% от общей суммы арендной платы, внесенной за эти месяцы Ответчиком. Такая неустойка представляется составу арбитража соразмерной последствиям нарушения Ответчиком обязательства по оплате аренды.

Что касается спора между Сторонами о взыскании неустойки за просрочку внесения платы за пользование арендованным имуществом после расторжения Договора, то по этому вопросу МКАС при ТПП РФ приходит к следующим выводам.

В ст. 622 ГК РФ содержится специальное правило о последствиях расторжения договора аренды как длящегося договора.

Данная статья, как следует из ее названия и формулировок, решает только один вопрос, связанный с расторжением договора аренды, – вопрос о возврате арендованного имущества и, регулируя именно эти отношения, устанавливает санкции за неисполнение арендатором обязательства по возврату имущества в срок (части вторая и третья ст. 622 ГК РФ).

По мнению МКАС при ТПП РФ, данной статьей установлены два вида таких санкций.

Первый имеет основанием условия расторгнутого договора, прекращение которого, естественно, не освобождает арендатора от возврата арендованного имущества и обязанности внести согласованную в договоре арендную плату за все время просрочки возврата арендованного имущества (часть вторая ст. 622 ГК РФ). Неисполнение этой обязанности дает арендодателю право на взыскание штрафной неустойки за просрочку возврата арендованного имущества, если таковая согласована в договоре (часть третья ст. 622 ГК РФ).

Второй вид санкций применяется независимо от договора; он заключается в праве арендодателя взыскать с арендатора убытки, причиненные несвоевременным возвратом арендованного имущества в случае, если арендная плата не покрывает таковых, причем взыскать убытки можно сверх допускаемой данной частью ст. 622 ГК РФ неустойки, если она предусмотрена договором (части вторая и третья ст. 622 ГК РФ).

Таким образом, по мнению арбитров, указанная статья ГК РФ прямо предусматривает только один вид неустойки, которая может быть взыскана с арендодателя за пределами действия договора аренды, – неустойку за просрочку возврата арендованного имущества и только в случае, если таковая была согласована в прекратившем действие договоре. О возможности взыскания именно такой неустойки по день исполнения обязательства по возврату имущества говорится в п. 8 Постановления № 35.

Следовательно, взыскание другой договорной неустойки, т.е. неустойки за просрочку внесения арендных платежей, когда эти платежи взимаются на основании части второй

ст. 622 ГК РФ в случае несвоевременного возврата арендованного имущества уже после расторжения договора, неправомерно.

Такой вывод учитывает судебную практику, обобщенную в п. 39 информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 г. № 66 «Обзор практики разрешения споров, связанных с арендой», где в качестве способа компенсировать потери от просрочки внесения платежей за пользование арендованным имуществом после расторжения договора названо право арендодателя требовать от арендатора уплаты процентов за пользование чужими денежными средствами за период с момента прекращения договора аренды до возврата арендодателю имущества.

Таким образом, по мнению арбитров, требование Истца о взыскании с Ответчика договорной неустойки за несвоевременную оплату Ответчиком пользования вагонами уже после прекращения Договора подлежит отклонению.

Исходя из изложенного и на основании п. 9.8 Договора, ст. 330 и 333 ГК РФ (в редакции, действовавшей до 1 июня 2015 г.) МКАС при ТПП РФ считает обоснованным и подлежащим удовлетворению требование Истца о взыскании с Ответчика неустойки в сумме ... руб.

5.1. При рассмотрении требования Истца о взыскании с Ответчика штрафа в сумме ... долл. США с выплатой ее в рублях по курсу ЦБ РФ на дату платежа МКАС при ТПП РФ считает необходимым отметить, что в Договоре право на взыскание этого штрафа непосредственно связано с досрочным расторжением Договора Истцом (арендодателем) в одностороннем внесудебном порядке (п. 9.2 Договора).

На основании вывода о правомерности расторжения Истцом Договора в одностороннем порядке, сделанного МКАС при ТПП РФ в п. 3 мотивов настоящего решения, МКАС при ТПП РФ приходит к выводу, что необходимая предпосылка взыскания штрафа, установленного в п. 9.2 Договора, имела место.

МКАС при ТПП РФ придает важное значение выяснению вопроса о том, за что именно предусмотрено Договором взыскание штрафа, поскольку Ответчик считает, что его взыскание означало бы удвоение ответственности за одно и то же нарушение – взыскание за одно и то же нарушение Договора, допущенное Ответчиком, двух санкций.

В связи с этим заявлением Ответчика МКАС при ТПП РФ считает необходимым обратить внимание на то, что штраф, предусмотренный п. 9.2 Договора в связи с его односторонним расторжением арендодателем, является разновидностью неустойки, установленной в п. 1 ст. 330 ГК РФ в качестве одного из способов обеспечения исполнения обязательств, в том числе договоров. Об этом свидетельствует как его название в Договоре, соответствующее названию в п. 1 ст. 330 ГК РФ, так и то, что он установлен в «определенной денежной сумме».

Вместе с тем очевидно, что указанный штраф не является санкцией за расторжение Договора само по себе, которое, как сказано выше, представляет собой правомерное действие, притом правомерное действие не той Стороны, с которой может быть взыскан штраф.

Но это, по мнению МКАС при ТПП РФ, не означает, что за вызываемые подобным расторжением договора невыгодные последствия (которые в принципе могут возникнуть для любой стороны договора) никто не должен нести ответственность. Нет препятствий для обеспечения исполнения договора посредством неустойки (штрафа) как в целях предотвращения таких последствий (тем самым и предотвращения расторжения договора), так и в целях их компенсации (если договор правомерно расторгнут и невыгодные последствия этого наступили для расторгнувшей его стороны). Все зависит от того, яви-

лось ли основанием расторжения договора одной стороной правонарушение, допущенное другой стороной.

В настоящем деле основанием расторжения Договора Истцом явилось (в соответствии с тем, как это предусмотрено Договором) нарушение Ответчиком своей обязанности своевременно вносить плату за аренду вагонов, причем данное нарушение является иным, более тяжелым, чем те, которые предусмотрены п. 9.8 Договора в качестве оснований для уплаты пени за просрочку внесения арендных платежей. Очевидно и еще более важно то, что иными являются те невыгодные последствия, которые это нарушение и как его следствие – расторжение Договора влекут для Арендодателя.

На основании сказанного МКАС при ТПП РФ приходит к выводу, что условие о штрафе, предусмотренном п. 9.2 Договора, представляет собой условие о неустойке, не противоречащее закону и подлежащее применению в соответствии с установленными законом правилами о неустойке и сложившейся на этот счет правоприменительной практикой.

5.2. При рассмотрении вопроса о соразмерности штрафа, взыскиваемого Истцом с Ответчика, последствиям допущенного Ответчиком правонарушения МКАС при ТПП РФ исходил из того, что п. 9.2 Договора сумма штрафа установлена в долларах США (5 долл. США за каждый вагон, соответственно, ... долл. США за арендованные вагоны в количестве N штук).

Основанием для рассмотрения данного вопроса является соответствующее заявление Ответчика, сделанное в представленных в материалы дела возражениях по иску и подтвержденное в заседаниях арбитража.

Для выяснения вопроса о соразмерности данного требования Истца последствиям нарушения Ответчиком своих обязательств МКАС при ТПП РФ с учетом всех обстоятельств настоящего дела считает необходимым пересчитать взыскиваемый штраф в рубль по курсу ЦБ РФ на дату предъявления иска (19 июня 2015 г.), что составляет ... руб. Данное решение объясняется следующими обстоятельствами.

Обе стороны спора являются российскими юридическими лицами, оперирующими на российском рынке, и расчеты между ними, включая расчеты по арендной плате, производятся в рублях. По этой причине оценить убытки Истца с точки зрения их соразмерности неустойке иначе как в рублях не представляется возможным, что прямо подтверждается представленными в материалы дела обеими Сторонами экспертными заключениями, в которых убытки рассчитаны на основе анализа российского рынка аренды вагонов в рублях. Выбор арбитрами курса на дату предъявления иска объясняется тем, что арбитражный сбор по данному делу, требования в котором были заявлены как в рублях, так и в валюте, рассчитывался в долларах США именно на эту дату и уплачивался Истцом в рублях по курсу на дату уплаты сбора, т.е. по курсу на дату, близкую к предъявлению иска.

5.3. В обоснование правомерности своего требования Истцом представлено заключение Эксперта Истца, в котором сделан вывод о том, что величина убытков, понесенных Истцом в результате расторжения Договора, составила в отношении вагонов в количестве N штук ... руб., что по курсу на дату заключения Договора составляет ... долл. США, или 6 долл. США за один вагон.

Возражения Ответчика основаны на заключении Эксперта Ответчика, в котором сделан вывод об отсутствии у Истца фактических убытков в связи с досрочным расторжением Договора ввиду того, что все арендованные вагоны после получения их от Ответчика были в тот же день переданы новому арендатору – обществу Z.

Истец подтверждает факт передачи вагонов в количестве N штук в аренду обществу Z непосредственно в день получения их от Ответчика, однако настаивает на том, что тем

не менее понес в результате этого убытки, поскольку в соответствии с дополнительным соглашением с обществом Z новый арендатор согласился в экстренном порядке взять эти вагоны в аренду только под условием снижения с 1 января 2015 г. ставки платежа на уже имеющиеся у него в пользовании вагоны Истца до 1 руб. в сутки, в то время как ставка платежа по Договору с Ответчиком составляла 5 руб. Кроме того, Истец особо отмечает, что новый арендатор согласился взять еще вагоны в количестве N штук в дополнение к уже имеющимся у него в аренде только до 31 декабря 2015 г., в связи с чем у Истца все равно неизбежно возникнут убытки во время поиска следующего арендатора.

Ответчик особо отмечает, что начиная с осени 2014 г., когда на рынке использования вагонов начался кризис, Ответчик просил Истца пойти на уступки и снизить ставку арендного платежа, однако Истец предпочел расторгнуть Договор и отдать вагоны в аренду по меньшей ставке и на более короткий, чем по Договору с Ответчиком, срок, хотя ко дню расторжения Договора Ответчик погасил задолженность по арендной плате.

Истец в заседаниях арбитража объясняет свое решение о расторжении Договора не только просрочками Ответчика при внесении арендной платы по Договору, но и тем, что Ответчик совсем не платил по договору аренды, заключенному им с обществом Y, входящим в ту же группу компаний, что и предприятие Истца.

5.4. Состав арбитров, рассматривая вопрос о взыскании требуемого Истцом штрафа за расторжение Договора, установил следующие обстоятельства исполнения и прекращения Договора.

Начиная с сентября 2014 г. Ответчик, взявший вагоны в аренду в начале мая 2014 г., стал допускать просрочки в уплате арендной платы по Договору. Получив требование Истца от 10 ноября 2014 г. о погашении задолженности за август – сентябрь 2014 г., Ответчик письмом от 12 ноября 2014 г. признал указанную задолженность и предложил снизить ставку платежа с 1 января 2015 г. до ... руб. в сутки, учитывая падение ставок на рынке железнодорожных перевозок и ссылаясь на то, что установленная в Договоре ставка в 5 руб. превышает возможный заработок на одном вагоне.

После получения 22 января 2015 г. Уведомления Ответчик письмами от 26 января и 7 апреля 2015 г. просил Истца не расторгать Договор, полагая, что основания для расторжения отпали в связи с погашением им к 26 января 2015 г. задолженности по декабрь 2014 г.

Истец, еще 24 декабря 2014 г. заключивший соглашение с обществом Z, отверг все предложения Ответчика и потребовал возврата вагонов и передачи их обществу Z.

Материалами дела (актами приема-передачи вагонов и заключением Эксперта Истца) подтверждается и Сторонами не оспаривается, что вагоны передавались обществу Z в апреле – сентябре 2015 г. На дату предъявления иска Ответчиком было передано по указанию Истца ... вагонов.

В представленных Сторонами экспертных заключениях размер понесенных Истцом убытков оценивался исходя из следующих факторов.

Экспертами и Истца, и Ответчика подтверждается, что срок экспозиции вагонов, являвшихся предметом аренды по Договору, составляет порядка шести месяцев, поскольку они используются в основном в зимний сезон, когда нефтепродукты затруднительно или даже невозможно транспортировать по трубопроводу.

Эксперт Истца в своем заключении указывает, что в 2014 г. наблюдалось снижение ставок на цистерны для нефтепродуктов до ... руб. в сутки и что к первому полугодию 2015 г. предложение таких вагонов значительно превышало спрос. К концу 2014 г. – в начале 2015 г. значительно ухудшилась платежная дисциплина арендаторов, и просрочки платежей стали нормой для железнодорожной отрасли.

Величина убытков Истца определена Экспертом Истца на основе двух составляющих — величины недополученной арендной платы за период расчетной шестимесячной экспозиции вагонов исходя из договорной ставки платежа в 5 руб. в сутки и дополнительно понесенных расходов на отстой вагонов на железнодорожных путях и т.п., которые рассчитаны на основе среднерыночной стоимости отстоя.

Экспертом Ответчика сделан вывод об отсутствии убытков у Истца, поскольку вагоны, бывшие в аренде у Ответчика, сразу же передавались в аренду обществу Z, что не оспаривается Истцом.

В соответствии с представленным в материалы дела Истцом соглашением с обществом Z, выбывающие из пользования Ответчика вагоны должны были находиться в аренде у нового арендатора в период с января — марта 2015 г. по 31 декабря 2015 г. Согласно условиям данного соглашения, ставка платежа с 1 января 2015 г. зафиксирована на уровне 1 руб. в сутки за вагон в отношении вагонов, уже находившихся в аренде у общества Z, и в отношении вагонов, получаемых от Ответчика.

Исследуя представленные Сторонами доказательства, МКАС при ТПП РФ исходил из права, предоставленного арбитражу п. 2 ст. 19 Закона о МКА, оценивать доказательства с точки зрения их допустимости, относимости, существенности и значимости, а также из правила п. 4 § 31 Регламента МКАС при ТПП РФ, предписывающего арбитражу оценивать доказательства по своему внутреннему убеждению.

Оценивая доводы Истца о размере понесенных убытков, МКАС при ТПП РФ исходит из того, что при осуществлении предпринимательской деятельности участвующие в ней лица должны руководствоваться коммерческой целесообразностью и, соответственно, должны разумно использовать возможности и права, предоставляемые им законом и договором.

Установленные арбитражем обстоятельства исполнения и прекращения Договора не свидетельствуют о том, что поведение Истца при его расторжении соответствовало указанным принципам, хотя, как подтверждено в п. 3 мотивов настоящего решения, формальные основания для расторжения Договора у Истца, несомненно, имелись.

Во-первых, 22 января 2015 г. Истец своим односторонним решением прекратил долгосрочный договор, заключенный на аренду принадлежащих ему вагонов сроком на семь лет, менее чем через девять месяцев после его заключения. По Договору Истцу в течение длительного времени причитались платежи по ставке, которая на дату расторжения Договора существенно превышала среднерыночные ставки и превышала бы их и в том случае, если бы Истцу пришлось пойти на некоторое понижение договорных ставок. МКАС при ТПП РФ считает необходимым особо отметить, что у Ответчика в то же время не имелось возможности прекратить Договор в связи с существенным изменением обстоятельств (о чем упоминал представитель Истца в заседании, критикуя Ответчика за неверную тактику в связи с кризисом на рынке аренды железнодорожных вагонов), поскольку в п. 10.5 Договора содержится прямой допускаемый законом (ст. 451 ГК РФ) запрет на такое расторжение Договора.

Во-вторых, допущенные Ответчиком осенью 2014 г. нарушения платежной дисциплины были устранены ко времени расторжения Договора в конце января 2015 г. Оставалась неуплаченной лишь неустойка за просрочку в сравнительно незначительной сумме (см. п. 4 мотивов настоящего решения), поэтому арбитраж не усматривает наличие со стороны Ответчика столь существенного нарушения Договора, которое давало бы Истцу разумные основания полагать, что и в будущем поведение Ответчика при исполнении Договора по-

влечет для Истца столь значительные убытки, что для их предотвращения экономически целесообразно и необходимо расторгнуть Договор. Как полагает арбитраж, не может быть принят во внимание довод Истца о том, что Ответчик не платил арендную плату по другому договору, заключенному с иным юридическим лицом, хотя фактически и входящим в единую с Истцом экономическую структуру, поскольку договоры заключены с разными лицами, имеют разный предмет (разные виды вагонов) и нарушение одного из этих договоров не означает, что автоматически будет нарушен и другой договор.

В-третьих, соглашение с обществом Z, закрепившее передачу в аренду вагонов в количестве N штук, было заключено 24 декабря 2014 г., т.е. практически за месяц до расторжения спорного Договора. Иными словами, с 1 января 2015 г. Истец сдал в аренду новому арендатору вагоны, еще не выбывшие из законной аренды другого лица, которое продолжало исполнять Договор и старалось устранить допущенные нарушения. Это обстоятельство, по мнению арбитров, опровергает довод Истца о необходимости экстренного поиска нового арендатора.

В-четвертых, довод Истца о том, что он, пытаясь минимизировать свои убытки, вынужден был пойти на существенное снижение ставки платежа по договору с обществом Z, также не может быть принят во внимание МКАС при ТПП РФ. Как следует из заключения Эксперта Истца, снижение ставок в этот период было общерыночной тенденцией. Данное обстоятельство подтверждается и изменениями соглашения с обществом Z. История этих изменений свидетельствует о том, что с 2013 г. по 2015 г. включительно ставка платежа снизилась с 6 руб. в сутки за один вагон до 1 руб. В частности, на период с 1 апреля по 30 июня 2014 г., т.е. на период, в котором был заключен Договор с Ответчиком, ставка платежа для данного арендатора составляла 4 руб. в сутки за вагон, а на период с 1 июля по 31 декабря 2014 г., когда Истцом было принято решение о передаче находившихся у Ответчика вагонов в аренду обществу Z, ставка платежа составляла 2 руб. в сутки. Таким образом, по мнению арбитров, Истцом не доказано, что снижение ставки платежа до 1 руб. в сутки с января 2015 г. было связано исключительно с обязательством принятия обществом Z в аренду дополнительных вагонов от Ответчика.

В-пятых, Ответчик после расторжения Договора в январе 2015 г. продолжал пользоваться большей частью вагонов до июня 2015 г., и за этот период настоящим решением с Ответчика взыскана арендная плата по высокой договорной ставке, в связи с чем убытки у Истца в данный период отсутствуют.

В-шестых, МКАС при ТПП РФ также не может быть принят во внимание довод Истца о том, что убытки в оцененном Экспертом Истца размере возникают по окончании аренды обществом Z вагонов с января 2016 г., поскольку на протяжении 2015 г. у Истца имелся более чем шестимесячный срок для поиска новых арендаторов.

Учитывая изложенное, МКАС при ТПП РФ полагает необходимым определить размер штрафа, предусмотренного п. 9.2 Договора, соразмерно фактическим потерям Истца в результате заключения соглашения с обществом Z, а именно исходя из разницы арендных ставок для этих арендаторов (5 руб. для Ответчика и 1 руб. для нового арендатора) на вагоны в количестве N штук с июня по декабрь 2015 г., т.е. за 213 дней ((5 руб. – 1 руб.) * вагоны в количестве N штук * 213 дней = ... руб.), а также из разницы снижения арендных ставок (с 2 руб. до 1 руб.) по уже имевшимся в аренде у общества Z вагонам Истца в течение 2015 г., т.е. за 365 дней ((2 руб. – 1 руб.) * вагоны в количестве ... штук * 365 дней = ... руб.). Рассчитанные таким образом фактические потери Истца составляют ... руб., что существенно (в восемь раз) ниже взыскиваемой Истцом суммы штрафа, пересчитанного в рубли на дату предъявления иска.

Учитывая, что Истцом заявлено требование о взыскании штрафа, установленного в п. 9.2 Договора, в размере 5 долл. США за один вагон, а не о взыскании убытков и что приведенные выше расчеты сделаны МКАС при ТПП РФ исключительно с целью определения соразмерности установленного Договором штрафа последствиям расторжения Договора Истцом вследствие ненадлежащего исполнения Ответчиком обязательства по уплате арендной платы в связи с соответствующим заявлением Ответчика, МКАС при ТПП РФ полагает соразмерным штраф в сумме 1 долл. США за один вагон.

Исходя из изложенного и на основании п. 9.2 Договора, ст. 330 и 333 (в редакции, действовавшей до 1 июня 2015 г.) ГК РФ МКАС при ТПП РФ считает обоснованным и подлежащим удовлетворению требование Истца о взыскании с Ответчика штрафа в размере ... долл. США с выплатой этой суммы в рублях по курсу ЦБ РФ на дату платежа.

<...>

Учитывая изложенное и руководствуясь § 37–39 Регламента МКАС при ТПП РФ, МКАС при ТПП РФ при ТПП РФ

РЕШИЛ:

1. Взыскать с Ответчика – закрытого акционерного общества, имеющего местонахождение на территории России, в пользу Истца – общества с ограниченной ответственностью, имеющего местонахождение на территории России, ... руб. основного долга, ... руб. неустойки, ... долл. США штрафа с выплатой в рублях по курсу ЦБ РФ на день платежа, а также ... руб. в возмещение расходов Истца по уплате арбитражного сбора.

2. В остальной части иска отказать.

Краткий комментарий к решению МКАС при ТПП РФ от 20 апреля 2016 г. по делу № 109/2015

Публикуемое решение МКАС при ТПП РФ было вынесено по спору, возникшему из договора аренды помещений, который был заключен между двумя обществами, зарегистрированными и имеющими расположение на территории Российской Федерации. Именно одинаковая «национальность» сторон спора позволила ответчику (арендатору по спорному договору) поставить перед арбитрами очень интересный, на наш взгляд, вопрос: является ли истец (арендодатель по спорному договору) созданным на территории Российской Федерации предприятием с иностранными инвестициями, которое по Регламенту МКАС при ТПП РФ может быть участником спора с другим субъектом права Российской Федерации — ответчиком, не имеющим иностранных акционеров?

Ответчик после получения исковых материалов представил в МКАС при ТПП РФ заявление об отсутствии у последнего компетенции на рассмотрение спора, попросив состав арбитража вынести отдельное постановление по вопросу о компетенции МКАС при ТПП РФ до рассмотрения спора по существу и отметив, в частности, следующее.

По мнению ответчика, поскольку в действительности управление истцом осуществляется из России, а его бенефициарами являются российские граждане, истец должен считаться российским юридическим лицом с иностранными инвестициями только с сугубо формальной точки зрения. Истец фактически представляет собой многоуровневую холдинговую структуру с использованием офшорных компаний, которая ведет деятельность только в Российской Федерации, управляется только российскими гражданами из России и имеет офис в Российской Федерации.

Ответчик полагает, что положения п. 1 § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ нельзя толковать исключительно с формальной точки зрения и поэтому нельзя считать, что МКАС при ТПП РФ обладает компетенцией на рассмотрение спора только в связи с тем, что единственным участником истца сугубо формально является иностранная компания. В противном случае любое российское юридическое лицо, намеренно включив в состав участников одного иностранного «инвестора» (офшорную компанию, принадлежащую российскому гражданину через номинального директора и (или) акционера), будет иметь возможность обосновать таким образом компетенцию МКАС при ТПП РФ и передать спор на его рассмотрение. Как считает ответчик, определение иностранных инвестиций сугубо по формальному критерию страны регистрации, без учета иных очевидных критериев, а именно места осуществления основной хозяйственной деятельности истца, страны фактического управления и контроля, гражданства лиц, являющихся контролирующими по отношению к истцу, страны, с которой истец имеет наиболее тесную экономическую и правовую связь, является «злоупотреблением арбитражной процедурой».

¹ Спор разрешался на основании Регламента МКАС при ТПП РФ, утвержденного Приказом ТПП РФ от 18 октября 2005 г. № 76.

Истец в своем письменном ответе на указанное заявление об отсутствии у МКАС при ТПП РФ компетенции, естественно, указал, что последний обладает необходимой для разрешения возникшего спора компетенцией. При этом истец представил в материалы дела свою корпоративную структуру, раскрыв, кроме того, состав органов управления и других руководителей иностранной компании, являющейся конечным бенефициаром истца.

В ходе устного слушания дела представители ответчика поддержали доводы, приведенные в заявлении об отсутствии у МКАС при ТПП РФ компетенции, дополнительно отметив, что, по убеждению ответчика, конечным бенефициаром истца является гражданин Российской Федерации и для установления наличия компетенции МКАС при ТПП РФ на рассмотрение данного спора именно истец должен доказать, кто является лицом, фактически контролирующим его компанию, и имеются ли фактически (а не номинально) в данной компании иностранные инвестиции. Кроме того, представители ответчика обратили внимание на то, что согласованная сторонами в договоре арбитражная оговорка² «имеет пороки» и, по мнению ответчика, целый ряд споров (например, о расторжении договора) не могут быть разрешены МКАС при ТПП РФ, поскольку решение по такому спору повлечет внесение изменений в регистрационные записи, притом что, согласно известной ответчику судебной практике, регистрационные органы вносят изменения в регистрационные записи на основании решений только государственных (а не третейских) судов. Таким образом, как полагает ответчик, часть споров между сторонами в связи с договором вообще не может рассматриваться МКАС при ТПП РФ.

Представители истца в свою очередь сообщили, что Регламент МКАС при ТПП РФ и Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о МКА) не предусматривают, что для целей определения наличия либо отсутствия своей компетенции МКАС при ТПП РФ должен устанавливать конечных бенефициаров компании стороны спора или осуществлять какие-либо иные контрольные функции.

Выслушав представителей сторон, состав арбитража вынес постановление о наличии у МКАС при ТПП РФ компетенции рассматривать возникший из договора спор и сообщил, что мотивы данного постановления будут изложены в решении по существу дела.

В мотивировочной части арбитражного решения состав арбитража указал, в частности, следующее.

Ни в Законе о МКА, ни в Регламенте МКАС при ТПП РФ не содержится иных, кроме формальных, критериев определения принадлежности сторон к предприятиям с иностранными инвестициями, а истцом были представлены надлежащие доказательства наличия в его уставном капитале иностранных инвестиций (единственным участником истца является компания, зарегистрированная и действующая по законодательству зарубежного государства). При таких обстоятельствах требование ответчика доказать, кто реально контролирует компанию истца, а также представить дополнительные доказательства присутствия в капитале компании иностранных инвестиций следует рассматривать как необоснованную попытку возложить на истца бремя доказывания обстоятельств, которые последний доказывать не обязан.

Кроме того, состав арбитража справедливо отметил, что он не наделен Законом о МКА и (или) Регламентом МКАС при ТПП РФ компетенцией устанавливать конечных бенефициаров компаний или осуществлять какие-либо иные контрольные функции в этом отношении.

² Договор предусматривал арбитражную оговорку следующего содержания: «Если какой-либо спор не разрешен в соответствии со ст. 17.2 в течение сорока пяти (45) дней с даты такого письменного запроса, такой спор должен быть рассмотрен и разрешен, без предварительного обращения в государственные суды, Международным коммерческим арбитражным судом («МКАС») при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в Москве в соответствии с его Регламентом».

Наконец, арбитры со ссылкой на известное Постановление КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П указали, что третейские суды вправе разрешать гражданско-правовые споры, касающиеся недвижимого имущества, и государственная регистрация соответствующих прав может осуществляться в том числе и на основании арбитражных (третейских) решений.

Определенный интерес представляет предпринятая ответчиком попытка не допустить рассмотрение МКАС при ТПП РФ спора по существу по причине несоблюдения истцом предусмотренного договором претензионного порядка разрешения возникших из него споров. Ответчик посчитал, что, увеличив в ходе арбитражного разбирательства размер исковых требований³, не предприняв попытку мирно урегулировать данный вопрос посредством подачи ответчику письменного запроса и проведения с ним переговоров, истец проигнорировал положения договора⁴ и нарушил установленный им претензионный порядок разрешения споров, а потому МКАС при ТПП РФ следует прекратить производство по делу в части увеличения исковых требований.

Истец возразил против прекращения производства по делу, сообщив, что до подачи в МКАС при ТПП РФ искового заявления им был соблюден предусмотренный договором претензионный порядок рассмотрения споров, в то время как ни договор, ни действующее законодательство не требуют от истца, желающего увеличить размер своих исковых требований уже после начала арбитражного разбирательства, обязательно предлагать ответчику организовать встречу представителей сторон для разрешения спора во внесудебном порядке.

Данный подход был обоснованно разделен составом арбитража, который констатировал, что перед предъявлением в МКАС при ТПП РФ иска истцом был соблюден предусмотренный договором порядок преарбитражного урегулирования спора в отношении первоначально заявленных исковых требований. Вместе с тем, как определил третейский суд, договор не устанавливает, что доарбитражный порядок разрешения споров должен распространяться на случаи дальнейшего увеличения стороной своих исковых требований, и в отсутствие специальной договоренности сторон об ином ничто в Законе о МКА и (или) Регламенте МКАС при ТПП РФ не дает оснований для ограничительного толкования закрепленного в этих актах процессуального права истца дополнить свои исковые требования.

Что касается рассмотрения спора по существу, на наш взгляд, заслуживает внимания разрешенный составом арбитража вопрос об уменьшении размера предъявленной к взысканию неустойки. Приведя в решении подробнейшим образом все доводы сторон по этому вопросу (соответствующее ходатайство ответчика и возражения истца против его удовлетворения), установив применимые к разным периодам начисления неустойки редакции ст. 333 ГК РФ, третейский суд не нашел достаточных оснований для снижения установленной договором неустойки, подлежащей уплате ответчиком.

*Д.А. Хоцанов,
кандидат юридических наук, арбитр МКАС при ТПП РФ,
член редакционной коллегии журнала
«Вестник международного коммерческого арбитража»*

³ После получения заявления ответчика об отсутствии у МКАС при ТПП РФ компетенции истец представил в МКАС при ТПП РФ дополнение иска, в котором в связи с продолжающимся неисполнением ответчиком договора увеличил размер исковых требований.

⁴ Договор предусматривал, что в случае возникновения какого-либо спора между сторонами их уполномоченные представители должны встретиться в течение 15 дней с даты направления письменного запроса одной из сторон другой стороне для разрешения спора без обращения в суд.

**МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД
ПРИ ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЕ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

РЕШЕНИЕ

от 20 апреля 2016 г.

Дело № 109/2015

Стороны

Истец – общество, имеющее местонахождение на территории Российской Федерации.

Ответчик – общество, имеющее местонахождение на территории Российской Федерации.

[Нормативные акты и правовые институты, имеющие отношение к спору:
оспаривание компетенции МКАС при ТПП РФ;
заявление об отсутствии компетенции у МКАС при ТПП РФ;
ходатайство о вынесении отдельного постановления по вопросу о компетенции МКАС при ТПП РФ;
критерии определения наличия иностранных инвестиций в акционерном (уставном) капитале стороны спора;
арбитрабельность некоторых категорий споров, возникших из договора;
соблюдение доарбитражного (претензионного) порядка разрешения спора;
отложение слушания дела;
требование о взыскании основного долга по договору и неустойки;
частичное признание долга;
ходатайство о снижении размера неустойки;
ст. 1, 16, 23, 28 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»;
§ 2, 12, 29–31, 35, 37–39 Регламента МКАС при ТПП РФ;
ст. 309, 330, 333, 421, 431, 614 ГК РФ.]

Факты

27 мая 2015 г. в Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее – МКАС при ТПП РФ) поступило исковое заявление общества с ограниченной ответственностью А, имеющего местонахождение на территории Российской Федерации (далее – Истец), к акционерному обществу Б, имеющему местонахождение на территории Российской Федерации (далее – Ответчик; совместно с Истцом – Стороны), о взыскании ... долл. США и ... руб.

В исковом заявлении Истец отмечает, в частности, следующее.

Между Сторонами 28 декабря 2010 г. был заключен долгосрочный договор аренды, зарегистрированный Управлением Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии по ... области ... 2011 г. за номером ... (с изменениями) (далее – Договор).

В соответствии со ст. 2.1 Договора Истец (в качестве арендодателя) обязался предоставить Ответчику (в качестве арендатора) во временное владение и пользование (аренду) помещения на условиях, предусмотренных Договором. Среди прочего Истец обязался сдать в аренду Ответчику помещения 1, помещения 2, помещения 3 и помещения 4 (как эти термины определены в Договоре), расположенные в здании, принадлежащем Истцу на праве собственности, по адресу ... (далее – помещения), на срок до ..., а Ответчик обязался принять в аренду помещения и уплачивать Истцу платежи, предусмотренные Договором.

Согласно положениям ст. 2.3 Договора общая площадь помещений составляет ... кв. м и состоит из ... кв. м складских помещений, ... кв. м мезонина и ... кв. м офисных помещений.

В ст. 2.4 Договора Стороны согласовали, что

«для целей расчета Базовой Арендной Платы, Расчетных Эксплуатационных Расходов, Эксплуатационных Расходов, Расчетных Коммунальных Платежей и Коммунальных Платежей будет использоваться Арендуемая Площадь Помещений в соответствии со Стандартом ВОМА, равная ... кв. м всех Помещений в соответствии со Стандартом ВОМА».

<...>

Согласно ст. 4 Договора за пользование и владение помещениями Ответчик обязался выплачивать Истцу без каких-либо вычетов, встречных требований или зачетов арендную плату, состоящую из следующих сумм:

«(1) Базовая Арендная Плата в отношении всех Помещений, рассчитываемая следующим образом ..., (2) Эксплуатационные Расходы и Расчетные Эксплуатационные Расходы, каждые уплачиваемые в таком порядке и в такое время и рассчитываемые таким образом, как указано в Приложении 5, (3) Коммунальные Платежи и Расчетные Коммунальные Платежи, каждые уплачиваемые в таком порядке и в такое время и рассчитываемые таким образом, как указано в Приложении 6».

Порядок расчета и уплаты Ответчиком эксплуатационных расходов и расчетных эксплуатационных расходов были определены Сторонами в Приложении 5 к Договору. Согласно ст. 1 Договора «Словарь терминов» термин «Эксплуатационные Расходы» означает «расходы и затраты, понесенные Арендодателем и подлежащие оплате Арендатором Арендодателю в соответствии с Договором Аренды», а термин «Расчетные Эксплуатационные Расходы» – «смету Эксплуатационных Расходов, составленную Арендодателем или Оценщиком Арендодателя на любой Отчетный Год, о которой Арендодатель должен уведомить Арендатора в письменной форме в порядке, установленном в Договоре Аренды».

<...>

Истец в соответствии с Договором должен был предоставлять Истцу отчет о расходах и расчет фактической суммы эксплуатационных расходов, а также расчет фактической суммы коммунальных платежей на ежемесячной основе. Истцом были переданы Ответчику расчеты фактических эксплуатационных расходов и фактических коммунальных платежей за периоды декабрь 2014 г., январь, февраль, март 2015 г. и счета на оплату рас-

четных эксплуатационных расходов и фактических коммунальных платежей за аналогичные периоды.

<...>

Договором предусмотрено, что исполнение денежных обязательств Ответчика должно было быть обеспечено обеспечительным платежом. В соответствии с положениями ст. 1 Договора термин «Обеспечительный Платеж» означает обеспечительный платеж, «который служит обеспечением исполнения Арендатором своих обязательств по Договору Аренды». Размер обеспечительного платежа, порядок его уплаты Ответчиком, а также порядок владения, пользования и возврата (если применимо) его Истцом были определены в ст. 4.4 Договора, а также в Приложении 7 к нему.

Положения ст. 4.4 Договора предусматривают, что Ответчик не позднее даты начала аренды в отношении помещений обязан уплатить Истцу обеспечительный платеж в размере ... долл. США, включая НДС; не позднее 1 июля 2011 г. доплатить в счет увеличения обеспечительного платежа сумму в размере ... долл. США, включая НДС; не позднее 5 сентября 2011 г. доплатить в счет увеличения обеспечительного платежа сумму в размере ... долларов США, включая НДС, на условиях, указанных в Приложении 7 к Договору.

<...>

Положениями § 3 Приложения 7 к Договору было предусмотрено право Истца производить вычеты из полученной им суммы обеспечительного платежа в размере сумм, причитающихся ему в соответствии или в связи с Договором и не полученных в надлежащий срок. В случае такого вычета в соответствии с положениями § 6 Приложения 7 к Договору

«Арендатор в течение десяти (10) рабочих дней после получения уведомления и счета Арендодателя... выплачивает Арендодателю указанную в счете сумму, необходимую для восстановления размера Обеспечительного Платежа».

В нарушение своих обязательств по оплате арендной платы Ответчик не произвел надлежащим образом платежи за периоды декабрь 2014 г., январь, февраль, март, апрель и май 2015 г., а также оплату суммы, необходимой для восстановления суммы обеспечительного платежа в связи с вычетом задолженности из суммы обеспечительного платежа.

Общая задолженность Ответчика на дату составления искового заявления составила ... долл. США и ... руб., включая НДС. Расчет суммы задолженности приведен Истцом в исковом заявлении.

В соответствии со ст. 4.13 Договора

«Арендодатель вправе начислить Арендатору неустойку на суммы платежей, которые не были получены в соответствии с требованиями Договора Аренды. В таком случае Арендатор обязан, по требованию Арендодателя, уплатить Арендодателю неустойку в размере ноль целых пять десятых процента (0,5%) за каждый день просрочки на сумму платежей, подлежащих уплате, но не уплаченных Арендатором в соответствии с настоящим Договором Аренды. Арендатор обязуется уплатить Арендодателю указанную неустойку в течение десяти (10) дней после выставления соответствующего счета Арендодателя».

На дату составления искового заявления размер неустойки, начисленной Истцом на сумму задолженности Ответчика, составил ... долл. США и ... руб. Расчет неустойки приведен Истцом в исковом заявлении.

Уведомлением от 16 февраля 2015 г. Истец известил Ответчика об образовавшейся задолженности (в размере по состоянию на дату составления уведомления) и о начисленной по состоянию на указанную дату неустойке и потребовал уплаты этих сумм, направив Ответчику соответствующие счета на оплату. Ответчик указанное нарушение своих обязательств в предоставленный ему Истцом срок не устранил.

6 марта 2015 г. Истец повторно направил Ответчику уведомление, которым известил последнего об имеющейся у него задолженности (в размере по состоянию на дату составления уведомления) и вновь потребовал ее уплаты, а также уплаты суммы начисленной неустойки.

В связи с образованием задолженности Истец воспользовался своим правом на вычет из обеспечительного платежа, предусмотренным положениями § 3 Приложения 7 к Договору, и во исполнение своих обязательств, предусмотренных § 5 Приложения 7 к нему, 30 апреля 2015 г. уведомлением о вычете из обеспечительного платежа известил Ответчика о произведенном им 21 апреля 2015 г. вычете части суммы неустойки, выраженной в долларах США, из суммы обеспечительного платежа в размере ... долл. США, что составило полную сумму обеспечительного платежа, находившегося в распоряжении Истца по состоянию на дату вычета.

Одновременно Истец направил Ответчику счет от 21 апреля 2015 г. на оплату суммы, необходимой для восстановления обеспечительного платежа. В соответствии с положениями § 6 Приложения 7 к Договору Ответчик должен был уплатить данную сумму в течение 10 рабочих дней после получения уведомления и счета Истца. Однако на дату составления искового заявления сумма, необходимая для восстановления обеспечительного платежа, Ответчиком оплачена не была. Задолженность Ответчика по уплате данной суммы составила ... долл. США с учетом НДС.

В соответствии с положениями ст. 16.4 Договора Истцу предоставлено право использовать любой платеж, полученный от Ответчика, в порядке приоритетов, предусмотренном данной статьей, если только Истец не определит другой порядок его использования. Истец воспользовался данным правом и 21 апреля 2015 г. произвел зачет имевшихся по состоянию на эту дату переоплат сумм расчетных эксплуатационных расходов, эксплуатационных расходов, расчетных коммунальных платежей и коммунальных платежей за периоды декабрь 2012 г., август и сентябрь 2013 г., апрель и май 2014 г. в общем размере ... руб. в счет частичного погашения суммы задолженности Ответчика по уплате суммы доплаты по факту расчета фактических эксплуатационных расходов и коммунальных платежей за декабрь 2014 г., а также произвел зачет переоплаты суммы платы за парковку, дополнительной платы за парковку и дополнительной платы за парковку 1 за октябрь 2013 г. в счет частичного погашения суммы платы за парковку, дополнительной платы за парковку и дополнительной платы за парковку 1 за декабрь 2014 г., о чем уведомил Ответчика в своем письме от 30 апреля 2015 г.

6 мая 2015 г. платежными поручениями от 5 мая 2015 г. Ответчик произвел платеж в счет частичной оплаты своей задолженности в сумме ... долл. США, в том числе ... долл. США в счет оплаты базовой арендной платы за декабрь 2014 г. и ... долл. США в счет частичной оплаты базовой арендной платы за январь 2015 г. В соответствии с правом Истца использовать любой платеж, полученный от Ответчика, в порядке приоритетов, уста-

новленном ст. 16.4 Договора, Истец произвел зачет указанной суммы в счет погашения задолженности Ответчика по оплате базовой арендной платы за помещения за периоды декабрь 2014 г. (в полном объеме) и январь 2015 г. (частично).

В соответствии со ст. 17.2 Договора в случае возникновения какого-либо спора между Сторонами их уполномоченные представители должны встретиться в течение 15 дней с даты направления письменного запроса одной из Сторон другой Стороне для разрешения спора без обращения в суд.

Во исполнение данного положения Договора Истец в своем письме от 6 марта 2015 г. направил Ответчику запрос о необходимости организации встречи уполномоченных представителей Сторон для разрешения возникшего спора без обращения в суд, оставив за собой право обратиться в МКАС при ТПП РФ с соответствующим исковым заявлением.

Задолженность Ответчиком не была погашена, неустойка не была уплачена, а спор Сторонами в предусмотренный Договором 45-дневный срок разрешен не был, в связи с чем Истец был вынужден обратиться с иском в МКАС при ТПП РФ.

Со ссылкой на ст. 309, 614, 421, 431 ГК РФ, принимая во внимание тот факт, что услуги по Договору за периоды декабрь 2014 г., январь, февраль, март, апрель и май 2015 г. были оказаны Истцом в полном объеме и надлежащим образом потреблены Ответчиком, но не оплачены им, Истец просил взыскать с Ответчика:

- задолженность в размере ... руб. и ... долл. США;
- неустойку за просрочку оплаты задолженности в размере ... руб. и ... долл. США;
- расходы Истца по уплате регистрационного и арбитражного сборов;
- издержки Истца по ведению дела.

<...>

14 августа 2015 г. в МКАС при ТПП РФ поступило заявление Ответчика об отсутствии у МКАС при ТПП РФ компетенции на рассмотрение спора, в котором указано, в частности, следующее.

Вопрос о допустимости рассмотрения отдельных категорий споров в третейских судах на сегодняшний день не получил удовлетворительного, исчерпывающего разрешения ни в правовой доктрине, ни в судебной практике. И в юридической науке, и в правоприменительной практике нередко высказываются диаметрально противоположные позиции по данной проблеме, что неизбежно ведет к определенной дестабилизации отечественного делового оборота и непредсказуемости судебных и арбитражных решений.

В связи с тем, что в последние годы имеется достаточно выраженная тенденция к «сужению» компетенции третейских судов в отношении возможности разрешения (так называемой арбитрабельности) отдельных категорий споров, Ответчик хотел бы до представления правовой позиции и рассмотрения дела по существу, чтобы МКАС при ТПП РФ вынес отдельное постановление по вопросу своей компетенции по данному спору, поскольку полагает, что такая компетенция МКАС при ТПП РФ не является бесспорной. По мнению Ответчика, отдельное решение вопроса о компетенции МКАС при ТПП РФ будет полностью соответствовать принципу процессуальной экономии, а также позволит Сторонам избежать дополнительного увеличения издержек по настоящему делу.

Со ссылкой на п. 1 § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ Ответчик указал, что, как следует из текста искового заявления, спор возник между двумя российскими юридическими лицами из договорных отношений, связанных с арендой недвижимого имущества,

находящегося на территории Российской Федерации, т.е. возникший между Сторонами спор по существу никак не связан с осуществлением внешнеторговых или иных видов международных экономических связей.

Ответчик отметил, что, по его мнению, Истец является российским юридическим лицом с иностранными инвестициями только с сугубо формальной точки зрения. В действительности же управление Истцом осуществляется из России, а его бенефициарами являются российские лица. В соответствии со сведениями из ЕГРЮЛ ... единственным учредителем Истца является компания В, зарегистрированная в Республике Кипр. Таким образом, сугубо формально Истец относится к категории предприятий с иностранными инвестициями.

В то же время в соответствии с информацией, указанной на официальном сайте Департамента регистрации и ликвидации компаний Республики Кипр, директорами компании В являются г-не ..., секретарем является компания Г.

Согласно информации, размещенной на одном из двух сайтов компании Г, упомянутые г-не ... также входят в руководящий состав компании Д.

По мнению Ответчика, указанные директора являются так называемыми номинальными директорами, т.е. их реальным назначением является предоставление своего имени вместо имен лиц, действительно осуществляющих управление, в том числе для указания в публичном торговом реестре, в то время как реальное управление осуществляется иными лицами (через дачу обязательных для исполнения указаний номинальным директорам). Такая практика широко распространена в большинстве офшорных юрисдикций, одной из которых является и Кипр.

Информация о том, являются ли указанные лица номинальными директорами, кто является лицами, осуществляющими фактическое управление, а также бенефициарах кипрских компаний является непубличной (закрытой) и не предоставляется третьим лицам, поэтому Ответчик лишен возможности самостоятельно получить и представить в МКАС при ТПП РФ доказательства того, что Истец лишь сугубо формально относится к категории предприятий с иностранными инвестициями, поскольку бенефициарами и контролирующими лицами Истца являются российские граждане.

Следовательно, по мнению Ответчика, в целях определения наличия компетенции МКАС при ТПП РФ необходимо установить, кто является конечными бенефициарами единственного участника Истца – компании В, а также кто и откуда осуществляет фактическое управление Истцом.

<...>

Факт того, что компания Д владеет и управляет Истцом, прямо следует из информации, размещенной на одном из двух ее официальных сайтов.

<...>

В соответствии с информацией, размещенной на официальном сайте компании Д, ее офис находится по адресу: г. Москва, Согласно сведениям с сайта Истца, его юридическим адресом является тот же адрес. Аналогичный адрес указан и в исковом заявлении.

Таким образом, юридический адрес (адрес местонахождения) Истца и адрес местонахождения офиса холдинговой компании Д (которая, будучи материнской компанией по отношению к Истцу, является конечным предприятием с иностранными инвестици-

ями) совпадают, что, по мнению Ответчика, свидетельствует о фактическом управлении Истцом из России, а также о том, что Истец не является предприятием с иностранными инвестициями.

Компания Д зарегистрирована на острове Гернси, являющемся другой известной офшорной юрисдикцией с закрытым режимом доступа к сведениям о директорах и акционерах. Однако уже из самого названия компании следует наличие у нее несомненной и теснейшей связи с Россией. Из названия компании Г, являющейся секретарем компании В, также следует связь с Россией.

<...>

Согласно информации, размещенной на официальном сайте компании Д, в состав ее российского руководства входят исключительно граждане Российской Федерации.

Оба сайта компании Д ведутся как на английском, так и на русском языке. Исходя из информации, размещенной на обоих сайтах, компания Д осуществляет свою деятельность исключительно на территории Российской Федерации.

Таким образом, данная компания, которой опосредованно принадлежит Истец, фактически осуществляет деятельность только в России через российских граждан (контролирующих лиц) с местонахождением офиса в России.

Следовательно, по мнению Ответчика, Истец является предприятием с иностранными инвестициями только с сугубо формальной точки зрения, фактически представляя собой многоуровневую холдинговую структуру с использованием офшорных компаний, которая ведет деятельность только в Российской Федерации, управляется только российскими гражданами (контролирующими лицами) из России и имеет офис в Российской Федерации.

Ответчик далее указал, что, по его мнению, положения п. 1 § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ нельзя толковать исключительно с формальной точки зрения, поэтому нельзя считать, что МКАС при ТПП РФ обладает компетенцией на рассмотрение спора только в связи с тем, что единственным участником Истца сугубо формально является кипрская компания. В противном случае любое российское юридическое лицо, намеренно включив в состав участников одного иностранного «инвестора» (офшорную компанию, принадлежащую российскому гражданину через номинального директора и (или) акционера) и тем самым скрыв реального бенефициара, будет иметь возможность обосновать таким образом компетенцию МКАС при ТПП РФ и передать спор на его рассмотрение.

Определение иностранных инвестиций сугубо по формальному критерию страны регистрации без учета иных очевидных критериев, а именно места осуществления основной хозяйственной деятельности Истца, места (страны) фактического управления и контроля, гражданства лиц, являющихся контролирующими по отношению к Истцу, страны, с которой Истец имеет наиболее тесную экономическую и правовую связь, является злоупотреблением арбитражной процедурой и ведет к расширению проблемы форум-шоппинга (forum-shopping), т.е. проблемы выбора лучшего третейского суда, которая широко критикуется российским и международным юридическими сообществами, а также государственными судебными органами.

Таким образом, исходя из изложенного, Ответчик имеет обоснованные сомнения относительно того, обладает ли МКАС при ТПП РФ компетенцией рассматривать данный спор, так как Истец лишь сугубо формально является предприятием с иностранными

инвестициями, притом что фактически ведет деятельность только в России, управляется российскими гражданами и имеет офис в России.

На основании п. 4 § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ, а также ст. 16 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА) Ответчик просит состав арбитража вынести отдельное постановление по вопросу о компетенции МКАС при ТПП РФ до рассмотрения спора по существу. Сразу после вынесения указанного постановления Ответчик обязуется представить развернутые письменные пояснения по существу дела, указав, что его позиция основывается на неключенности Договора.

<...>

18 сентября 2015 г. в МКАС при ТПП РФ поступило письмо Истца касательно заявления Ответчика об отсутствии у МКАС при ТПП РФ компетенции по делу, в котором Истец объявил о своем несогласии с содержанием данного заявления Ответчика по следующим основаниям.

Корпоративная структура Истца до конечного бенефициара представляет собой следующее. В соответствии с данными ЕГРЮЛ, единственным участником Истца является компания В, зарегистрированная в Республике Кипр. Акционерами компании В являются следующие компании, зарегистрированные в Республике Кипр: компания Е и компания Ж.

Единственным акционером компании Ж является компания З, зарегистрированная в Республике Кипр; единственным акционером компании Е является компания И, зарегистрированная в Республике Кипр. Единственным акционером компании З является компания К, зарегистрированная на острове Гернси; единственным акционером компании И является компания Л, зарегистрированная на острове Гернси. Единственным акционером компаний К и Л является компания М, зарегистрированная на острове Гернси, которая является публичной компанией, акции которой размещены на основном рынке Лондонской фондовой биржи. В соответствии с реестром акционеров компании М, основными ее акционерами по состоянию на 31 августа 2015 г. являлись иностранные компании Н, О, П, Р и С. Поскольку торги на бирже акциями компании М происходят на ежедневной основе, перечень акционеров и их доли могут меняться ежедневно.

Таким образом, по мнению Истца, заявление Ответчика о том, что якобы Истец является российским юридическим лицом с иностранными инвестициями только с сугубо формальной точки зрения, является необоснованным, документально не подтвержденным и не может быть использованным в подтверждение отсутствия компетенции МКАС при ТПП РФ.

Истец указал, что также не соответствует действительности необоснованный вывод Ответчика о том, что бенефициарными владельцами Истца являются российские лица. В соответствии с требованиями Лондонской фондовой биржи, конечный бенефициар Истца, компания Д, обязана размещать всю корпоративную информацию, в том числе данные об органах управления, в публичных источниках. Так, в соответствии с данными сайта компании Д, членами совета директоров компании являются следующие лица: ..., а непосредственное руководство компанией осуществляют следующие лица: ..., ряд из которых проживает за пределами Российской Федерации.

Таким образом, вывод Ответчика об управлении Истцом из России не соответствует действительности и не подтвержден документально.

Истец также указал, что заявление Ответчика о том, что якобы единственный офис компании Д находится в России, также не соответствует действительности. Компания Д осуществляет свою непосредственную деятельность на острове Гернси и в Великобритании, через свои дочерние компании в Республике Кипр и Российской Федерации. В соответствии с данными сайта компании Д, ее головной офис расположен на острове Гернси, и она имеет еще офисы, расположенные в России, Великобритании и на Кипре.

Заявление Ответчика о том, что якобы единственным местом осуществления деятельности компании Д является Россия, также не соответствует действительности. Помимо уже готовых и строящихся проектов, компания располагает землями в России и странах СНГ для будущей застройки. Кроме того, местами деятельности компании Д являются страны регистрации ее офисов и офисов ее дочерних компаний.

Таким образом, компания Д непосредственно и опосредованно осуществляет деятельность в Великобритании, на острове Гернси, в Республике Кипр, России и странах СНГ.

Исходя из изложенного, сомнения Ответчика в обладании МКАС при ТПП РФ компетенцией на рассмотрение данного спора являются необоснованными и документально не подтвержденными. В связи с сомнительностью доводов Ответчика об отсутствии компетенции МКАС при ТПП РФ на рассмотрение данного дела Истец полагает, что постановление о наличии у МКАС при ТПП РФ компетенции по рассматриваемому делу может быть вынесено в решении по существу спора, что будет в большей степени соответствовать интересам Сторон по его скорейшему рассмотрению.

Истец полагает, что отказ Ответчика от представления отзыва по делу до вынесения отдельного постановления по вопросу компетенции МКАС при ТПП РФ противоречит Регламенту МКАС при ТПП РФ, Закону о МКА и является злоупотреблением последним своим правом, которое требует соответствующей реакции МКАС при ТПП РФ.

<...>

Письмом Секретариата МКАС при ТПП РФ от 25 сентября 2015 г. по указанию председателя состава арбитража в соответствии с § 29 Регламента МКАС при ТПП РФ в порядке подготовки к устному слушанию дела Сторонам были даны следующие процессуальные указания.

Истцу было предложено в срок до 28 сентября 2015 г. представить в МКАС при ТПП РФ:

- письменные пояснения по основаниям, заявленным Ответчиком в качестве оснований для признания отсутствия у МКАС при ТПП РФ компетенции рассматривать спор;
- надлежаще заверенную выписку из Торгового реестра (реестра компаний) Республики Кипр о регистрации компании В.

Ответчику было предложено в срок до 19 октября 2015 г. представить в МКАС при ТПП РФ письменные пояснения в связи с представленными Истцом к 28 сентября 2015 г. документами.

Повесткой, направленной Секретариатом МКАС при ТПП РФ письмом от 6 октября 2015 г., Сторонам было сообщено, что слушание дела назначено на 12 ноября 2015 г.

13 октября 2015 г. в МКАС при ТПП РФ поступило дополнение иска от 12 октября 2015 г., в котором Истец уточнил иски требования, представив расчет новой суммы иска.

<...>

Повесткой, направленной Секретариатом МКАС при ТПП РФ письмом от 29 октября 2015 г., Сторонам было сообщено, что слушание дела, ранее назначенное на 12 ноября 2015 г., переносится на 27 ноября 2015 г.

<...>

26 ноября 2015 г. в МКАС при ТПП РФ поступил краткий отзыв Ответчика на исковое заявление, в котором он вновь заявил об отсутствии у МКАС при ТПП РФ компетенции на рассмотрение спора и просил до рассмотрения спора по существу вынести отдельное постановление по вопросу о компетенции. Ответчик указал, что данный краткий отзыв представляется исключительно в целях защиты от возможных последствий неисполнения требований МКАС при ТПП РФ о представлении позиции в письменном виде.

Ответчик заявил, что считает исковые требования Истца необоснованными, в частности, по следующим основаниям.

Относительно утверждения Истца о том, что Ответчик в течение длительного времени не исполнял свои обязанности по оплате арендной платы за помещения, эксплуатационных расходов и коммунальных платежей, парковки по Договору, Ответчик отметил, что на дату представления краткого отзыва им была погашена большая часть задолженности по первоначальному иску: за период с декабря 2014 г. по апрель 2015 г. на общую сумму ... долл. США и ... руб., что подтверждается имеющимися в материалах дела соответствующими платежными поручениями.

При таких условиях утверждение Истца, отрицающего факт оплаты по Договору за указанный период и указывающего на наличие у Ответчика задолженности перед Истцом, подлежит, по мнению Ответчика, отклонению, как не подкрепленное доказательствами и противоречащее фактическим обстоятельствам дела. Ответчик указал, что, как следствие, первоначальные требования Истца являются необоснованными, вследствие чего не подлежат удовлетворению.

По мнению Ответчика, не соответствует действительности утверждение Истца о том, что он в свою очередь оказал услуги по Договору в полном объеме и надлежащим образом. За время пользования Ответчиком арендуемыми помещениями непосредственно по вине Истца как арендодателя имуществу Ответчика неоднократно был причинен ущерб.

В частности, 24 сентября 2014 г. по причине отсутствия герметичности кровли произошло первое затопление арендуемого Ответчиком помещения. В ходе протечки кровля была разрушена, имуществу Ответчика был причинен ущерб ориентировочно на сумму ... руб.

17 октября 2014 г. в результате проникновения воды (дождя) через отверстия в крыше вновь произошло затопление арендуемых Ответчиком помещений. При этом на момент затопления крыша находилась в процессе ремонта повреждений, возникших ранее и вовремя не устраненных Истцом.

<...>

Полученное Ответчиком страховое возмещение покрыло лишь часть его имущественного ущерба.

<...>

Помимо повреждений, нанесенных товарно-материальным ценностям Ответчика, в результате затопления было значительно смещено напольное покрытие арендуемого помещения. Этот факт, помимо прочего, вызвал затруднение при использовании пожарной двери, что, в свою очередь, является грубым нарушением противопожарных норм и правил. Таким образом, в результате халатности Истца Ответчик не только понес значительный имущественный ущерб, но и утратил возможность пользования помещением.

Указанные недостатки кровли были устранены Истцом лишь 31 октября 2014 г., в связи с чем Ответчик в течение месяца был фактически лишен возможности использовать арендуемое помещение. Таким образом, длительное время арендуемые помещения не соответствовали требованиям Договора.

19 и 20 января, 15 и 17 августа 2015 г. были вновь обнаружены значительные протекания кровли, которые произошли вследствие проводимых Истцом ремонтных работ, что подтверждается соответствующими актами о чрезвычайных происшествиях.

Все перечисленное, по мнению Ответчика, свидетельствует о систематическом грубом нарушении Истцом своих обязательств по содержанию предоставляемого по Договору имущества в надлежащем состоянии.

Ответчик указал, что ввиду изложенного он оставляет за собой право предъявления встречного иска к Истцу о взыскании причиненного имущественного ущерба, а также иных сумм, которые подлежат уплате в пользу Ответчика в соответствии с законодательством Российской Федерации. Ответчик обратил внимание на то, что предъявление встречного иска возможно только после разрешения вопроса о компетенции МКАС при ТПП РФ рассматривать данный спор, а также появления определенности в вопросе о том, кто является надлежащим истцом по делу. Подача встречного иска до решения вопроса о компетенции потребовала бы оплаты дорогостоящего арбитражного сбора, что в настоящее время для Ответчика затруднительно.

Ответчик также указал, что заявление об оставлении им за собой права на предъявление встречного иска, а также представление краткого отзыва не может рассматриваться в качестве признания им компетенции МКАС при ТПП РФ на рассмотрение данного спора. Учитывая существенную разницу в размере арбитражного сбора МКАС при ТПП РФ и государственной пошлины в государственном арбитражном суде, а также экономическую ситуацию в стране, вопрос о компетенции МКАС при ТПП РФ имеет существенное значение для Ответчика.

Ответчик сообщил, что, несмотря на наличие спора в МКАС при ТПП РФ, Стороны продолжают исполнять Договор и ведут переговоры об урегулировании спора (реструктуризации задолженности с учетом зачета причиненных убытков).

Относительно требования Истца о взыскании неустойки Ответчик отметил следующее. В своем исковом заявлении Истец требует взыскания неустойки в размере 0,5% за каждый день просрочки на сумму платежей, подлежащих уплате, но не уплаченных Ответчиком по Договору. Ставка 0,5% за каждый календарный день просрочки означает, что по всем просроченным платежам Истец требует уплаты 182,5% годовых.

Ответчик подчеркнул, что указанная ставка более чем в 22 раза выше ставки рефинансирования ЦБ РФ, действовавшей в спорный период, и более чем в 20 раз выше средней ставки банковского процента по вкладам физических лиц в месте нахождения Истца (кредитора), а также в 7–11 раз выше ставки кредитов в коммерческих банках.

По мнению Ответчика, ставка 182,5% годовых является явно несоразмерной последствиям нарушения обязательства, особенно с учетом тяжелой рыночной ситуации в Российской Федерации и курсовых реалий.

Со ссылкой на п. 1 постановления Пленума ВАС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Постановление № 81), а также определения ВС РФ от 23 июня 2015 № 78-КГ15-11 и от 3 марта 2015 г. № 4-КГ14-39 Ответчик указал, что возможный размер убытков Истца (кредитора), которые могли возникнуть вследствие нарушения Ответчиком своих обязательств, значительно ниже начисленной неустойки.

Со ссылкой на Определение ВС РФ от 24 февраля 2015 г. по делу № 5-КГ 14-131 Ответчик отметил, что соразмерность суммы неустойки последствиям нарушения обязательства подразумевает выплату кредитору компенсации за потери, которая будет адекватна нарушенному интересу и соизмерима с ним. По мнению Ответчика, совершенно очевидно, что даже если бы Истец кредитовался в банке на суммы просроченных Ответчиком платежей, то его потери на процентах, уплачиваемых банку, были бы значительно меньше. Истец не представил каких-либо доказательств, подтверждающих, что его потери в связи с просрочками платежей Ответчиком были бы соразмерны неустойке по ставке 182,5% годовых.

<...>

Ответчик указал, что заявленный Истцом размер неустойки является чрезвычайно обременительным для Ответчика и существенным образом нарушает баланс интересов Сторон, по сути, лишая Ответчика реальной возможности добросовестно погасить задолженность.

С учетом изложенного Ответчик полагает, что неустойка должна быть уменьшена МКАС при ТПП РФ, а разница зачтена в счет погашения основного долга Ответчика.

<...>

Ответчик далее указал, что, по его мнению, Истцом не соблюден претензионный порядок разрешения споров, предусмотренный ст. 17.2 и 17.3 Договора, поскольку 12 октября 2015 г. Истец направил в МКАС при ТПП РФ дополнения к исковому заявлению, которые по своей сути представляют собой новые иски (увеличение исковых требований).

По мнению Ответчика, предъявив указанные требования непосредственно в МКАС при ТПП РФ и не предприняв попытку мирно урегулировать этот вопрос посредством подачи письменного запроса и проведения переговоров, Истец проигнорировал положения Договора и нарушил установленный им претензионный порядок разрешения споров.

Соблюдение претензионного порядка разрешения споров, предусмотренного договором, является необходимым условием реализации права на обращение в суд. Анализ судебно-арбитражной практики показывает, что суды, в том числе международные коммерческие арбитражи в России, учитывают соблюдение сторонами доарбитражного порядка разрешения спора. Так, МКАС при ТПП РФ в феврале 2008 г. прекратил производство по делу № 18/2007 ввиду несоблюдения истцом доарбитражного порядка урегулирования спора.

Со ссылкой на постановление ФАС Московского округа от 21 марта 2006 г. № КГ-А40/922-06 по делу № А40-64205/05-30-394 Ответчик указал, что государственные арбитражные суды также придерживаются позиции обязательности претензионного порядка, предусмотренного договором.

Ответчик также обратил внимание, что соблюдение Истцом претензионного порядка по первоначальному требованию привело к практически полному погашению Ответчиком задолженности перед Истцом (если не учитывать грабительского размера неустойку).

Таким образом, по мнению Ответчика, МКАС при ТПП РФ не может рассматривать спор при явном нарушении Истцом четко сформулированного сторонами доарбитражного порядка, и в части увеличения исковых требований Ответчик просит МКАС при ТПП РФ прекратить производство по делу.

<...>

В ходе устного слушания дела 27 ноября 2015 г. представители Ответчика полностью поддержали доводы, высказанные в заявлении об отсутствии у МКАС при ТПП РФ компетенции на рассмотрение спора, и дополнительно пояснили следующее.

По мнению Ответчика, Истцом так и не была полностью раскрыта корпоративная цепочка до конечного бенефициара. Ответчик убежден, что конечным бенефициаром компании Истца является гражданин Российской Федерации. По существу, сторонами данного спора являются два российских юридических лица, каждое из которых имеет свой офис на территории Российской Федерации и фактически управляется из Российской Федерации. По мнению Ответчика, иностранные лица, указанные Истцом в качестве директоров его компании, по сути, являются лишь номинальными директорами, получающими указания от конечного бенефициара компании Истца из России. Единственным доказательством независимости иностранных директоров могли бы стать их affidavits, в которых они бы заявили, что при исполнении своих функций действуют независимо, не получая чьих-либо указаний. Однако таких affidavits в материалы дела Истцом представлено не было.

По мнению Ответчика, для установления наличия компетенции МКАС при ТПП РФ на рассмотрение данного спора Истец должен указать, кто является лицом, фактически контролирующим компанию Истца, и имеются ли фактически (а не номинально) в данной компании иностранные инвестиции. Только в этом случае Истец может быть квалифицирован в качестве компании с иностранными инвестициями. Представители Ответчика подчеркнули, что Истец не является компанией с иностранными инвестициями именно по содержанию, а не по формальному критерию.

Также представители Ответчика высказали предположение, что Истец мог относительно недавно изменить свою корпоративную структуру, для того чтобы соответствовать критериям рассмотрения споров в МКАС при ТПП РФ.

На вопрос состава арбитража, действовал ли генеральный директор Ответчика при заключении Договора своей волей и в своем интересе, представители Ответчика ответили утвердительно. На вопрос состава арбитража, имелся ли при заключении Договора дефект воли генерального директора Ответчика, представители Ответчика ответили отрицательно.

Представители Истца в своих выступлениях полностью поддержали позицию касательно заявления Ответчика об отсутствии у МКАС при ТПП РФ компетенции, изложенную в письме Истца от 18 сентября 2015 г. и в письменных объяснениях Истца по процессуальным вопросам, и дополнительно пояснили следующее.

По мнению Истца, для целей определения наличия либо отсутствия своей компетенции МКАС при ТПП РФ не должен устанавливать конечных бенефициаров компании стороны

или осуществлять какие-либо иные контрольные функции. Таких требований не содержит ни Регламент МКАС при ТПП РФ, ни Закон о МКА. Более того, ни Регламент МКАС при ТПП РФ, ни Закон о МКА не наделяют состав арбитража подобными полномочиями.

Представители Истца сообщили, что Истец был создан в 2008–2009 гг. и с момента создания никаких изменений в его корпоративную структуру не вносилось. Таким образом, Истец являлся предприятием с иностранными инвестициями на дату заключения Договора и является им на данный момент.

На вопрос состава арбитража, имеются ли у Ответчика доказательства внесения изменений в корпоративную структуру компании Истца после заключения Договора, представители Ответчика ответили отрицательно, пояснив, что документы, касающиеся изменения бенефициаров компании, носят непубличный характер. Ответчик имеет доступ лишь к выпискам из ЕГРЮЛ, однако в них подобных сведений не содержится.

Представители Истца в свою очередь пояснили, что, согласно сведениям, содержащимся в выписке из ЕГРЮЛ, а также в выписке из Торгового реестра Кипра, участником Истца начиная с 2008 г. являлось одно и то же юридическое лицо – компания В.

Отвечая на вопрос состава арбитража, каким образом, с точки зрения представителей Ответчика, сторона может реализовать свое право на судебную защиту в том случае, если две стороны в договоре согласовали арбитражную оговорку о передаче возникающих между ними споров на разрешение определенного третейского органа и эта оговорка сторонами не оспаривается, представители Ответчика пояснили, что, по их мнению, в данном случае сторона, желающая осуществить свое право на судебную защиту, должна обращаться в государственный арбитраж, поскольку согласованная сторонами арбитражная оговорка имеет пороки. Действительно, Стороны договорились о разрешении возникающих между ними споров из Договора в МКАС при ТПП РФ, однако в дальнейшем одна из Сторон поставила вопрос об отсутствии у третейского суда компетенции рассматривать конкретный спор. По мнению Ответчика, целый ряд споров (например, о расторжении Договора или о факте его заключенности) не могут быть рассмотрены МКАС при ТПП РФ, поскольку решение по такому спору повлечет внесение изменений в регистрационные записи. Согласно же известной Ответчику практике, регистрационные органы вносят изменения в регистрационные записи только на основании решений государственных, но не третейских судов. Таким образом, часть споров между Сторонами в связи с Договором не может рассматриваться МКАС при ТПП РФ.

После совещания состав арбитража вынес постановление, которым признал наличие у МКАС при ТПП РФ компетенции рассматривать настоящий спор. Стороны были проинформированы о том, что подробное обоснование данного постановления будет изложено в мотивировочной части решения по делу.

Представители Истца заявили ходатайство о приобщении к материалам дела письменных объяснений Истца по процессуальным вопросам проведения устного слушания. Представители Ответчика против приобщения данного документа к материалам дела не возражали. Состав арбитража решил приобщить письменные объяснения Истца по процессуальным вопросам проведения устного слушания к материалам дела.

Представители Ответчика сообщили, что накануне заседания ими были обнаружены ошибки в расчетах Истца, и заявили ходатайство об отложении слушания дела для подготовки своей позиции с учетом обнаруженных ошибок в расчетах Истца.

После совещания состав арбитража вынес постановление назначить рассмотрение дела по существу на 29 декабря 2015 г. Данным постановлением каждой Стороне было

также предложено к 15 декабря 2015 г. представить в МКАС при ТПП РФ и в копии другой Стороне свои позиции по взаимным расчетам, произвести в случае необходимости взаимную выверку расчетов.

В представленных в заседание 27 ноября 2015 г. письменных объяснениях Истца по процессуальным вопросам проведения устного слушания было указано следующее.

В отношении заявления Ответчика об отсутствии у МКАС при ТПП РФ компетенции на рассмотрение дела Истец поддержал ранее заявленное им ходатайство рассмотреть и разрешить вопрос о компетенции МКАС при ТПП РФ непосредственно в арбитражном решении. Истец указал, что он считает данную просьбу обоснованной, принимая во внимание следующие обстоятельства.

Согласно п. 3 ст. 16 Закона о МКА третейский суд сам определяет процессуальную форму, в которой он разрешает вопрос о своей компетенции. При этом, как правило, отдельное разрешение данного вопроса как вопроса предварительного характера осуществляется в том случае, если обстоятельства, подлежащие исследованию для определения компетенции третейского суда, носят сложный характер и требуют самостоятельной оценки.

Истец указал, что, по его мнению, по данному делу подобные обстоятельства отсутствуют, а просьба Ответчика об отдельном разрешении вопроса о компетенции МКАС при ТПП РФ обусловлена исключительно целями затягивания дела.

Компетенция МКАС при ТПП РФ на рассмотрение данного дела в соответствии с п. 2 ст. 1 Закона о МКА была обоснована в исковом заявлении наличием в Договоре, заключенном Истцом как предприятием с иностранными инвестициями и Ответчиком, арбитражной оговорки (ст. 17.3 Договора).

Статус Истца как предприятия с иностранными инвестициями подтверждается тем, что его единственным участником является иностранная компания В, доказательства чего были представлены Истцом в материалы дела.

Истец указал, что критерий участия иностранной компании в уставном капитале российского юридического лица как признак, позволяющий отнести это юридическое лицо к числу предприятий с иностранными инвестициями, является единственным, который используется МКАС при ТПП РФ (решения МКАС при ТПП РФ от 4 мая 2009 г. по делу № 82/2009, от 29 апреля 2008 г. по делу № 22/2007, от 13 октября 2004 г. по делу № 187/2003 и др.).

Таким образом, по мнению Истца, вопрос о наличии у МКАС при ТПП РФ компетенции на рассмотрение спора между Истцом как предприятием с иностранными инвестициями и Ответчиком в соответствии с заключенным ими арбитражным соглашением носит очевидный характер.

Тем более компетенция МКАС при ТПП РФ на рассмотрение дела не может быть поставлена под сомнение бездоказательными и не имеющими юридического значения применительно к п. 2 ст. 1 Закона о МКА заявлениями Ответчика о том, что «фактически» Истец не является предприятием с иностранными инвестициями.

В связи с изложенным Истец еще раз просит состав арбитража рассмотреть дело по существу и разрешить вопрос о компетенции МКАС при ТПП РФ в решении по делу.

<...>

Относительно заявления Ответчика о прекращении производства по делу в части уведомления размера исковых требований Истца последний отметил следующее.

В исковом заявлении Истец просил взыскать задолженность по Договору за период по май 2015 г. включительно. В связи с тем, что за период третейского разбирательства по делу размер задолженности Ответчика увеличился, 13 октября 2015 г. Истец подал заявление об увеличении размера исковых требований, включив в него задолженность по неисполненным обязательствам по Договору за период с июня 2015 г. по 12 октября 2015 г.

В своем кратком отзыве на иск Ответчик просил прекратить производство по делу в части увеличения размера исковых требований, ссылаясь на несоблюдение Истцом претензионного порядка, установленного Договором, при увеличении размера исковых требований.

Истец обратил внимание состава арбитража на необоснованность просьбы Ответчика о прекращении производства по делу по существу.

Статьями 17.2 и 17.3 Договора предусмотрено, что сторона Договора до направления иска в МКАС при ТПП РФ по спору с другой стороной должна предложить ей встретиться для разрешения спора во внесудебном порядке. До подачи в МКАС при ТПП РФ 27 мая 2015 г. искового заявления Истец направил Ответчику такое предложение. Следовательно, претензионный порядок при подаче искового заявления был соблюден, что не оспаривается и Ответчиком.

При этом ст. 17.2 и 17.3 Договора не предусматривают, что по спору, уже находящемуся на разрешении в МКАС при ТПП РФ в соответствии с процедурой, установленной Договором, сторона Договора – Истец должна соблюдать претензионный порядок в связи с заявлением об увеличении размера исковых требований.

Более того, с учетом правовой природы претензионного порядка, как она определена в гражданском и арбитражном процессуальном законодательстве Российской Федерации, а также отраслях материального права Российской Федерации, действие норм о претензионном порядке ограничено исключительно отношениями между сторонами спора до его передачи в компетентный юрисдикционный орган и не распространяется на отношения, складывающиеся в процессе разрешения спора таким органом.

Истец отметил, что обратного Ответчиком не доказано и не может быть доказано. По мнению Истца, ссылки Ответчика на судебную практику и практику МКАС при ТПП РФ (по отмененному государственным судами решению) носят совершенно не относимый к делу характер, поскольку ни по одному из дел, которые упоминаются Ответчиком, не рассматривался вопрос соблюдения истцом претензионного порядка именно при увеличении размера исковых требований, а не при подаче искового заявления.

Таким образом, по мнению Истца, отсутствуют какие-либо основания для прекращения производства по делу в части увеличения размера исковых требований.

<...>

2 декабря 2015 г. в МКАС при ТПП РФ поступило дополнение иска, в котором Истец уточнил исковые требования, представив новый расчет суммы иска.

<...>

16 декабря 2015 г. в МКАС при ТПП РФ поступили дополнения Ответчика к кратко-му отзыву от 15 декабря 2015 г., в которых было указано, в частности, следующее.

В ходе устного слушания дела 27 ноября 2015 г. Ответчик сообщил о допущенной Истцом арифметической ошибке в расчете базовой арендной платы за февраль 2015 г.

за помещение 1. Еще раз проверив расчеты требований Истца (с учетом их повторно-го увеличения Истцом, против которого Ответчик возражал по тем же основаниям, что и в отношении первого увеличения исковых требований), Ответчик установил, что они содержат как минимум еще одну ошибку. По его мнению, в расчете Истца была неправильно рассчитана базовая арендная плата 1 и базовая арендная плата 2 (за помещение 1 и помещение 2) за февраль 2015 г.

Предъявление Истцом требования о взыскании неустойки в заявленном размере, по мнению Ответчика, фактически свидетельствует о превращении неустойки в способ обогащения Истца, что является злоупотреблением правом и свидетельствует о нарушении баланса прав и обязанностей сторон по Договору.

Ответчик обращает внимание, что Истец не заявил требование о расторжении Договора, хотя такое право у него имелось на основании ст. 9.1 Договора. По мнению Ответчика, это объясняется тем, что если МКАС при ТПП РФ будет вынесено решение о взыскании с Ответчика неустойки в полном объеме, то текущие курсовые реалии, а также указанный в Договоре размер неустойки превратят ее в самостоятельный источник обогащения Истца, более выгодный, чем самые высокие банковские ставки по кредитам.

Ответчик неоднократно предпринимал попытки урегулировать спор путем проведения переговоров с Истцом по реструктуризации задолженности (установления верхнего и нижнего коридоров курса доллара США, изменения валюты договора с долларов США на рубли), однако Истец категорически отказывался идти навстречу Ответчику, что свидетельствует об отсутствии у Истца интереса к надлежащему исполнению Ответчиком Договора и мирному разрешению спора.

В соответствии со ст. 9 Договора Ответчик не вправе в одностороннем порядке расторгнуть Договор даже с выплатой большого штрафа. Таким образом, в условиях резкого повышения курса доллара США, который является основной валютой Договора, Ответчик в отсутствие содействия Истца лишен возможности зафиксировать убытки на разумном уровне, а вынужден наблюдать, как Истец, пользуясь временными финансовыми трудностями Ответчика, несмотря на стремление Ответчика добросовестно продолжать работу, стремится «выжать» максимальное обогащение из ставшего финансово непосильным для Ответчика Договора.

<...>

Ответчик максимально долго старался исполнять свои обязательства по Договору, несмотря на рост курса доллара США. Однако дальнейшее ухудшение финансовой ситуации в России, падение курса рубля по отношению к доллару США, а также недобросовестная позиция Истца в отношении начисления неустойки по Договору делают надлежащее исполнение Договора фактически невозможным для Ответчика и способствуют росту неустойки в геометрической прогрессии.

По мнению Ответчика, в указанных обстоятельствах Истец прямо заинтересован в неисполнении Ответчиком Договора, потому что неустойка обеспечивает начисление процентов, в несколько раз превышающих самые высокие банковские ставки по кредитам.

Расчет неустойки, представленный Истцом, неправильно учитывает произведенный Истцом зачет уплаченного Ответчиком обеспечительного платежа по Договору в размере ... долл. США.

Истец удержал из обеспечительного платежа именно неустойку (а не сумму основной задолженности), таким образом дополнительно увеличив размер основного долга, кото-

рый подлежит взысканию. Вместе с тем неустойка была удержана Истцом (а не добровольно уплачена Ответчиком) в одностороннем порядке, поэтому, по мнению Ответчика, ее нельзя считать бесспорной, и к ней должны применяться положения ст. 333 ГК РФ.

Если бы Истец зачел обеспечительный платеж в счет уплаты основного долга, а не неустойки, это существенно уменьшило бы сумму неустойки (в силу того, что неустойка должна была бы начисляться на меньшую сумму).

Ответчик понимал, что он принимал на себя курсовые риски, когда соглашался на фиксацию цены в Договоре в долларах США (хотя Договор заключался на стандартных условиях Истца, которые Ответчик не был в состоянии изменить). Тем не менее Ответчик полагает, что требования Истца о взыскании неустойки в таком объеме (более 75% от суммы основного долга) явно направлены не на компенсацию потерь, причиненных Истцу ненадлежащим исполнением Договора со стороны Ответчика, а на недобросовестное обогащение Истца за счет Ответчика.

<...>

Предусмотренная Договором ставка 0,5% за каждый календарный день просрочки, т.е. 182,5% годовых, является явно несоразмерной последствиям нарушения обязательства, особенно с учетом рыночной ситуации и курсовых реалий.

<...>

По мнению Ответчика, соразмерной неустойкой можно считать неустойку в размере не более двукратной учетной ставки ... или двукратного размера средней ставки банковского процента по вкладам физических лиц по ... федеральному округу (место нахождения Истца – кредитора)

<...>

25 декабря 2015 г. в МКАС при ТПП РФ поступили письменные объяснения Истца по дополнениям Ответчика к краткому отзыву, в которых, указывается, в частности, следующее.

Дополнения Ответчика (равно как и его краткий отзыв) не включают в себя просительной части относительно материально-правовых требований Ответчика. Как следствие, дополнения и краткий отзыв в принципе не могут служить основанием для отказа в удовлетворении его исковых требований по сугубо формальным основаниям ввиду их несоответствия подп. «б» п. 3 § 12 Регламента МКАС при ТПП РФ.

Кроме того, как следует из дополнений к краткому отзыву, существенная часть исковых требований в размере ... долл. США и ... руб. Ответчиком не оспаривается, что, по мнению Истца, должно расцениваться как признание иска в этой части.

По существу, вся позиция Ответчика, изложенная в дополнениях к краткому отзыву, сводится к заявлению о незначительных арифметических ошибках в расчете основного долга по Договору и оспариванию размера взыскиваемой по Договору неустойки.

<...>

По мнению Истца, никаких арифметических ошибок в его расчетах не содержалось; напротив, ошибки были допущены в приведенных в дополнениях к краткому отзыву расчетах Ответчика.

<...>

Ссылаясь на ст. 333 ГК РФ и приводя судебную практику применения ее уже не действующей редакции, Ответчик умалчивает, что с 1 июня 2015 г. действует новая редакция данной статьи, которая предусматривает:

«Уменьшение неустойки, определенной договором и подлежащей уплате лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность, допускается в исключительных случаях, если будет доказано, что взыскание неустойки в предусмотренном договором размере может привести к получению кредитором необоснованной выгоды.» (п. 2).

Какого-либо обоснования своих возражений применительно к данной редакции ст. 333 ГК РФ Ответчик не представил.

Поскольку Ответчик не доказал и даже не попытался доказать, что взыскание неустойки по Договору приведет к получению Истцом необоснованной выгоды, то, по мнению Истца, отсутствуют предусмотренные ст. 333 ГК РФ правовые основания для снижения неустойки.

Об отсутствии необоснованной выгоды Истца в связи с установленной Договором неустойкой, а равно о ее соразмерности последствиям нарушения обязательств Ответчиком свидетельствуют, по мнению Истца, следующие обстоятельства.

Денежные средства, получаемые Истцом по Договору, т.е. от своей основной операционной деятельности, используются им в том числе для исполнения своих собственных обязательств перед другими лицами.

В частности, Истец (в качестве заемщика) заключил с компанией Т (в качестве кредитора) договор о предоставлении кредитной линии от 17 сентября 2013 г. (далее – Договор о предоставлении кредитной линии) на сумму ... долл. США. Согласно ст. 1, 5 и 6 Договора о предоставлении кредитной линии Истец обязался ежеквартально возвращать по частям сумму кредита, а также уплачивать проценты за пользование кредитом. Денежные средства, получаемые Истцом от его операционной деятельности, включая Договор с Ответчиком, направлялись в том числе на возврат указанного кредита и уплату процентов за пользование им. Неисполнение Ответчиком его обязательств по Договору влечет за собой, в свою очередь, риск неисполнения обязательств Истцом перед компанией Т.

<...>

Учитывая тяжесть последствий, предусмотренных Договором о предоставлении кредитной линии на случай нарушения Истцом своих обязательств по нему, установленная Договором неустойка была направлена на стимулирование Ответчика к надлежащему исполнению его обязательств перед Истцом для исключения дефолта последнего в отношениях с компанией Т и поэтому не может быть признана основанием для получения Истцом необоснованной выгоды либо несоразмерной последствиям неисполнения своих обязательств Ответчиком.

Право Истца использовать полученный по Договору обеспечительный платеж для его удержания в целях погашения задолженности Ответчика по уплате неустойки по Договору прямо предусмотрено его ст. 16.4. В связи с этим любые ссылки Ответчика на необоснованность действий Истца по удержанию обеспечительного платежа для погашения задолженности Ответчика по уплате неустойки по Договору не должны приниматься во внимание.

<...>

28 декабря 2015 г. в связи с экстренной госпитализацией арбитра со стороны Ответчика и невозможностью участия в заседании 29 декабря 2015 г. запасного арбитра со стороны Ответчика МКАС при ТПП РФ на основании § 35 Регламента МКАС при ТПП РФ вынес постановление об отложении слушания дела на 16 февраля 2016 г.

<...>

30 декабря 2015 г. в МКАС поступило письмо Ответчика от 29 декабря 2015 г., которым в связи с переносом даты слушания дела Ответчик проинформировал МКАС при ТПП РФ о том, что единственный представитель Ответчика по доверенности будет отсутствовать в г. Москве с 23 по 31 января 2016 г., и попросил назначить следующее слушание по делу до или после указанного периода.

<...>

8 февраля 2016 г. в МКАС при ТПП РФ поступило дополнение иска от 2 февраля 2016 г., в котором Истец уточнил исковые требования, представив расчет новой суммы иска.

<...>

В заседании 16 февраля 2016 г. представители Истца в своем выступлении полностью поддержали позицию, изложенную в исковом заявлении, а также в иных письменных документах по делу, и дополнительно пояснили следующее.

Представители Истца отметили, что, как следует из дополнения Ответчика к краткому отзыву, иск в значительной части Ответчиком не оспаривается: на с. 3 дополнения указано, что общая сумма взыскания, по мнению Ответчика, должна составлять не более ... долл. США и ... руб. Таким образом, в данной части иск Ответчиком признан.

Оставшуюся сумма иска Ответчик оспаривает по двум основаниям: во-первых, утверждая, что Истцом в его расчетах была допущена арифметическая ошибка и, во-вторых, заявляя требование о снижении неустойки на основании ст. 333 ГК РФ.

Относительно первого довода Ответчика представители Истца пояснили, что, по мнению Истца, никакой арифметической ошибки в его расчетах допущено не было.

<...>

Относительно второго довода Ответчика представители Истца пояснили, в частности, следующее.

Ответчик в своих доводах использует редакцию ст. 333 ГК РФ, утратившую силу с 1 июня 2015 г. При этом большая часть требований Истца о взыскании неустойки относится к периоду после 1 июня 2015 г. По этой причине, по мнению Истца, при рассмотрении вопроса о возможности снижения заявленной Истцом неустойки следует руководствоваться действующей в настоящее время редакцией ст. 333 ГК РФ, а не редакцией, действовавшей до 1 июня 2015 г. Как следствие, судебная практика, на которую ссылается Ответчик, также не должна приниматься во внимание составом арбитража, поскольку она была сформирована на основании предыдущей редакции ст. 333 ГК РФ и не может автоматически применяться в отношении ее новой редакции. Ответчик во исполнение требований новой редакции ст. 333 ГК РФ не привел никаких оснований наличия исключительного случая в данном деле, а также не представил никаких доказательств потенциального наличия необоснованной выгоды у Истца в случае взыскания неустойки в исчисленном им размере.

<...>

Истцом был приложен к материалам дела Договор о предоставлении кредитной линии. Предоставленный компанией Т заем погашается Истцом за счет денежных средств, получаемых в том числе от Ответчика. Несвоевременная уплата последним арендных платежей по Договору влечет за собой риск дефолта Истца по Договору о предоставлении кредитной линии, что, в свою очередь, согласно п. 8 Договора о предоставлении кредитной линии влечет для Истца риск немедленного возврата всей суммы полученного кредита, которая составляет ... долл. США.

Таким образом, предусмотренная Договором неустойка носит стимулирующий характер и направлена на защиту Истца от риска дефолта по Договору о предоставлении кредитной линии в случае просрочки уплаты арендной платы Ответчиком.

Все вышеизложенное, по мнению Истца, доказывает отсутствие несоразмерности неустойки или возможности получения Истцом необоснованной выгоды в результате ее взыскания. Как следствие, предусмотренная Договором неустойка не подлежит снижению на основании ст. 333 ГК РФ.

<...>

Положения Договора о досудебном порядке урегулирования спора применимы исключительно в отношении порядка подачи иска, но не в отношении изменения в дальнейшем его суммы.

<...>

Представитель Ответчика в своем выступлении полностью поддержал позицию Ответчика, изложенную в кратком отзыве на исковое заявление, а также в письменных документах по делу, и дополнительно пояснил следующее.

Ответчиком было принято решение не подписывать с Истцом никаких документов о сверке взаимных расчетов для того, чтобы впоследствии Истец не имел возможности заявить, что Ответчик согласен с исковыми требованиями в данной части. Поэтому сверка расчетов между Сторонами не проводилась.

<...>

В связи с резким колебанием курса доллара США (так, в отношении последнего платежа имело место превышение курса доллара в полтора раза по сравнению с датой заключения Договора) Ответчик начал переговоры с Истцом об изменении зафиксированного в Договоре порядка исчисления арендной платы в привязке к курсу доллара США, а также о реструктуризации возникшей у Ответчика задолженности. Данные переговоры велись Сторонами около года, однако никаких результатов не дали: Истец отказался изменять условия Договора.

Согласно условиям Договора, Ответчик не вправе расторгнуть его досрочно в одностороннем порядке, срок действия Договора — до 26 февраля 2018 г., поэтому фактически Ответчик оказался заложником сложившейся ситуации: он вынужден будет вносить арендную плату вплоть до окончания срока действия Договора. С учетом текущей ситуации на рынке ставки аренды, согласованные Сторонами в Договоре, являются сильно завышенными, поэтому исполнение Договора в сегодняшней ситуации является для Ответчика крайне невыгодным. По мнению Ответчика, Истец в сложившейся ситуации ведет себя неконструктивно, не желая идти навстречу своему крупнейшему арендатору.

<...>

В отношении заявления об уменьшении неустойки Ответчик не согласен с мнением Истца о том, что при рассмотрении данного вопроса должна использоваться новая редакция ст. 333 ГК РФ. Данная редакция вступила в силу с 1 июня 2015 г., в то время как правоотношения между Сторонами возникли до указанной даты, а потому к вопросу о возможности снижения исчисленной Истцом неустойки должна применяться предыдущая редакция ст. 333 ГК РФ, а также сложившаяся на ее основе судебная практика, на которую сослался Ответчик в своих письменных документах. В силу данной практики размер неустойки, включенный Истцом в условия Договора, является многократно завышенным. Разумной, по мнению Ответчика, является неустойка в размере двукратной учетной ставки Банка России либо в размере двукратного размера средней ставки банковского процента по вкладам физических лиц в месте нахождения кредитора — Истца. Ответчик полагает, что Истцом не был доказан факт несения им каких-либо убытков в связи с неисполнением Ответчиком обязанности по уплате арендной платы и заявленный Истцом размер неустойки последним никак не обоснован.

<...>

Сумма обеспечительного платежа в размере ... долл. США должна быть зачтена Истцом не в счет погашения неустойки, а в счет погашения образовавшейся задолженности Ответчика по уплате арендной платы. Использованный же Истцом способ зачета обеспечительного платежа является, по мнению Ответчика, неразумным и несоразмерным.

<...>

Истцом не был соблюден претензионный порядок в отношении увеличения суммы иска.

<...>

Извлечения из решения

Выслушав представителей Сторон и рассмотрев представленные Сторонами письменные материалы, состав арбитража пришел к следующим выводам.

1. О компетенции МКАС при ТПП РФ

1.1. Компетенция МКАС при ТПП РФ рассматривать настоящий спор предусмотрена следующей арбитражной оговоркой, содержащейся в ст. 17.3 Договора:

«Если какой-либо спор не разрешен в соответствии со ст. 17.2 в течение сорока пяти (45) дней с даты такого письменного запроса, такой спор должен быть рассмотрен и разрешен, без предварительного обращения в государственные суды, Международным коммерческим арбитражным судом («МКАС») при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в Москве в соответствии с его Регламентом».

Предъявление иска в МКАС при ТПП РФ свидетельствует о признании Истцом его компетенции на рассмотрение настоящего спора. В заседаниях представители Истца также подтвердили компетенцию МКАС при ТПП РФ рассматривать настоящий спор.

1.2. Рассмотрев заявление Ответчика об отсутствии у МКАС при ТПП РФ компетенции по рассмотрению настоящего спора, состав арбитража отмечает следующее.

По мнению Ответчика, для признания компетенции МКАС при ТПП РФ на рассмотрение настоящего спора Истец должен был представить доказательства того, кто является лицом, фактически контролирующим компанию Истца, а также подтвердить фактически, а не номинально присутствие в компании Истца иностранных инвестиций. Только в этом случае, по мнению Ответчика, Истец мог быть квалифицирован в качестве компании с иностранными инвестициями, что в соответствии с Законом о МКА дает основание рассматривать спор с ее участием международным коммерческим арбитражем. В ходе устных слушаний дела представители Ответчика также сообщили, что по содержанию, а не по формальному критерию Истец не является компанией с иностранными инвестициями.

Состав арбитража подчеркивает, что ни в Законе о МКА, ни в Регламенте МКАС при ТПП РФ не содержится иных, кроме формальных, критериев определения принадлежности сторон к предприятиям с иностранными инвестициями. Так, согласно п. 2 ст. 1 Закона о МКА в международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Российской Федерации. Аналогичное правило содержится в п. 1 § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ.

Истцом в материалы дела представлены доказательства присутствия иностранных инвестиций в компании Истца (выписка из ЕГРЮЛ), из которых следует, что единственным учредителем компании Истца является компания В — юридическое лицо, зарегистрированное и действующее по законодательству Республики Кипр.

Состав арбитража отмечает, что требование Ответчика указать, кто реально контролирует компанию Истца, а также представить дополнительные доказательства присутствия

в капитале компании иностранных инвестиций следует рассматривать как необоснованную попытку возложить на Истца бремя доказывания обстоятельств, которые последний доказывать не обязан (п. 1 § 31 Регламента МКАС при ТПП РФ). Состав арбитража также отмечает, что в соответствии с Регламентом МКАС при ТПП РФ и Законом о МКАС при ТПП РФ не наделен компетенцией устанавливать конечных бенефициаров компании либо осуществлять какие-либо иные контрольные функции.

Представители Ответчика в ходе устных слушаний дела высказали предположение, что Истец мог относительно недавно изменить свою корпоративную структуру для того, чтобы соответствовать критериям рассмотрения споров в МКАС при ТПП РФ. Истцом в отзыве на заявление Ответчика об отсутствии у МКАС при ТПП РФ компетенции корпоративная структура с приложением соответствующих подтверждающих документов, выданных регистрирующими органами Республики Кипр, была приведена.

Состав арбитража отмечает, что, по смыслу п. 2 ст. 1 Закона о МКА и п. 1 § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ, для признания дела находящимся в компетенции МКАС при ТПП РФ неважно, как давно один или оба участника спора приобрели статус предприятия с иностранными инвестициями. По смыслу указанных норм, для признания компетенции международного коммерческого арбитража рассматривать спор достаточно принадлежности одной или обеих компаний к числу предприятий с иностранными инвестициями на момент разрешения спора.

С учетом изложенного состав арбитража не находит в качестве достаточных причин не признать компетенцию МКАС при ТПП РФ те основания, которые перечислены Ответчиком в заявлении об отсутствии у МКАС при ТПП РФ компетенции на рассмотрение настоящего спора.

1.3. Рассмотрев заявление Ответчика о несоблюдении Истцом порядка предарбитражного урегулирования спора в части предъявления дополнительных исковых требований 12 октября 2015 г., 2 декабря 2015 г. и 2 февраля 2016 г., состав арбитража констатирует следующее.

В соответствии со ст. 17.2 Договора в случае возникновения какого-либо спора между сторонами их уполномоченные представители должны встретиться в течение 15 дней с даты направления письменного запроса одной из сторон другой стороне для разрешения спора без обращения в суд.

Согласно арбитражной оговорке, содержащейся в ст. 17.3 Договора,

«[e]сли какой-либо спор не разрешен в соответствии со ст. 17.2 в течение сорока пяти (45) дней с даты такого письменного запроса, такой спор должен быть рассмотрен и разрешен, без предварительного обращения в государственные суды, Международным коммерческим арбитражным судом («МКАС») при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в Москве в соответствии с его Регламентом».

Ответчиком не оспаривается факт соблюдения Истцом предусмотренного Договором порядка предарбитражного урегулирования спора в отношении первоначально заявленных исковых требований. 16 февраля 2015 г. Истец направил Ответчику уведомление об образовавшейся задолженности и о начисленной неустойке, потребовав уплаты этих сумм.

В связи с тем, что Ответчик указанное нарушение в предоставленный ему срок не устранил, Истец 6 марта 2015 г. направил в адрес Ответчика уведомление, которым повторно

известил последнего об имеющейся у него задолженности и вновь потребовал ее уплаты, а также уплаты суммы начисленной неустойки. Данным уведомлением Истец также направил запрос о необходимости организации встречи уполномоченных представителей Сторон для разрешения возникшего спора без обращения в суд, оставив за собой право обратиться в МКАС при ТПП РФ с соответствующим исковым заявлением.

Ответа со стороны Ответчика на данное уведомление не последовало, основная задолженность, а также неустойка Ответчиком уплачены не были, в связи с чем 27 мая 2015 г. Истец обратился с иском в МКАС при ТПП РФ.

Таким образом, состав арбитража констатирует, что Стороны предпринимали усилия для досудебного урегулирования спора в пределах предусмотренного арбитражной оговоркой 15-дневного срока и что Истцом был соблюден порядок предарбитражного урегулирования спора, согласованный Сторонами в ст. 17.2 Договора.

Состав арбитража отмечает, что согласно ст. 17.2 Договора предусмотренный ею порядок предарбитражного урегулирования спора применяется в случае возникновения между Сторонами спора. Ничто в формулировке этой статьи не дает возможность толковать ее как распространяющую данный порядок на случаи увеличения Стороной своих исковых требований, в отношении которых такой порядок был соблюден.

Пункт 2 ст. 23 Закона о МКА предоставляет стороне право в ходе арбитражного разбирательства изменить или дополнить свои исковые требования, если стороны не договорились об ином. Аналогичное положение содержится в § 30 Регламента МКАС при ТПП РФ.

Право стороны изменить или дополнить свои исковые требования является ее процессуальным правом. Ничто в Законе о МКА или Регламенте МКАС при ТПП РФ не дает оснований для ограничительного толкования данного права, за исключением специальной договоренности об этом сторон. Состав арбитража отмечает, что какие-либо договоренности Сторон о распространении предарбитражного порядка разрешения споров на предъявление ими дополнительных требований отсутствуют.

В связи с изложенным состав арбитража приходит к выводу, что заявление Ответчика о несоблюдении Истцом порядка предарбитражного урегулирования спора в части предъявления дополнительных исковых требований 12 октября 2015 г., 2 декабря 2015 г. и 2 февраля 2016 г. удовлетворению не подлежит.

1.4. Возникший между Сторонами спор касается договорных отношений, Истец является предприятием с иностранными инвестициями, поэтому данный спор подпадает под категорию споров, которые в соответствии с Законом о МКА и Регламентом МКАС при ТПП РФ могут быть рассмотрены МКАС при ТПП РФ.

Представители Ответчика в ходе устных слушаний дела заявили о том, что, несмотря на признание ими действительности арбитражной оговорки, содержащейся в ст. 17.2 Договора, целый ряд споров (например, о расторжении Договора или о его заключенности) не могут быть рассмотрены МКАС при ТПП РФ, поскольку решение по такому спору повлечет внесение изменений в Единый государственный реестр прав на недвижимое имущество и сделок с ним (ЕГРП). Согласно известной Ответчику практике, регистрационные органы вносят изменения в регистрационные записи только на основании решений государственных, но не третейских судов. Таким образом, часть споров между Сторонами в связи с Договором не может рассматриваться МКАС при ТПП РФ.

Состав арбитража подчеркивает, что постановлением 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» рассмотрение третейскими судами гражданско-правовых споров, касающихся недвижимого имущества, и государственная регистрация соответствующих прав на основании решений третейских судов признаны не противоречащими Конституции РФ. При этом в письме Федеральной службы государственной регистрации, кадастра и картографии от 21 мая 2012 г. № 13-3648-ГЕ «О некоторых вопросах государственной регистрации прав на основании решений третейских судов» подробно излагается процедура проведения соответствующей государственной регистрации.

Состав арбитража был сформирован в соответствии с Регламентом МКАС при ТПП РФ, каких-либо замечаний со стороны Истца и Ответчика в отношении состава арбитража сделано не было.

На основании изложенного, руководствуясь п. 2 ст. 1, ст. 16 Закона о МКА, § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ, МКАС при ТПП РФ признал себя компетентным рассматривать спор между Сторонами, возникший из Договора.

2. О применимом праве

По вопросу о праве, применимом к отношениям Сторон по Договору, состав арбитража установил, что указание на применимое право содержится в ст. 17.1 Договора, согласно которому Договор «регулируется законодательством Российской Федерации».

В соответствии с п. 1 ст. 28 Закона о МКА третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора.

Указание в Договоре на то, что он регулируется законодательством Российской Федерации, свидетельствует о признании Сторонами применимым российского права.

<...>

3. Рассмотрение спора по существу

Обратившись к существу заявленных Истцом требований, состав арбитража установил следующее.

3.1. О взыскании суммы основного долга

28 декабря 2010 г. между Истцом и Ответчиком был заключен Договор.

Согласно ст. 2.1 Договора Истец (арендодатель) принял на себя обязательство предоставить Ответчику (арендатору) во временное владение и пользование (аренду) помещения общей площадью ... кв. м в соответствии с измерениями БТИ, расположенные в здании, принадлежащем Истцу на праве собственности, по адресу: ..., на срок до 26 февраля 2018 г., а Ответчик обязался принять в аренду помещения и уплачивать Истцу платежи в размере и порядке, предусмотренном Договором.

Во исполнение своих обязательств по Договору Истец предоставил Ответчику указанные помещения в аренду, а Ответчик пользовался предоставленными помещениями.

В ст. 1 и 4 Договора Стороны согласовали, что за владение и пользование помещениями Ответчик обязался равными ежемесячными платежами не позднее первого числа каждого месяца уплачивать Истцу арендную плату, состоящую из базовой арендной пла-

ты, эксплуатационных расходов и расчетных эксплуатационных расходов, коммунальных платежей и расчетных коммунальных платежей, платы за парковку и дополнительной платы за парковку. Однако в нарушение условий Договора за период с 1 января 2015 г. по 29 февраля 2016 г. Ответчик арендную плату не уплатил, в связи с чем у него образовалась задолженность по уплате арендной платы в сумме ... долл. США и ... руб.

Ответчиком наличие обязанности по уплате арендной платы за указанный период в целом не отрицается; задолженность по уплате арендной платы была признана Ответчиком частично в размере ... долл. США и ... руб.

Рассмотрев довод Ответчика о наличии арифметической ошибки в расчетах Истца базовой арендной платы за февраль 2015 г. по причине непринятия во внимание меньшего количества дней в данном месяце, состав арбитража констатирует, что согласно ст. 4.1.1 Договора базовая арендная плата рассчитывается в год за один квадратный метр арендуемой площади за каждый полный месяц в фиксированном размере независимо от количества дней в каждом конкретном месяце.

В связи с изложенным состав арбитража приходит к выводу, что заявление Ответчика о наличии арифметической ошибки в расчетах Истца не может быть принято во внимание.

Рассмотрев заявление Ответчика о необходимости зачета обеспечительного платежа в счет арендной платы, состав арбитража констатирует, что ст. 4.4 Договора предусмотрено, что исполнение денежных обязательств Ответчика должно быть обеспечено обеспечительным платежом в размере ... долл. США. Термин «Обеспечительный Платеж» согласно ст. 1 Договора означает платеж, который служит обеспечением исполнения арендатором (Ответчиком) своих обязательств по Договору.

Порядок использования получаемых Истцом от Ответчика платежей был согласован Сторонами в ст. 16.4 Договора, согласно которой Ответчик признал, что Истец может по общему правилу использовать любой платеж, полученный от Ответчика, в первую очередь в счет уплаты каких-либо штрафов или пеней, налагаемых в соответствии с Договором.

В связи с изложенным состав арбитража приходит к выводу, что по условиям Договора Истец имел право использовать полученный от Ответчика обеспечительный платеж в соответствии с приоритетами, закрепленными в ст. 16.4 Договора. Таким образом, зачет Истцом обеспечительного платежа в счет погашения начисленной им неустойки по Договору не противоречит условиям заключенного между Сторонами Договора.

При таких условиях состав арбитража находит, что согласно ст. 4.1, 4.5 и 6.1 Договора, а также исходя из предписаний п. 1 ст. 614 ГК РФ, согласно которому арендатор обязан своевременно вносить плату за пользование имуществом (арендную плату), требование Истца о взыскании с Ответчика суммы арендной платы является обоснованным, справедливым и подлежащим удовлетворению в полном объеме.

<...>

3.2. О взыскании неустойки

Рассмотрев требование Истца о взыскании с Ответчика суммы неустойки в размере ... долл. США и ... руб., состав арбитража установил следующее.

Стороны в ст. 4.13 Договора предусмотрели:

«Арендодатель вправе начислить неустойку Арендатору на суммы платежей, которые не были получены в соответствии с требованиями настоящего Договора Аренды. В таком случае Арен-

датор обязан, по требованию Арендодателя, уплатить Арендодателю неустойку в размере ноль целых пять десятых процента (0,5%) за каждый день просрочки на сумму платежей, подлежащих уплате, но не уплаченных Арендатором в соответствии с настоящим Договором Аренды. Арендатор обязуется уплатить Арендодателю указанную неустойку в течение десяти (10) дней после выставления соответствующего счета Арендодателя».

Требование об уплате неустойки с приложением соответствующих счетов об оплате было направлено Истцом в адрес Ответчика уведомлением от 16 февраля 2015 г., а также повторным уведомлением от 6 марта 2015 г.

Ответчиком требование о взыскании неустойки было признано частично, в размере ... долл. США и ... руб.

В соответствии с п. 1 ст. 330 ГК РФ неустойкой (штрафом, пеней) признается определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности в случае просрочки исполнения.

Рассмотрев ходатайство Ответчика об уменьшении размера неустойки, предусмотренной ст. 4.13 Договора, на основании ст. 333 ГК РФ ввиду ее несоразмерности последствиям неисполнения Договора, состав арбитража приходит к следующим выводам.

Составом арбитража установлено, что неустойка рассчитана Истцом с 1 декабря 2014 г. по 2 февраля 2016 г.

При разрешении данного вопроса состав арбитража руководствуется положениями ст. 2 Федерального закона от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Федеральный закон № 42-ФЗ), согласно которым положения новой редакции ст. 333 ГК РФ вступают в силу с 1 июня 2015 г. и она применяется к правоотношениям, возникшим после дня вступления в силу Федерального закона № 42-ФЗ. По правоотношениям, возникшим до дня вступления в силу Федерального закона № 42-ФЗ, положения ст. 333 ГК РФ в редакции Федерального закона № 42-ФЗ применяется к тем правам и обязанностям, которые возникнут после 1 июня 2015 г.

Состав арбитража отмечает, что к правам и обязанностям Сторон в части начисления неустойки в период с 1 декабря 2014 г. по 31 мая 2015 г. должна применяться ст. 333 ГК РФ в редакции Федерального закона от 30 ноября 1994 г. № 52-ФЗ (далее – Федеральный закон № 52-ФЗ). Согласно ст. 333 ГК РФ в редакции Федерального закона № 52-ФЗ суд вправе уменьшить неустойку, если она явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства.

В соответствии с Постановлением № 81 (абзацы третий и четвертый п. 1) ответчик должен представить доказательства явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства, в частности, что возможный размер убытков кредитора, которые могли возникнуть вследствие нарушения обязательства, значительно ниже начисленной неустойки. При этом доводы ответчика о добровольном исполнении обязательства на день рассмотрения спора сами по себе не могут служить основанием для снижения неустойки на основании ст. 333 ГК РФ.

Принимая во внимание, что часть платежей по Договору номинированы в долларах США, состав арбитража констатирует, что интересы как Истца, так и Ответчика в этой части также были выражены в долларах США. Таким образом, по мнению состава арбитража, колебание курса доллара США не может служить основанием для снижения раз-

мера неустойки по Договору. Иные обстоятельства, которые свидетельствовали бы о явной несоразмерности неустойки последствиям неисполнения Договора, Ответчиком представлены не были.

Таким образом, состав арбитража не находит оснований, предусмотренных ст. 333 ГК РФ в редакции Федерального закона № 52-ФЗ, для снижения размера неустойки, начисленной Истцом в период с 1 декабря 2014 г. по 31 мая 2015 г.

Состав арбитража отмечает, что к отношениям Сторон в части начисления неустойки в период с 1 июня 2015 г. по 2 февраля 2016 г. должна применяться ст. 333 ГК РФ в редакции Федерального закона № 42-ФЗ. В соответствии с п. 1 ст. 333 ГК РФ в редакции Федерального закона № 42-ФЗ ответчик должен представить доказательства исключительности случая, являющегося основанием для уменьшения неустойки, а также доказательства того, что взыскание неустойки в предусмотренном договором размере может привести к получению кредитором необоснованной выгоды.

Состав арбитража констатирует, что Ответчиком такого рода доказательства также представлены не были. Довод Ответчика о колебании валютного курса с момента заключения Договора не может быть принят во внимание составом арбитража, поскольку при заключении Договора Ответчик, будучи субъектом предпринимательской деятельности, действовал по своей воле и исходя из своих интересов. Колебания валютных курсов являются предпринимательским риском стороны и не могут быть признаны исключительным случаем в смысле п. 1 ст. 333 ГК РФ.

Истец указал, что Ответчик является основным арендатором площадей в помещениях и в результате нарушения Ответчиком своих обязательств по Договору Истец не имеет возможности использовать помещения и получать прибыль.

Учитывая изложенное, состав арбитража находит, что Истец вправе требовать уплаты неустойки и что требуемая Истцом неустойка не подлежит уменьшению.

Руководствуясь ст. 330 ГК РФ, а также ст. 4.13 Договора, состав арбитража считает, что требование Истца о взыскании с Ответчика неустойки в размере ... долл. США и ... руб. подлежит удовлетворению в полном объеме.

<...>

На основании изложенного и руководствуясь § 37–39 Регламента МКАС при ТПП РФ, при ТПП РФ

РЕШИЛ:

Взыскать с Ответчика — акционерного общества Б, имеющего местонахождение на территории Российской Федерации, в пользу Истца — общества с ограниченной ответственностью А, имеющего местонахождение на территории Российской Федерации:

основной долг в размере ... долл. США и ... руб.;

неустойку в размере ... долл. США и ... руб.;

расходы Истца по уплате арбитражного сбора в сумме ... руб.

Краткий комментарий к решению МКАС при ТПП РФ от 1 июня 2016 г. по делу № 258/2014

Рассматриваемое решение МКАС при ТПП РФ вынесено по делу № 258/2014, в котором исковые требования вытекают из двух договоров и заявлены против двух ответчиков, один из которых обязался осуществить возврат истцу излишне уплаченных денежных средств по договору оказания услуг (далее — первоначальный должник), а второй принял на себя обязательство уплатить истцу вышеуказанную сумму задолженности в обмен на передачу ему требований к первоначальному должнику. При этом по условиям договора цессии переход всех требований от cedenta к цессионарию обуславливался полной уплатой цессионером цены договора, равной совокупной сумме уступаемых требований. В ходе арбитражного разбирательства выяснилось, что первоначальный должник был ликвидирован, что поставило перед составом арбитража вопрос о возможности удовлетворения соответствующих требований в принципе. Установив достоверность факта ликвидации первоначального должника, состав арбитража констатировал невозможность рассмотрения исковых требований к нему по существу, исходя из того, что ликвидация юридического лица предполагает прекращение его прав и обязанностей без правопреемства. В ситуации, когда ни Закон о МКА, ни Регламент МКАС при ТПП РФ не предусматривали в качестве специального и самостоятельного основания прекращения арбитражного разбирательства ликвидацию организации, являющейся стороной разбирательства, состав арбитража счел возможным сделать вывод о невозможности рассмотрения исковых требований по существу на основании п. 2 ст. 32 Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» и подп. «в» п. 2 § 45 Регламента МКАС при ТПП РФ («продолжение разбирательства стало по каким-либо причинам ненужным или невозможным»), прекратив арбитражное разбирательство в соответствующей части без вынесения решения. Что касается требования истца к ответчику, вытекающего из договора цессии, состав арбитража акцентировал внимание на правовой природе данного договора, подразумевающей встречное предоставление сторонами договора материальных благ, имеющих рыночную ценность. По мнению состава арбитража, в ситуации, когда отсутствовала возможность для реализации прав требований к первоначальному должнику, obligation цессионария уплатить истцу денежные средства по договору цессии привело бы к неосновательному обогащению последнего. Исходя из данной предпосылки, состав арбитража в удовлетворении исковых требований истца по договору цессии решил отказать. В заключение следует отметить, что состав арбитража критически воспринял довод цессионария о том, что по своему содержанию договор цессии опосредовал отношения поручительства.

Д.И. Зенькович,

старший преподаватель кафедры международного публичного и частного права
факультета права НИУ ВШЭ, арбитр МКАС при ТПП РФ,
член редакционной коллегии журнала
«Вестник международного коммерческого арбитража»

**МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД
ПРИ ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЕ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

РЕШЕНИЕ

от 1 июня 2016 г.

Дело № 258/2014

Стороны

Истец — компания, имеющая местонахождение на территории России.

Ответчики — компания, имеющая местонахождение на территории Панамы (ответчик 1); компания, имеющая местонахождение на территории Турции (ответчик 2).

[Нормативные акты и правовые институты, имеющие отношение к спору:
договор о совершении уступки требований в будущем;
личный закон юридического лица;
юридические последствия ликвидации юридического лица, являющегося стороной арбитражного разбирательства;
принцип недопустимости неосновательного обогащения;
рассмотрение спора в отсутствие надлежащим образом уведомленной стороны;
ст. 309, 310, 1102, п. 1 и 2 ст. 1202 ГК РФ;
п. 2 ст. 32 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»;
п. 1, 2 и 4 § 2, § 16, п. 1 и 2 § 26, п. 2 и 4 § 32, п. 2 § 45 Регламента МКАС при ТПП РФ;
§ 9 Положения об арбитражных сборах и расходах (Приложения к Регламенту МКАС при ТПП РФ).]

Факты

4 декабря 2014 г. открытое акционерное общество А, имеющее местонахождение на территории России (далее — Истец), обратилось в Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее — МКАС при ТПП РФ) с иском заявлением к компании Б, имеющей местонахождение на территории Панамы (далее — Ответчик 1), и компании В, имеющей местонахождение на территории Турции (далее — Ответчик 2; совместно с Ответчиком 1 — Ответчики) о взыскании в соответствии со ст. 309–310 ГК РФ переплаты по договору об оказании услуг в размере ... долл. США.

Истец просил взыскать с Ответчиков:

- задолженность по возврату переплаты в сумме ... долл. США;
- пеню за просрочку платежей в сумме ... долл. США;
- расходы по уплате арбитражного сбора в сумме ... долл. США;
- издержки по ведению дела в сумме ... долл. США.

Согласно иску, 31 августа 2010 г. между Истцом и Ответчиком 2 был заключен договор об оказании услуг по разработке проектной продукции и получению разрешения на строительство (далее – Договор оказания услуг), в соответствии с которым Ответчик 2 обязался выполнить услуги и работы, указанные в ст. 5 Договора оказания услуг, а Истец обязался принять и оплатить эти услуги (работы). Общая стоимость услуг составила ... долл. США. Данная сумма была перечислена Истцом Ответчику 2 в 2010 г., однако Ответчиком 2 были оказаны услуги по Договору оказания услуг лишь на сумму ... долл. США, что подтверждается актом сдачи-приемки оказанных услуг от 19 декабря 2012 г. В связи с этим 20 мая 2012 г. Истец и Ответчик 2 подписали дополнительное соглашение к Договору оказания услуг, которым предусмотрели уменьшение цены Договора оказания услуг до ... долл. США и обязанность Ответчика 2 вернуть Истцу ... долл. США. Данная сумма подлежала возврату двумя равными платежами в срок до 30 марта 2013 г. и 18 апреля 2013 г. Однако фактически Ответчик 2 возвратил Истцу 11 апреля 2013 г. только ... долл. США.

Истец просил МКАС при ТПП РФ взыскать с Ответчиков просроченную задолженность в сумме ... долл. США, а также проценты на просроченную задолженность по ставке 12% годовых в соответствии с п. 3 дополнительного соглашения от 1 марта 2013 г. № 2 к Договору оказания услуг.

Согласно иску, 17 декабря 2013 г. между Истцом и Ответчиком 1 был заключен договор о совершении будущей цессии (о совершении уступки требований в будущем) (далее – Договор будущей цессии), согласно которому Ответчик 1 обязался оплатить за Ответчика 2 задолженность и пеню за просрочку платежей, а Истец обязался передать Ответчику 1 права требования к Ответчику 2 по Договору оказания услуг. В соответствии с Договором будущей цессии, требования переходят к Ответчику 1 после полной уплаты им цены Договора будущей цессии, равной сумме уступаемых требований.

Предусмотренный Договором будущей цессии срок оплаты наступил, однако Ответчик 1 оплату не произвел, что послужило основанием для предъявления Истцом иска в МКАС при ТПП РФ.

<...>

Письмом от 15 мая 2015 г. Секретариат МКАС при ТПП РФ направил Ответчикам исковые материалы, предложил им согласовать кандидатуры арбитра и запасного арбитра, представить отзывы на иск. Представитель Ответчика 1 получил документы в Секретариате МКАС при ТПП РФ под расписку 21 мая 2015 г., а также по почте 1 июня 2015 г. Согласно имеющемуся в деле почтовому уведомлению, документы были доставлены по указанному в иске адресу Ответчика 2, однако не были ему вручены.

В связи с тем, что у Секретариата МКАС при ТПП РФ имелась неопределенность относительно адреса Ответчика 2, письмом от 6 августа 2015 г. Истцу было предложено предоставить документы, подтверждающие адрес Ответчика 2.

Истец сообщил, что адрес Ответчика 2 указан в Договоре оказания услуг и Договоре будущей цессии. В п. 7.4 Договора будущей цессии указано, что каждая сторона обязуется письменно уведомлять другую сторону о любом изменении своего адреса не позднее чем за три рабочих дня до даты вступления таких изменений в действие. Таких уведомлений Истец не получал. Адрес Ответчика 2 также указан в свидетельстве о его постановке на налоговый учет от 6 сентября 2010 г. Кроме того, Ответчик 2 неоднократно ука-

зывал свой адрес в иных документах. В деле имеются подтверждения курьерских служб от 7 июня 2013 г. и от 11 августа 2014 г. о вручении Ответчику 2 претензий Истца.

<...>

31 августа 2015 г. сторонам направлены повестки с уведомлением о времени и месте проведения устного слушания дела.

Повестка вручена Истцу 8 сентября 2015 г., Ответчику 1 – 24 сентября 2015 г. Ответчику 2 повестка была доставлена по известному адресу местонахождения, но не была вручена ему.

21 сентября 2015 г. Секретариат МКАС при ТПП РФ по указанию председателя состава арбитража предложил Ответчикам в срок до 1 октября 2015 г. представить отзывы на иск с учетом ст. 8 Договора оказания услуг о праве, применимом к вытекающим из него спорам.

5 ноября 2015 г. Секретариат МКАС при ТПП РФ электронным письмом по указанию председателя состава арбитража предложил Истцу с учетом положений ст. 8 Договора оказания услуг в срок до 10 ноября 2015 г. представить в МКАС при ТПП РФ и Ответчикам сведения о содержании норм права Турецкой Республики, на которые Истец ссылается как на основание своих требований. Сведения было предложено предоставить в переводе на русский язык.

<...>

10 ноября 2015 г. было проведено устное слушание дела, в котором принял участие представитель Истца. Ответчики, надлежащим образом извещенные о времени и месте заседания, в заседании представлены не были.

В ходе заседания представитель Истца поддержала заявленные иски. В связи с вопросом арбитров о том, перешли ли требования, уступаемые по Договору будущей цессии, от Истца к Ответчику 1, представитель Истца пояснила, что, согласно Договору будущей цессии, уступаемые права переходят с момента их полной оплаты, однако оплата была произведена Ответчиком 1 лишь частично.

Относительно природы Договора будущей цессии представитель Истца высказала мнение о том, что по нему Ответчик 1 принял на себя ответственность за исполнение Ответчиком 2 обязательств по Договору оказания услуг, с учетом чего Истцом предъявлены солидарные требования к Ответчикам.

По результатам заседания 10 ноября 2015 г. состав арбитража постановил отложить устное слушание дела на 2 февраля 2016 г., о чем было вынесено соответствующее постановление МКАС при ТПП РФ.

Повестка о времени и месте следующего заседания, отложенного на 2 февраля 2016 г., была направлена сторонам 16 ноября 2015 г. Согласно имеющимся в деле почтовым уведомлениям, повестка была доставлена Ответчикам по указанным ими адресам, но не была им вручена.

<...>

2 февраля 2016 г. состоялось второе заседание по делу, в котором принял участие представитель Истца. Ответчики, надлежащим образом извещенные о времени и месте заседания, в заседании представлены не были.

Состав арбитража установил, что повестки направлены Ответчикам в соответствии с § 16, п. 2 § 32 Регламента МКАС при ТПП РФ.

Заявлений об отложении устного слушания дела от Ответчиков не поступало. От имени Ответчика 1 в МКАС при ТПП РФ поступило ходатайство об отложении судебного заседания, подписанное г-ном Однако к ходатайству не были приложены документы, подтверждающие полномочия указанного лица. Состав арбитража констатировал, что ходатайство не может быть рассмотрено по существу, поскольку оно представлено лицом, полномочия которого неизвестны.

С учетом изложенного, принимая во внимание позицию представителя Истца, настаивавшего на проведении устного слушания дела в отсутствие представителей Ответчиков, состав арбитража, руководствуясь п. 4 § 32 Регламента МКАС при ТПП РФ, пришел к выводу о том, что дело может быть рассмотрено в отсутствие представителей Ответчиков.

Отводов составу арбитража не заявлялось.

Отвечая на вопрос арбитров о статусе Ответчика 2, представитель Истца сообщил, что Истцом получена апостилированная публикация в газете Торгового реестра Стамбула от ... 2014 г. о том, что Ответчик 2 ликвидирован 25 сентября 2014 г. Несмотря на данное обстоятельство, представитель Истца заявил, что Истец поддерживает свои требования к обоим Ответчикам в полном объеме.

В ходе заседания Истец представил выписку из Турецкого обязательственного кодекса от 11 января 2011 г., содержащую положения ст. 163, 164, 166 и 183 данного Кодекса с переводом на русский язык, которая была приобщена составом арбитража к материалам дела.

По итогам заседания состав арбитража постановил отложить устное слушание дела на 30 марта 2016 г. При этом арбитры предложили Истцу в срок до 16 февраля 2016 г. представить в МКАС при ТПП РФ и в копии Ответчикам нотариально удостоверенный перевод извлечения из публикации в газете Торгового реестра Турции от 1 октября 2014 г. Ответчикам было предложено в срок до 16 марта 2016 г. представить в МКАС при ТПП РФ и в копии Истцу и другому Ответчику мнения относительно представленных Истцом документов, а также документы, подтверждающие полномочия представителей.

Повестка о времени и месте следующего заседания, отложенного на 30 марта 2016 г., была направлена сторонам 4 февраля 2016 г. Согласно имеющимся в деле почтовым уведомлениям, повестка была получена Истцом 15 февраля 2016 г., Ответчиком 1 — 17 февраля 2016 г.; Ответчику 2 повестка была доставлена по указанному в иске адресу, но не была вручена ему.

15 февраля 2016 г. в МКАС при ТПП РФ поступило письмо Истца с приложением копии публикации Управления торгового реестра г. Стамбула в газете Торгового реестра Турции за ... 2014 г. о прекращении деятельности и ликвидации Ответчика 2 с апостилом и нотариально удостоверенным переводом на русский язык.

<...>

29 марта 2016 г. в МКАС при ТПП РФ поступило ходатайство об отложении заседания, подписанное от имени Ответчика 1 г-ном Ходатайство было мотивировано невозможностью передачи доверенности на новый срок полномочий в течение времени, достаточного для прибытия в заседание.

30 марта 2016 г. состоялось третье заседание по делу, в котором приняла участие представитель Истца. Ответчики, надлежащим образом извещенные о времени и месте заседания, в заседании представлены не были.

Состав арбитража констатировал, что повестки были направлены Ответчикам в соответствии с § 16, п. 2 § 32 Регламента МКАС при ТПП РФ.

Заявлений об отложении устного слушания дела от Ответчиков не поступало. От имени Ответчика 1 в МКАС при ТПП РФ поступило ходатайство об отложении судебного заседания, подписанное г-ном Однако ввиду отсутствия документов, подтверждающих полномочия указанного лица, состав арбитража оставил данное ходатайство без рассмотрения, как подписанное лицом, чьи полномочия не установлены.

С учетом изложенного, принимая во внимание позицию представителя Истца, настаивавшей на проведении устного слушания дела в отсутствие представителей Ответчиков, состав арбитража, руководствуясь п. 4 § 32 Регламента МКАС при ТПП РФ, пришел к выводу о том, что дело может быть рассмотрено в отсутствие представителей Ответчиков.

Отводов составу арбитража не заявлялось.

Представитель Истца поддержала заявленные требования в полном объеме и дополнительно просила взыскать с Ответчиков расходы на ведение дела (расходы на переводы и нотариальное заверение документов, а также непосредственно на ведение дела) в размере ... долл. США.

Представитель Истца подтвердила, что Ответчик 2 ликвидирован 25 сентября 2014 г. На момент заключения Договора будущей цессии Ответчик 2 существовал. Истец не получал извещений о ликвидации Ответчика 2 и намерен оспаривать решение о его ликвидации, поскольку полагает, что оно вынесено с нарушением соответствующей процедуры. Отвечая на вопрос арбитров о том, имеется ли у Истца справка Управления торгового реестра г. Стамбула от 24 ноября 2015 г. № ..., приложенная к ходатайству, поданному 2 февраля 2016 г. г-ном ... от имени Ответчика 1, представитель Истца подтвердила, что этот документ у Истца имеется и им не оспаривается, так как носит официальный характер. По мнению представителя Истца, факт полного прекращения деятельности Ответчика 2 25 сентября 2014 г. сомнений не вызывает.

На вопрос арбитров о том, какое встречное предоставление Ответчик 1 может получить в случае, если он будет понужден к выплате суммы, указанной в Договоре будущей цессии, представитель Истца пояснила, что он сможет обратиться к Ответчику 2 и попытаться оспорить ликвидацию последнего.

Отвечая на вопрос арбитров о правовом статусе Договора оказания услуг с учетом ликвидации Ответчика 2, представитель Истца заявила о том, что Договор оказания услуг надлежащим образом заключен, частично исполнен и действует на момент рассмотрения дела.

<...>

Извлечения из решения

Рассмотрев материалы дела и выслушав в ходе его устного слушания представителей сторон, МКАС при ТПП РФ пришел к следующим выводам.

1. Компетенция МКАС при ТПП РФ

В п. 8.2 Договора оказания услуг имеется арбитражное соглашение следующего содержания:

«В случае получения заявителем претензии отказа в добровольном удовлетворении требования другой стороны, либо неполучения ответа в течение 90 (девяноста) календарных дней с даты

получения другой стороной претензии, заявитель претензии вправе передать все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего Договора или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, подлежат рассмотрению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, г. Москва, Российская Федерация, в соответствии с его регламентом и материальным правом Турецкой Республики. Решение указанного суда будет окончательным и обязательным для Сторон».

Статья 5.1 Договора будущей цессии содержит следующую арбитражную оговорку:

«В случае недостижения сторонами согласия все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего Договора или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, подлежат рассмотрению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (Москва, Российская Федерация) в соответствии с его Регламентом и законодательством Российской Федерации. Решение этого суда будет окончательным и обязательным для исполнения обеими сторонами».

Таким образом, компетенция МКАС при ТПП РФ на рассмотрение данного спора вытекает из арбитражных соглашений, заключенных в письменной форме между Истцом и Ответчиком 1 (ст. 5.1 Договора будущей цессии) и между Истцом и Ответчиком 2 (п. 8.2 ст. 8 Договора оказания услуг).

Настоящий спор вытекает из отношений по оказанию услуг и, следовательно, относится к предметной компетенции МКАС при ТПП РФ в силу п. 2 Положения о МКАС при ТПП РФ (Приложения I к Закону РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-I «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА)), а также п. 1 § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ.

Согласно п. 2 Положения о МКАС при ТПП РФ и п. 1 § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ в МКАС при ТПП РФ могут по соглашению сторон передаваться споры из договорных и иных гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон спора находится за границей. Как следует из материалов дела, Ответчик 1 имеет свое коммерческое предприятие в Республике Панама, Ответчик 2 – в Турецкой Республике.

Ответчик 1 не возражал против компетенции МКАС при ТПП РФ рассматривать спор, признав ее в том числе посредством избрания арбитра и направления в МКАС при ТПП РФ письма от 19 декабря 2014 г. с просьбой об извещении Ответчика 1 по указанному в этом письме адресу.

Пункты 8.1–8.2 ст. 8 Договора оказания услуг предусматривают претензионный порядок разрешения возникающих между сторонами споров, включая требования к оформлению и направлению претензии.

В доказательство соблюдения претензионного порядка разрешения споров Истец представил направленную Ответчикам по почте претензию от 6 августа 2014 г. № ... (получена Ответчиками 11 августа 2014 г., согласно имеющимся в деле почтовым уведомлениям).

С учетом изложенного и на основании п. 2 и 4 § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ состав арбитража признал, что у МКАС при ТПП РФ имеется компетенция на рассмотрение данного спора.

2. Применимое право

Согласно п. 1 § 26 Регламента МКАС при ТПП РФ переданные в МКАС при ТПП РФ споры разрешаются в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. При отсутствии какого-либо указания сторон МКАС при ТПП РФ применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми. Во всех случаях МКАС при ТПП РФ принимает решения в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке.

Пункт 8.2 ст. 8 Договора оказания услуг предусматривает, что возникающие из него споры подлежат рассмотрению в соответствии с материальным правом Турецкой Республики. Согласно ст. 9 Договора оказания услуг

«при исполнении настоящего договора будут применяться законы и положения Турецкой Республики».

Пунктом 5.1 Договора будущей цессии предусмотрено, что возникающие из него споры рассматриваются в соответствии с законодательством Российской Федерации. Согласно п. 5.2 Договора будущей цессии

«к отношениям сторон по тем вопросам, которые не урегулированы или не полностью урегулированы Договором, применяются нормы действующего законодательства Российской Федерации».

Таким образом, к настоящему спору применяется право Турецкой Республики в части требований Истца к Ответчику 2 и право Российской Федерации в части требований Истца к Ответчику 1.

3. Фактические обстоятельства

Возражений относительно требований Истца в деле не имеется. Вместе с тем, руководствуясь принципом беспристрастности арбитров, состав арбитража объективно оценил имеющиеся материалы в соответствии с фактическими обстоятельствам дела и дал им правовую оценку.

Состав арбитража установил, что между Истцом и Ответчиком 2 заключен Договор оказания услуг, в соответствии с которым Ответчик 2 обязался выполнить услуги и работы (включая услуги по подготовке документов и подаче заявлений на получение разрешения на строительство, а также инженерные услуги), перечисленные в ст. 5 Договора оказания услуг, а Истец обязался принять их результаты и оплатить их в полном объеме в соответствии с условиями Договора оказания услуг.

Общая стоимость услуг по Договору оказания услуг определена в размере ... долл. США.

Согласно п. 5.5 Договора оказания услуг работы и услуги должны быть выполнены (оказаны) в срок до 31 декабря 2012 г. Этот срок может быть продлен на период времени, необходимый для рассмотрения официальных заявок в администрациях, мэриях, государственных органах.

Порядок оплаты работ (услуг) установлен ст. 7 Договора оказания услуг, согласно которой Истец производит выплату на банковский счет Ответчика 2 общей стоимости ра-

бот частями (пятью траншами со сроками оплаты от 5 до 120 дней после подписания Договора оказания услуг).

Общая стоимость услуг по Договору оказания услуг в размере ... долл. США оплачена Истцом Ответчику 2 в период с 13 сентября 2010 г. по 30 декабря 2010 г., что подтверждается имеющимися в деле счетами Ответчика 2, платежными поручениями Истца и соответствующими справками банка о валютных операциях.

Дополнительным соглашением от 20 мая 2012 г. № 2 в Договор оказания услуг были внесены изменения. Общая стоимость предусмотренных Договором оказания услуг работ была установлена в размере ... долл. США. В п. 1 Дополнительного соглашения от 20 мая 2012 г. № 2 указано, что сумма в размере ... долл. США подлежит возврату Ответчиком 2 Истцу. Согласно п. 2 Дополнительного соглашения от 20 мая 2012 г. № 2 в случае переплаты Ответчик 2 обязуется вернуть Истцу сумму переплаты не позднее чем через 90 дней с момента утверждения и подписания сторонами окончательного акта приемки-передачи услуг.

Из акта сдачи-приемки оказанных услуг по Договору оказания услуг от 19 декабря 2012 г. следует, что Ответчик 2 надлежащим образом оказал, а Истец надлежащим образом полностью оплатил услуги, предусмотренные Договором оказания услуг, на общую сумму ... долл. США.

Согласно Дополнительному соглашению от 1 марта 2013 г. № 2 к Договору оказания услуг

«в соответствии с актом выполненных работ от 19 декабря 2012 года ранее оговоренная сумма уменьшения общей стоимости услуг Исполнителя (сумма переплаты) по договору от 31 августа 2010 г. «Об оказании услуг по разработке проектной документации и получению разрешения на строительство» в размере ... долл. США должна была быть получена Заказчиком в срок до 18 марта 2013 года».

Стороны договорились продлить этот срок до 18 апреля 2013 г. и установили график возврата денежных средств двумя платежами.

По утверждению Истца, Ответчик 2 перечислил Истцу 11 апреля 2013 г. лишь ... долл. США. Таким образом, задолженность Ответчика 2 перед Истцом составляет ... долл. США.

Согласно п. 3 Дополнительного соглашения от 1 марта 2013 г. № 2 в случае невыполнения принятых на себя обязательств Ответчик 2 уплачивает Истцу пени за просрочку выполнения обязательств из расчета 12% годовых, а после 18 апреля 2013 г. – из расчета 18% годовых.

Согласно представленному Истцом расчету, сумма процентов составляет ... долл. США.

Согласно ст. 1 Договора будущей цессии Истец передает, а Ответчик 1 принимает права требования по Договору, а также все права, связанные с указанными правами требования, в том числе право на неуплаченный основной долг, проценты и штрафные санкции, право на возмещение убытков, причиненных неисполнением (ненадлежащим исполнением) обязательств, право на возмещение судебных расходов, а также любые иные связанные с требованиями права в полном объеме. Передаваемые требования включают требование по уплате основного долга в сумме ... долл. США, пени за просрочку уплаты указанной суммы за период до 7 ноября 2013 г. в размере ... долл. США, а также за период после 7 ноября 2013 г. – по ставке 12% годовых, начисляемых на непогашенную часть основного долга вплоть до ее полного погашения.

Согласно п. 2.1 Договора будущей цессии Ответчик 1 в качестве оплаты за уступаемые права требования обязуется выплатить Истцу денежные средства в сумме, равной сумме уступаемых прав требований.

Пунктами 2.2.1 и 2.2.2 Договора будущей цессии установлен график платежей: до 25 февраля 2014 г. — ... долл. США, с февраля 2014 г. до полного погашения всей задолженности — по ... долл. США ежемесячными платежами в срок до 25 числа каждого месяца. При этом в первую очередь погашается начисленная на дату платежа пеня, во вторую очередь — основной долг.

Из п. 3.1 Договора будущей цессии следует, что уступаемые требования переходят к Ответчику 1 с момента оплаты им всех сумм, указанных в п. 2.1 Договора будущей цессии, и поступления этих сумм на счет Истца.

На последней странице Договора будущей цессии имеется датированная 17 декабря 2013 г. отметка Ответчика 2: «Уведомлена и согласна».

В письме от 12 сентября 2014 г. Ответчик 1 признал, что не в состоянии исполнить свои обязательства в установленные сроки и предложил согласовать новый график платежей начиная с октября 2014 г.

4. Статус Ответчика 2. Вопросы правопреемства. Выводы состава арбитража относительно требований Истца к Ответчику 2

В ходе рассмотрения дела были представлены документы, подтверждающие факт ликвидации Ответчика 2.

Истцом представлена публикация Управления торгового реестра г. Стамбула в газете Торгового реестра Турции за ... 2014 г. о прекращении деятельности и ликвидации Ответчика 2 с апостилом и нотариально удостоверенным переводом на русский язык. Из данной публикации следует, что 19 сентября 2014 г. было проведено общее собрание акционеров Ответчика 2, находящегося в состоянии ликвидации. Собрание было проведено в полном соответствии с положениями Торгового кодекса Турции. Собрание обсудило ликвидационный баланс Ответчика 2, одобрило отчет о деятельности Ответчика 2 в период ликвидации и финансовую отчетность. Деятельность арбитражного управляющего в отношении процедур ликвидации была признана надлежащей, процесс ликвидации Ответчика 2 — завершенным. Из публикации также следует, что по завершении процесса ликвидации Ответчик 2 не имеет дебиторской и кредиторской задолженности. Аналогичные сведения указаны в справке Управления торгового реестра г. Стамбула от 24 ноября 2015 г. № ...

В ходе устного слушания дела 30 марта 2016 г. представитель Истца сообщила о том, что справка Управления торгового реестра г. Стамбула от 24 ноября 2015 г. № ... Истцом не оспаривается, поскольку этот документ носит официальный характер. Кроме того, представитель Истца подтвердила, что в отношении Ответчика 2 зарегистрировано полное прекращение его деятельности.

Состав арбитража отмечает, что по общему правилу личным законом юридического лица считается право страны, где учреждено юридическое лицо (п. 1 ст. 1202 ГК РФ). На основе личного закона юридического лица определяются, в частности, статус организации в качестве юридического лица, вопросы создания, реорганизации и ликвидации юридического лица, в том числе вопросы правопреемства (п. 2 ст. 1202 ГК РФ).

Таким образом, вопросы, связанные с ликвидацией Ответчика 2, должны решаться в соответствии с правом Турции.

Содержание норм турецкого права по указанным вопросам стороны не представили.

Несмотря на предпринятые составом арбитража попытки установить содержание положений законодательства Турецкой Республики, относящихся к правовому статусу Ответчика 2, точное содержание соответствующих положений закона установить не удалось. В то же время состав арбитража отмечает, что сведения о ликвидации Ответчика 2 подтверждены документами официальных органов Турецкой Республики. Эти документы заверены путем проставления апостиля и снабжены нотариально удостоверенным переводом на русский язык. В них имеются ссылки на соблюдение в процессе ликвидации Ответчика 2 применимых положений турецкого законодательства. При этом у состава арбитража отсутствуют основания сомневаться в том, что факт ликвидации Ответчика 2 действительно имел место, а процедура ликвидации проведена и завершена в соответствии с применимыми нормами права Турции.

В ходе устного слушания дела представители Истца ссылались на то, что, по их мнению, в ходе ликвидации Ответчика 2 нарушены права Истца, поскольку Истец не был уведомлен о процессе ликвидации Ответчика 2. Однако, по мнению состава арбитража, данное суждение не влияет на вывод о том, что факт ликвидации Ответчика 2 состоялся. Данный факт Истец не оспаривал. При этом состав арбитража отмечает, что проверка правильности процедур ликвидации Ответчика 2 не относится к компетенции МКАС при ТПП РФ.

Ликвидация юридического лица предполагает прекращение его прав и обязанностей без правопреемства. Состав арбитража обращает внимание на указание в представленной Истцом публикации Управления торгового реестра г. Стамбула в газете Торгового реестра Турции за ... 2014 г. на отсутствие у Ответчика 2 после завершения его ликвидации кредиторской или дебиторской задолженности. В справке Управления торгового реестра г. Стамбула от 24 ноября 2015 г. № ... говорится о том, что 25 сентября 2014 г. в торговом реестре зарегистрировано полное прекращение деятельности Ответчика 2. При таких обстоятельствах у состава арбитража имеются основания для вывода о том, что Ответчик 2 прекратил существовать в качестве субъекта права и участника (стороны) Договора оказания услуг. Сведений о том, что права и обязанности Ответчика 2 Договора оказания услуг перешли к другому лицу, в деле не имеется. В связи с этим требования Истца к Ответчику 2 не могут быть рассмотрены по существу.

Пункт 2 § 26 Регламента МКАС при ТПП РФ предусматривает:

«При решении вопросов, не урегулированных ни Регламентом, ни соглашением сторон, МКАС с соблюдением положений применимого законодательства о международном коммерческом арбитраже ведет разбирательство таким образом, какой считает надлежащим, соблюдая при этом равное отношение к сторонам и предоставляя каждой стороне необходимые возможности для защиты своих интересов.»

Состав арбитража отмечает, что Закон о МКА и Регламент МКАС при ТПП РФ не предусматривают в качестве специального и самостоятельного основания прекращения арбитражного разбирательства ликвидацию организации, являющейся стороной арбитражного разбирательства.

В то же время согласно п. 2 ст. 32 Закона о МКА третейский суд выносит постановление о прекращении арбитражного разбирательства, в частности, когда третейский суд находит, что продолжение разбирательства стало по каким-либо причинам ненужным

или невозможным. Согласно подп. «в» п. 2 § 45 Регламента МКАС при ТПП РФ постановление о прекращении арбитражного разбирательства выносится,

«когда состав арбитража находит, что продолжение разбирательства стало по каким-либо причинам ненужным или невозможным, в частности, при отсутствии предпосылок, необходимых для рассмотрения и разрешения дела по существу, в том числе если из-за бездействия истца дело остается без движения более шести месяцев».

По мнению состава арбитража, рассмотрение по существу исковых требований к Ответчику 2 невозможно в связи с его ликвидацией, что является основанием для прекращения арбитражного разбирательства в отношении Ответчика 2 без вынесения решения (п. 2 ст. 32 Закона о МКА, подп. «в» п. 2 § 45 Регламента МКАС при ТПП РФ).

5. Выводы состава арбитража по требованиям Истца к Ответчику 1

Пунктом 2.1 Договора будущей цессии предусмотрена обязанность Ответчика 1 выплачивать Истцу денежные средства в сумме, равной сумме уступаемых прав требований. Объем и характер передаваемых требований указаны в п. 1.2 Договора будущей цессии. К ним относятся требования по возврату основного долга в размере ... долл. США, уплате пени за просрочку платежа на эту сумму за период до 7 ноября 2013 г. в размере ... долл. США и за период после 7 ноября 2013 г. по ставке 12% годовых.

Пунктом 2.2.2 Договора будущей цессии предусмотрена оплата Ответчиком 1 уступаемых требований ежемесячными платежами до их полного погашения. При этом в первую очередь погашаются начисленная на дату платежа пеня, а во вторую очередь — основной долг.

Истец подтвердил, что 24 декабря 2013 г. Ответчик 1 уплатил ему сумму в размере ... долл. США. Указанная сумма принята Истцом в счет оплаты процентов. В остальной части обязанность Ответчика 1 по оплате уступаемых требований не исполнена. Факт неисполнения указанной обязанности в сроки, предусмотренные Договором будущей цессии, подтвержден Ответчиком 1 в письме от 12 сентября 2014 г.

Согласно п. 3.1 Договора будущей цессии передаваемые по нему права передаются Ответчику 1 с момента оплаты всех сумм, указанных в п. 2.1 Договора будущей цессии. Поскольку обе стороны Договора будущей цессии не оспаривают, что суммы, указанные в п. 2.1 Договора будущей цессии, не были полностью перечислены Ответчиком 1 на счет Истца, состав арбитража констатирует, что права требования к Ответчику 2 не перешли от Истца к Ответчику 1 и на момент вынесения настоящего решения по-прежнему принадлежали бы Истцу при условии существования Ответчика 2 в качестве юридического лица и участника Договора оказания услуг.

При рассмотрении настоящего дела состав арбитража установил, что в связи с ликвидацией Ответчика 2 все его права и обязанности по Договору оказания услуг прекращены. Таким образом, права требования Истца к Ответчику 2 не могут быть реализованы и должны считаться погашенными.

Пунктом 2.1 Договора будущей цессии предусмотрено, что осуществляемая по нему уступка прав требования является возмездной. Состав арбитража полагает, что Договор будущей цессии является синаллагматическим и изначально был основан на встречном предоставлении сторонами Договора будущей цессии материальных благ, имеющих рыночную ценность: прав требований к Ответчику 2, с одной стороны, и определенной Договором будущей цессии денежной суммы, с другой стороны.

Поскольку в настоящее время осуществление прав требований к Ответчику 2 является невозможным в силу ликвидации последнего, принудительное исполнение обязанности Ответчика 1 по уплате денежных средств, предусмотренных Договором будущей цессии, в пользу Истца неизбежно привело бы к неосновательному обогащению последнего, так как предоставляемое им встречное исполнение — предусмотренные Договором будущей цессии права требования к Ответчику 2 — утратило какую-либо рыночную стоимость.

С учетом установленного в российском праве общего принципа недопустимости неосновательного обогащения (ст. 1102 ГК РФ) состав арбитража полагает, что удовлетворение требований Истца о взыскании с Ответчика 1 денежных средств, предусмотренных Договором будущей цессии, было бы неправомерным с учетом невозможности исполнения Договора будущей цессии Истцом.

Состав арбитража отмечает, что в ходе устного слушания дела Истец предполагал, что по Договору будущей цессии Ответчик 1 принял на себя ответственность за исполнение Ответчиком 2 своих обязательств по Договору оказания услуг. Таким образом, Истец считал, что Договор будущей цессии опосредует отношения поручительства. Состав арбитража находит этот довод неубедительным. Из содержания Договора будущей цессии, иных документов, имеющихся в деле (в том числе электронной переписки Истца и Ответчика 1), не следует вывод о том, что Ответчик 1 принял на себя ответственность за исполнение Ответчиком 2 обязательств, вытекающих из Договора оказания услуг. В Договоре будущей цессии говорится о том, что Ответчик 2 лишь уведомлен и согласен с уступкой Истцом Ответчику 1 прав требования Истца к Ответчику 2. При этом передача прав требований обусловлена предварительной и полной оплатой Ответчиком 1 стоимости этих требований.

На основании изложенного состав арбитража решил отказать в удовлетворении требований Истца к Ответчику 1 о взыскании денежных средств по Договору будущей цессии.

6. Издержки и арбитражный сбор

<...>

Учитывая изложенное и руководствуясь § 37–39 Регламента МКАС при ТПП РФ, МКАС при ТПП РФ при ТПП РФ

РЕШИЛ:

1. Арбитражное разбирательство по иску Истца — открытого акционерного общества А, имеющего местонахождение на территории России, к Ответчику 2 — компании В, имеющей местонахождение на территории Турции, о взыскании задолженности по возврату переплаты в сумме ... долл. США, пени за просрочку платежей в сумме ... долл. США, расходов по уплате арбитражного сбора в сумме ... долл. США и издержек по ведению дела в сумме ... долл. США прекратить без вынесения решения.

2. В удовлетворении иска Истца — открытого акционерного общества А, имеющего местонахождение на территории России, к Ответчику 1 — компании Б, имеющей местонахождение на территории Панамы, о взыскании задолженности по возврату переплаты в сумме ... долл. США, пени за просрочку платежей в сумме ... долл. США, расходов по уплате арбитражного сбора в сумме ... долл. США и издержек по ведению дела в сумме ... долл. США отказать.

Краткий комментарий к решению МКАС при ТПП РФ от 7 июля 2016 г. по делу № 271/2015

Публикуемое решение МКАС при ТПП РФ свидетельствует о растущем количестве споров между зарубежными компаниями, передаваемых на рассмотрение в МКАС при ТПП РФ как в нейтральное арбитражное учреждение и, как следствие, увеличении популярности МКАС при ТПП РФ в вопросе рассмотрения споров без участия российской стороны.

Спор, по которому вынесено решение, возник между компанией, имеющей местонахождение на территории Италии, и совместным обществом с ограниченной ответственностью, имеющим местонахождение на территории Республики Беларусь. Стороны заключили договор, по которому итальянская компания (истец по данному делу) должна была изготовить и поставить белорусскому обществу (ответчику) оборудование, а белорусское общество обязалось принять его и оплатить. Впоследствии ввиду неисполнения белорусской стороной своих обязательств по договору итальянская компания обратилась в МКАС при ТПП РФ с требованием о взыскании цены изготовленного ею оборудования и штрафа. Состав арбитража, рассмотрев доводы сторон, посчитал требования истца обоснованными и удовлетворил их в полном объеме.

Несмотря на то что сам по себе подобный спор является весьма типичным для практики МКАС при ТПП РФ, следует выделить несколько моментов, касающихся определения составом арбитража применимого права, которые, как нам кажется, представляют особый интерес в данном решении.

В первую очередь обращает на себя внимание содержащаяся в договоре оговорка о применимом праве. Так, стороны указали в договоре, что будут руководствоваться Конвенцией ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 11 апреля, 1980 г.) (далее – Венская конвенция) и Конвенцией о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров (Гаага, 22 декабря 1986 г.) (далее – Гаагская конвенция). Применение МКАС при ТПП РФ Венской конвенции, а также ее выбор в качестве применимого права – довольно распространенное явление для трансграничных сделок купли-продажи товаров¹. Гораздо больший интерес в приведенной выше оговорке представляет выбор сторонами второго документа – Гаагской конвенции. Как известно, Гаагская конвенция (что также следует из ее названия) не содержит материально-правовые нормы, а предусматривает некую систему коллизионных норм, позволяющих определить право, применимое к сделкам международной купли-продажи товаров. Таким образом, оговорка, включенная в договор, предусматривала не выбор сторонами применимого права (за исключением выбора Венской конвенции), а способ его определения.

Гаагская конвенция была разработана по двум основным причинам: во-первых, она должна была внести ряд изменений и дополнений в предшествующую ей Конвенцию о праве, примени-

¹ См., например, решения МКАС при ТПП РФ от 25 апреля 2016 г. по делу № 170/2015, от 31 июля 2015 г. по делу № 15/2015.

мом к международной купле-продаже товаров (Гаага, 15 июня 1955 г.), а во-вторых, — дополнить положения Венской конвенции в части определения субсидиарного статута². Таким образом, значение этого документа заключается в том, что он содержит более полные по сравнению с предшествующими документами ответы на вопросы о том, какое право применить в той или иной ситуации международной купле-продажи. В Гаагскую конвенцию, в частности, включены правила, определяющие сферу действия применимого права, возможность применения права, с которым договор с учетом всех обстоятельств имеет более тесную связь; Гаагской конвенцией предусматривается возможность сторон договориться о подчинении договора купли-продажи в целом или в его части какому-либо иному праву, помимо того, которым он регулировался ранее, и т.д.

Не умаляя значение Гаагской конвенции, МКАС при ТПП РФ вместе с тем отказал в ее применении при разрешении данного спора по следующим причинам.

Как известно, существуют два варианта толкования арбитражем указания в договоре на тот или иной правовой акт: во-первых, отсылка может свидетельствовать о реализации сторонами общепринятого принципа автономии воли, т.е. о выборе применимого права, которое замещает объективно применимое право (право, которое применялось бы в том случае, если бы стороны не достигли соглашения в выборе другого правопорядка); во-вторых, отсылка сторон к определенному правовому акту может быть расценена как простая инкорпорация норм такого акта в текст договора, в результате чего они приобретают статус согласованных договорных условий, однако не заменяют объективно применимое право³. В комментируемом решении состав арбитров оценил ссылку сторон на Гаагскую конвенцию, принимая во внимание оба варианта.

Отвечая на вопрос о возможности ее отнесения к числу инкорпорированных в текст договора согласованных условий, состав арбитража отметил, что ссылка на Гаагскую конвенцию в оговорке о применимом праве сделана таким образом, что она могла бы применяться именно как применимое право, а не как условия, имплементированные в текст договора.

Рассматривая ссылку на Гаагскую конвенцию как возможный выбор сторонами применимого права, МКАС при ТПП РФ, отказывая в ее применении, обратил внимание на два момента: во-первых, как отмечено в решении, Гаагская конвенция до сих пор не вступила в силу⁴; во-вторых, ни Италия, ни Республика Беларусь не подписали и не ратифицировали Гаагскую конвенцию.

Вопрос о том, какие нормы стороны могут выбрать в качестве права, применимого к возникшим между ними отношениям, относится к числу дискуссионных. В комментируемом решении интересной представляется аргументация МКАС при ТПП РФ при отказе в применении в качестве применимого права выбранной сторонами Гаагской конвенции, как не вступившей в силу. В доктрине такие не вступившие в силу международные договоры иногда относят к так называемым «вненациональным» источникам, которые на практике ча-

² См. подробнее об истории разработки данного документа: Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М.: Статут, 2004 (СПС «КонсультантПлюс»).

³ См. подробнее: Асосков А.В. Право, применимое к договорным обязательствам: европейская реформа и российское международное частное право // Вестник гражданского права. 2009. Т. 9. № 2 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ Причиной явились расхождения в доктрине, а также в практике применения континентальной и англосаксонской систем международного частного права, ставшие препятствием для признания этих конвенций достаточным числом государств (см.: Отдельные виды обязательств в международном частном праве: монография. 2-е изд., перераб. и доп. / В.Н. Борисов, Н.В. Власова, Н.Г. Доронина и др.; Отв. ред. Н.Г. Доронина, И.О. Хлестова. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ; ИНФРА-М, 2014 (автор гл. 1 – М.П. Шестакова) (СПС «КонсультантПлюс»)).

сто расцениваются как имплементированные в текст договора, т.е. не замещающие объективно применимое право⁵.

Пункт 1 ст. 1186 ГК РФ устанавливает, что особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, устанавливаются законом о международном коммерческом арбитраже. Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (ст. 28), в свою очередь, повторяет ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже и указывает, что третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. Таким образом, российский закон и Типовой закон ЮНСИТРАЛ дают сторонам возможность выбирать в качестве применимого не только право в объективном смысле, но и любые «нормы права». К таковым доктрина относит «нормы, составляющие часть какой-то определенной национальной правовой системы, но также и правовые нормы, разработанные на международном уровне. Положения, которые могут быть избраны сторонами в качестве применимого права, могут включать нормы, содержащиеся в конвенциях или аналогичных юридических текстах, разработанных на международном уровне. Благодаря этому положения, которые могут быть избраны сторонами в качестве применимого права, могут включать нормы, содержащиеся в конвенциях или аналогичных юридических актах, разработанных на международном уровне, даже если они еще не приобрели обязательной силы в качестве права определенного государства»⁶. Употребление словосочетания «нормы права», таким образом, не только дает сторонам возможность выбора права какой-либо национальной системы, но и включает выбор норм права, не имеющих национальной принадлежности, или норм наднационального характера⁷.

Ввиду вышеизложенного отказ состава арбитража от применения к данному спору Гаагской конвенции скорее мог бы быть связан с ее коллизионно-правовым содержанием, но не со вступлением в силу / участием в ней государств, к которым относятся стороны. Необходимо также отметить, что при формулировании своих требований друг к другу в ходе рассмотрения настоящего спора стороны, как следует из текста решения, не ссылались на Гаагскую конвенцию. Одновременно, однако, из текста решения неясно, предпринял ли состав арбитража попытку установить действительное волеизъявление сторон по включению данного международного договора в оговорку о применимом праве.

⁵ К «внеа национальным источникам» относят различного рода регуляторы, не относящиеся к национальным правовым системам. В данную категорию попадают международные договоры, которые не вступили в силу или утратили силу, модельные и типовые законы, сборники обычаев и обыкновений, подготовленные международными организациями своды договорного права, религиозные источники, которые не санкционированы государством (см.: Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 324).

⁶ Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М.: Юристъ, 2002. С. 315–316 (автор комментария к ст. 1186 – В.П. Звекон).

⁷ В Пояснительной записке к Типовому закону ЮНСИТРАЛ указывается, что наличие ссылки на выбор «норм права», а не «права» обеспечивает расширение возможностей выбора сторон в том, что касается определения права, применимого к существу спора. Например, стороны могут договориться о нормах права, которые были разработаны международным форумом, но пока еще не включены ни в какую национальную правовую систему (см.: Пояснительная записка Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже // Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. 1985 год. С изменениями, принятыми в 2006 году. Вена: ООН, 2008. С. 34 (п. 39) (доступно в Интернете по адресу: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf)).

Интересно также отметить, что не все страны поддержали включение такой формулировки в ст. 28 Типового закона (см. подробнее дискуссию по данному вопросу: <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/326meeting-e.pdf>; <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/327meeting-e.pdf>).

Вместе с тем важно обратить внимание на следующее. Признав выбор сторонами Венской конвенции в качестве применимого права, МКАС при ТПП РФ посчитал необходимым также определить субсидиарный статут применительно к данному спору. Сделано это было путем обращения к коллизионной норме, которую МКАС при ТПП РФ посчитал в данном случае применимой, а именно ст. 1211 ГК РФ, предусматривающей применение права страны, где на момент заключения договора находилось основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Такой стороной в договоре купли-продажи является продавец, поэтому МКАС при ТПП РФ посчитал, что субсидиарным статутом по вопросам, которые не урегулированы договором и Венской конвенцией, будет право Итальянской республики. Отказывая в применении Гаагской конвенции, состав арбитров одновременно отметил, что ее применение привело бы к тому же выводу, что и применение российской коллизионной нормы. Таким образом, неприменение выбранной сторонами Гаагской конвенции на выводы арбитров в конечном итоге не повлияло.

В заключение рассмотрения данного вопроса следует отметить, что стороны крайне редко выбирают в качестве применимого права документы, содержащие исключительно коллизионные нормы. Публикация настоящего решения позволяет обратить внимание участников трансграничных коммерческих сделок на то, стоит ли вообще включать оговорки с подобным содержанием в тексты заключаемых ими контрактов.

Второй интересный момент в публикуемом решении – обращение МКАС при ТПП РФ по собственной инициативе к Принципам международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 при разрешении конкретных вопросов, связанных с данным спором. Принципы УНИДРУА, так же как и не вступившие в силу международные договоры, относят к так называемым «вненациональным» источникам.

Как следует из решения, порядок оплаты оборудования согласно договору включал внесение авансового платежа, а также открытие ответчиком аккредитива. При рассмотрении спора встал вопрос о сроке открытия ответчиком аккредитива для оплаты изготовленного истцом оборудования. Ответчик настаивал на том, что он данный срок не нарушил, поскольку таковой не был установлен договором. Анализ текстов договора (на итальянском и на русском языках) показал, что стороны действительно не пришли к четкой договоренности по данному вопросу.

Для определения срока открытия аккредитива МКАС при ТПП РФ в первую очередь обратился к выбранному сторонами праву – Венской конвенции. Согласно ее ст. 8 заявления и иное поведение стороны толкуются в соответствии с тем пониманием, которое имело бы разумное лицо, действующее в том же качестве, что и другая сторона при аналогичных обстоятельствах. При определении намерения стороны или понимания, которое имело бы разумное лицо, необходимо учитывать все соответствующие обстоятельства, включая переговоры, любую практику, которую стороны установили в своих взаимных отношениях, обычаи и любое последующее поведение сторон.

Далее МКАС при ТПП РФ посчитал необходимым, как отмечено в решении, апеллировать к «основополагающим принципам международной торговли», которые нашли свое отражение в Принципах УНИДРУА. Статья 4.8. этого документа посвящена ситуации, в которой необходимо исполнить опущенное сторонами договора условие. Как указано в официальном комментарии к Принципам УНИДРУА, опущенные условия появляются, когда после заключения договора возникает вопрос, который стороны не решили в своем договоре либо потому, что предпочли его не касаться, либо потому, что не принимали его во внимание⁸.

⁸ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / Пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Статут, 2013.

Вышеуказанная статья предусматривает, что если стороны договора не согласовали условие, являющееся важным для определения их прав и обязанностей, то договор исполняется условием, представляющим соответствующим при данных обстоятельствах. Для того чтобы определить, является ли условие соответствующим, прежде всего следует учесть намерение сторон, которое должно быть выяснено, помимо прочих факторов, из условий, прямо выраженных в договоре, из предшествующих переговоров или любого поведения после заключения договора.

При определении того, какое условие является соответствующим, должны быть, помимо прочих факторов, приняты во внимание: а) намерение сторон; б) характер и цель договора; в) добросовестность и честная деловая практика; д) разумность.

Кроме того, Принципы УНИДРУА содержат специальную статью, позволяющую решить вопрос с опущенным условием применительно к срокам совершения того или иного действия по договору, в случае если он не установлен. Так, ст. 6.1.1. Принципов УНИДРУА предусматривает, что если стороны договора не установили срок или период исполнения какого-либо обязательства, то такое обязательство должно было быть исполнено в течение разумного срока после заключения договора.

Применение вышеуказанных правил позволило МКАС при ТПП РФ сделать вывод о том, что ответчик должен был открыть аккредитив в разумные сроки после заключения контракта, а именно не позднее даты проведения предварительных испытаний оборудования.

Таким образом, можно констатировать, что публикуемое решение демонстрирует гибкий подход МКАС при ТПП РФ к определению норм, применимых к рассматриваемому спору. Такой подход заключается, в частности, в готовности применить Принципы УНИДРУА даже в отсутствие отсылки к ним в оговорке о применимом праве в тех случаях, когда это оправдано обстоятельствами конкретного дела⁹.

Наконец, в заключение следует обратить внимание на то, что при решении иных важных вопросов, относящихся к рассмотрению данного спора, МКАС при ТПП РФ руководствовался принципами разумности, добросовестности и честной деловой практики. Так, в решении арбитры неоднократно обращали внимание на наличие в действиях ответчика признаков недобросовестности. В частности, ответчик настаивал на несогласованности условий договора, касающихся признаков оборудования; при этом было доказано, что переговоры о заключении договора велись сторонами несколько месяцев, ответчику были направлены все необходимые образцы, и ни в одном из писем истцу ответчик не упоминал, что ему неизвестны какие-либо характеристики оборудования. МКАС при ТПП РФ посчитал такое заявление ответчика о несогласованности предмета договора недобросовестным. Отрицал ответчик и необходимость оплаты оборудования, поскольку последнее не было ему поставлено. Арбитры отметили, что подобные заявления не основаны на принципах разумности и добросовестности, поскольку в обязанности покупателя по договору купли-продажи товара входит в том числе совершение всех необходимых формальностей для оплаты товара. Ответчик такие формальности (открытие аккредитива) не выполнил, чем нарушил свои договорные обязательства.

М.В. Радецкая,

*консультант Исследовательского центра частного права
имени С.С. Алексеева при Президенте РФ*

⁹ См. подробнее о подходах к применению Принципов УНИДРУА в практике МКАС при ТПП РФ: Вилкова Н.Г. Указ. соч. Конкретные примеры применения Принципов УНИДРУА в практике МКАС при ТПП РФ в отсутствие соглашения сторон см.: Жильцов А.Н. Применение раздела VI части третьей ГК РФ в практике МКАС при ТПП РФ // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. № 2(9). С. 10–29.

**МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД
ПРИ ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЕ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

РЕШЕНИЕ

7 июля 2016 г.

Дело № 271/2015

Стороны

Истец — компания, имеющая местонахождение на территории Италии.

Ответчик — совместное общество с ограниченной ответственностью, имеющее местонахождение на территории Республики Беларусь.

[Нормативные акты и правовые институты, имеющие отношение к спору:
договор поставки;
аккредитив;
применимое право;
субсидиарный статут;
применение не вступившего в силу международного договора;
восполнение опущенного условия;
принципы добросовестности, разумности и честной деловой практики;
приостановление исполнения обязательства;
разумный срок;
ст. 1211 ГК РФ;
ст. 7, 16, 28 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»;
п. 1 § 2, § 37–39 Регламента МКАС при ТПП РФ;
п. 2 ст. 7, п. 2 ст. 8, п. 1 ст. 14, ст. 53, 54, 61–65, подп. «b» п. 1 ст. 71, ст. 74–77, 88 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 г.);
п. 2 § 6, § 9 Положения об арбитражных сборах и расходах (Приложения к Регламенту МКАС при ТПП РФ);
Инкотермс 2010;
п. 1 ст. 4.8, ст. 6.1.1. Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010.]

Факты

7 декабря 2015 г. в Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее — МКАС при ТПП РФ) поступило исковое заявление от компании, имеющей местонахождение на территории Италии (далее — Истец), к совместному обществу с ограниченной ответственностью, имеюще-

му местонахождение на территории Республики Беларусь (далее – Ответчик; совместно с Истцом – Стороны), о взыскании ... евро.

Как указывается в исковом заявлении, между Истцом и Ответчиком 22 мая 2015 г. был заключен Контракт № ... (далее – Контракт), согласно которому Истец обязался поставить на условиях «DAP, склад в г. Молодечно, Республика Беларусь (Инкотермс 2010)», а Ответчик обязался принять и оплатить оборудование (приложение № 1 к Контракту). Цена оборудования составляет ... евро. Подписанию Контракта предшествовали переговоры и электронная переписка, а также направление Истцом коммерческого предложения № ... в адрес Ответчика 11 марта 2015 г.

Срок поставки оборудования стороны определили в 110 календарных дней с момента поступления авансового платежа и получения Истцом от Ответчика образцов (п. 5.1. Контракта).

В п. 10.1. Контракта Стороны согласовали порядок оплаты:

– авансовый платеж – 20% от цены оборудования, что составляет ... евро, – уплачивается Ответчиком в течение 10 календарных дней с момента подписания Контракта;

– оставшуюся часть цены оборудования (... евро) Ответчик обязуется оплатить путем открытия безотзывного аккредитива в согласованном Сторонами банке (ОАО «Б»). Исполнение по этому аккредитиву осуществляется против предоставления поставщиком документов, выписанных на имя покупателя, а именно:

платеж в сумме ... евро (90% от суммы аккредитива):

– коммерческого инвойса;

– международной транспортной накладной *CMR* с печатью перевозчика о принятии оборудования к перевозке;

– сертификата происхождения, выданного ТПП Италии;

– акта об успешном прохождении предварительных испытаний на заводе поставщика или одностороннего заявления поставщика в случае неявки представителей Ответчика на предварительные испытания;

платеж в сумме ... евро (10% от суммы аккредитива):

– акта приемки оборудования и акта передачи документов, определенных в п. 8.3. Контракта;

– акта сдачи-приемки выполненных работ по запуску и испытанию оборудования.

Истец обязался уведомить Ответчика о времени и месте проведения предварительных испытаний на заводе Истца не позднее чем за 30 календарных дней до их начала (п. 6.1 Контракта). Уклонение Ответчика от посещения предварительных испытаний, согласно Контракту, дает Истцу право составить одностороннее заявление, которое заменит совместный акт Сторон. Истец подтвердил, что Ответчик оплатил аванс в размере ... евро двумя платежами, что подтверждается платежными поручениями № ... и ... от 25 мая 2015 г.

16 июня 2015 г. Истец получил образцы в соответствии с п. 2.1 Контракта (документы, подтверждающие направление образцов приложены к исковому заявлению). Таким образом, с 16 июня 2015 г. начал течь срок производства и поставки оборудования (110 календарных дней), который истек 4 октября 2015 г.

Несмотря на то что Стороны длительное время вели переговоры и согласования по вопросу открытия Ответчиком аккредитива (электронные письма Ответчика от 20 мая, 6 июля 2015 г. (в нем Ответчик указал срок открытия аккредитива – 8–9 июля 2015 г.), письмо Ответчика от 14 июля 2015 г. приложены к исковому заявлению), до настоящего времени аккредитив не открыт. В письме от 14 июля 2015 г. Ответчик сообщил Ист-

цу о приостановке сделки в связи с тем, что нашел на рынке предложения по поставке аналогичного оборудования стоимостью ниже, чем договорная стоимость оборудования по Контракту.

<...>

Поскольку ни Контрактом, ни применимым правом не предусмотрено право Ответчика на приостановку исполнения Контракта по такому основанию, учитывая почти полную готовность оборудования и ранее взятые на себя Истцом для изготовления оборудования кредитные обязательства, Истец отклонил просьбу Ответчика и потребовал открытия аккредитива в соответствии с условиями Контракта.

24 июля 2015 г. Истец уведомил Ответчика о назначении предварительных испытаний на 31 августа 2015 г. и предложил Ответчику прислать своих представителей на испытания. Указанное письмо было продублировано Истцом письмами от 24 и 31 августа 2015 г. Несмотря на то что первоначально Ответчик планировал направить своих специалистов для участия в предварительных испытаниях на заводе поставщика, что подтверждается электронными письмами Ответчика от 1 и 5 июля 2015 г., представители Ответчика не явились на испытания.

В связи с неявкой представителей Ответчика на предварительные испытания Истец провел предварительные испытания самостоятельно, о чем уведомил Ответчика письмом от 1 сентября 2015 г. и заявлением от 3 сентября 2015 г. в соответствии с п. 10.1 Контракта.

Также письмом от 1 сентября 2015 г. Истец уведомил Ответчика о готовности оборудования и о приостановке дальнейшего исполнения Контракта до момента исполнения Ответчиком своей обязанности по его оплате.

21 сентября 2015 г. Ответчик направил Истцу претензию, в которой требовал расторжения Контракта в связи с непоставкой оборудования в срок и возврата суммы аванса. Истец отклонил данную претензию в связи с приостановкой исполнения Контракта, а также в связи с тем, что срок поставки оборудования в любом случае истекал лишь 4 октября 2015 г. В свою очередь Истец направил Ответчику претензию, в которой требовал от Ответчика исполнения обязательств по оплате оборудования и уплате суммы штрафа в соответствии с п. 15.1 Контракта.

Истец пояснил, что в соответствии с подп. «b» п. 1 ст. 71 Венской конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 г.) (далее – Венская конвенция), согласно которому сторона может приостановить исполнение своих обязательств, если после заключения договора становится видно, что другая сторона не исполнит значительной части своих обязательств в результате ее поведения по подготовке исполнения или по осуществлению исполнения договора, Истец, руководствуясь письмом Ответчика, приостановил исполнение своих обязательств по Контракту (отгрузку оборудования и проведения пусконаладочных работ на заводе Ответчика) до момента оплаты Ответчиком оборудования.

Истец указал в исковом заявлении, что, приостановив исполнение своих обязательств по Контракту и сохраняя оборудование, он ежедневно несет расходы на его хранение, которые после окончательного исчисления также будут предъявлены для их компенсации Ответчиком. При этом Истец лишен возможности продать оборудование третьим лицам в соответствии со ст. 88 Венской конвенции, поскольку оно изготовлено по индивидуальному заказу Ответчика и не имеет коммерческой ценности для других лиц.

Истец настаивал на том, что обязательство по открытию аккредитива относится к обязательству Ответчика уплатить цену оборудования.

На основании изложенного Истец, руководствуясь ст. 53, 54 и 62 Венской конвенции, требовал взыскания оплаты по Контракту за изготовленное оборудование в размере части цены оборудования, подлежащей уплате Истцу после его изготовления и испытания в соответствии с п. 10.1 Контракта, — ... евро.

Также на основании п. 15.1 Контракта, предусматривающего обязанность Ответчика уплатить штраф в размере 0,1% от общей стоимости Контракта за каждый день просрочки в случае просрочки открытия аккредитива, Истец требовал взыскать с Ответчика уплаты штрафа в размере ... евро. Истец считает, что аккредитив должен был быть открыт не позднее 31 августа 2015 г., т.е. даты проведения предварительных испытаний, поскольку начиная со следующего дня Истец вправе был получить оплату по аккредитиву. С этой даты и до даты подачи иска (17 ноября 2015 г.) Истцом рассчитаны штрафные проценты, сумма которых, по представленным Истцом расчетам, составила ... евро.

Кроме того, в соответствии с § 9 Положения об арбитражных сборах и расходах (Приложения к Регламенту МКАС при ТПП РФ) Истец требует возложить на Ответчика понесенные им расходы в связи с арбитражным разбирательством, в том числе расходы, связанные с защитой интересов Истца через юридических представителей, в размере ... евро и сумму арбитражного сбора ... долл. США. Расходы на юридических представителей подтверждаются договором поручения от 28 октября 2015 г., заключенным Истцом с поверенным на общую сумму ... евро. К исковому заявлению приложена копия *SWIFT*-поручения в подтверждение оплаты первой части вознаграждения поверенного в размере ... евро в соответствии с условиями договора поручения от 28 октября 2015 г.

Компетенция МКАС при ТПП РФ по рассмотрению настоящего спора вытекает из п. 14.1 Контракта, содержащего арбитражную оговорку, а также договоренность сторон о применимом праве:

«...Все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего договора (соглашения) или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в соответствии с его Регламентом. Во всем остальном, что не предусмотрено в контракте, Стороны руководствуются Конвенцией Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (заключена в г. Вене 11.04.1980) и Конвенцией о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров (заключена в г. Гааге 22.12.1986)».

Истец, ссылаясь на п. 2 ст. 7 Венской конвенции и учитывая, что спор рассматривается в МКАС при ТПП РФ на территории Российской Федерации, полагал применимой коллизионную норму ст. 1211 ГК РФ, согласно которой при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору применяется право страны, где на момент заключения договора находится основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора (продавца — для договоров купли-продажи). Поскольку продавцом в Контракте является Истец, зарегистрированной в Италии, Истец полагал применимым субсидиарным статутом по вопросам, прямо не урегулированным Венской и Гаагской конвенциями, итальянское право.

<...>

В заседании арбитража 13 мая 2016 г. представитель Истца поддержал свои исковые требования и доводы, изложенные в исковом заявлении.

По просьбе арбитров представитель Истца пояснил, что переговоры по условиям Контракта начались еще в декабре 2014 г.

Также представитель Истца подтвердил, что оборудование в настоящий момент находится по адресу Истца в состоянии, готовом к отправке Ответчику, что подтверждается письмами Истца от 1 и 23 сентября 2015 г., в которых Истец информировал о том, что он готов предоставить оборудование после открытия Ответчиком аккредитива. Других документов о нахождении оборудования у Истца представителем представлено не было, но он заверил в возможности представления в случае необходимости в дальнейшем.

Представитель Ответчика в заседании 13 мая 2016 г. изложил свои возражения в отношении иска, основанные на следующем.

Ссылаясь на п. 1 ст. 14 Венской конвенции, Ответчик утверждал, что условия Контракта не согласованы и Контракт является незаключенным, поскольку указанное в п. 1.1 Контракта оборудование, поставляемое по Контракту, и его характеристики не позволяют идентифицировать оборудование: отсутствуют тип, вид, назначение комплектующих оборудования, его физические и технические свойства и т.п.

<...>

В связи с вышеизложенным, по мнению Ответчика, требование об оплате оборудования является необоснованным и удовлетворению не подлежит.

Без ущерба для вышеизложенного представитель Ответчика полагал, что оснований для оплаты оборудования сейчас нет, поскольку оно не поставлено Ответчику и Истец не представил доказательств существования оборудования и наличия прав собственности Истца на него.

Истец не исполнил п. 8.2 Контракта, согласно которому поставка оборудования должна быть произведена в срок до 1 сентября 2015 г. Ответчик указал, что оборудование до сих пор находится у Истца, отгрузочных документов, указанных в п. 10.1 Контракта, Ответчику не представлено, поэтому Истец не вправе требовать взыскания стоимости оборудования.

Также Ответчик отметил, что отсутствуют какие-либо доказательства, отражающие характеристики оборудования. Никакой технической документации о проведенных испытаниях Истцом не представлено.

Представитель Ответчика обратил внимание на то, что Истец не представил никаких правоустанавливающих документов на оборудование, что говорит о том, что он не владеет оборудованием и не может подтвердить факт его существования. Поэтому оснований для взыскания стоимости оборудования не имеется.

<...>

По мнению Ответчика, ничто не мешало Истцу осуществить поставку оборудования и требовать потом его оплаты.

Кроме того, представитель Ответчика указал на то, что Истцом избран ненадлежащий способ защиты своего права. Согласно ст. 53 и 54 Венской конвенции покупатель обязан

уплатить цену, в том числе предпринять такие меры, которые могут требоваться согласно договору для того, чтобы сделать возможным осуществление платежа. К таким мерам относится открытие аккредитива. В п. 10.1 Контракта указано, что аккредитив должен быть открыт после подписания Контракта без определения конкретного срока. Поэтому Ответчик считает, что обязательство по открытию аккредитива им не нарушено.

На основании ст. 61 и 62 Венской конвенции Ответчик полагал, что Истец вправе был потребовать от Ответчика лишь открытия аккредитива, но не оплаты оборудования, поэтому оснований для удовлетворения заявленного требования не имеется.

Ответчик полагал, что поскольку оснований для оплаты стоимости оборудования не возникло, то Ответчиком не была нарушена обязанность по оплате и нет оснований для начисления пени. Ответчик также утверждал, что сторонами не согласовано условие о штрафе, поскольку не идентифицирована обязанность, за нарушение которой он установлен.

На основании вышеизложенного Ответчик полагал, что требование о взыскании штрафа является необоснованным, и просил отказать в иске.

По просьбе представителя Истца представитель Ответчика подтвердил, что образцы для изготовления оборудования были направлены поставщику в июне 2015 г.

Представитель Истца обратил внимание арбитража на то, что Ответчик оплатил аванс, а также в июле 2015 г. выслал Истцу документы для оформления виз на сотрудников Ответчика, однако потом заявил о том, что предмет Контракта не определен.

Представитель Ответчика подтвердил, что не пытался вернуть сумму уплаченного аванса в размере ... евро.

Представитель Ответчика подтвердил, что получал от Истца письма с требованием об открытии аккредитива.

На вопрос арбитра, почему Ответчик заплатил аванс, если не был уверен в предмете Контракта, представитель Ответчика заявил, что это было выявлено позднее, в связи с чем и возник данный спор.

<...>

Представитель Истца считал, что предмет Контракта определен. От Ответчика были получены образцы, поэтому Ответчик должен был понимать, какое оборудование производится.

Также представитель Истца указал, что весь июль 2015 г. велась переписка с просьбой об открытии аккредитива. По просьбе белорусского банка были подготовлены дополнительные соглашения к Контракту.

По просьбе председателя состава арбитража представитель Истца пояснил, что сумма пени рассчитана исходя из ... евро (второй части оплаты), и, пересчитав сумму неустойки, заявил о взыскании пени в размере... евро. Представитель Истца подтвердил, что указанная в исковом заявлении сумма пени была ошибочной.

Также по просьбе председателя состава арбитража в качестве обоснования расходов на юридического представителя представитель Истца указал на приложенный к исковому заявлению договор поручения от 28 октября 2015 г. и платежное поручение об оплате ... евро. Доказательств иных расходов представитель Истца не представил.

Других заявлений по делу сторонами сделано не было.

После совещания арбитров председатель состава арбитража, руководствуясь § 38 Регламента МКАС при ТПП РФ, объявила устное слушание дела законченным, указав, что

арбитраж приступил к вынесению решения, которое будет направлено сторонам в установленный Регламентом МКАС при ТПП РФ срок.

Извлечения из решения

Рассмотрев материалы дела и заслушав пояснения представителей сторон, состав арбитража пришел к следующим выводам.

1. В отношении компетенции МКАС при ТПП РФ рассматривать данное дело состав арбитража установил следующее.

1.1. В п. 14.1 Контракта содержится арбитражная оговорка, согласно которой

«все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего договора (соглашения) или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в соответствии с его Регламентом».

Поскольку спор между сторонами касается договорных отношений, возникших при осуществлении внешнеэкономических связей, предприятия Истца и Ответчика находятся за границей (Итальянская Республика и Республика Беларусь), постольку данный спор подпадает под категорию споров, которые в соответствии с Законом РФ от 7 июля 1993 г. № 5838-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА) и п. 1 § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ могут быть рассмотрены МКАС при ТПП РФ.

1.2. Исковые материалы, направленные Ответчику (письмо № ... от 14 января 2016 г.), были им получены, что подтверждается уведомлением международной службы доставки *DHL Express*.

1.3. Состав арбитража сформирован в соответствии с Регламентом МКАС при ТПП РФ. Каких-либо замечаний и возражений по составу арбитража сторонами заявлено не было.

В материалах дела отсутствуют и от сторон не поступили какие-либо данные, которые могут поставить под сомнение действительность заключенного между Истцом и Ответчиком арбитражного соглашения о наделении МКАС при ТПП РФ компетенцией рассматривать настоящий спор.

При таких обстоятельствах, исходя из вышеизложенного, учитывая, что между Сторонами заключено письменное соглашение о рассмотрении спора в МКАС при ТПП РФ и что спор вытекает из отношений Сторон, подпадающих под предметную и субъектную юрисдикцию МКАС при ТПП РФ, а также принимая во внимание, что отводов сформированному в соответствии с Регламентом МКАС при ТПП РФ составу арбитража сторонами заявлено не было, состав арбитража, руководствуясь ст. 7 и 16 Закона о МКА и § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ, признал свою компетенцию рассматривать данный спор.

2. По вопросу о применимом праве состав арбитража констатировал следующее. Стороны в п. 14.1 Контракта согласовали:

«Во всем остальном, что не предусмотрено в контракте, Стороны руководствуются Конвенцией Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров (заключена в г. Вене 11.04.1980) и Конвенцией о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров (заключена в г. Гааге 22.12.1986)».

Согласно п. 2 ст. 7 Венской конвенции вопросы, относящиеся к предмету ее регулирования, которые прямо в ней не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана, а при отсутствии таких принципов — в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права. Поскольку спор рассматривается МКАС при ТПП РФ, состав арбитража, решая вопрос о субсидиарном национальном праве, опирается на ст. 28 Закона о МКА. В данной статье, именуемой «Нормы, применимые к существу спора», устанавливается, что при отсутствии какого-либо указания сторон

«третейский суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми» (п. 2 ст. 28).

Исходя из обстоятельств дела, состав арбитража полагает применимой коллизионную норму, содержащуюся в ст. 1211 ГК РФ, согласно которой, если иное не предусмотрено законом, при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору применяется право страны, где на момент заключения договора находится основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Такой стороной в договоре купли-продажи является продавец. В данном случае продавцом является Истец, зарегистрированный на территории Итальянской Республики. На основании вышеизложенного состав арбитража пришел к выводу о том, что применимым субсидиарным статутом по вопросам, прямо не урегулированным Контрактом и Венской конвенцией, является право Итальянской Республики. Состав арбитража также учитывает, что данное коллизионное решение в отношении определения права, применимого к договору купли-продажи, является наиболее употребительным в зарубежной и международной практике.

Что касается применения Гагской конвенции, которая упоминается в п. 14.1 Контракта, состав арбитража отмечает, что она не вступила в силу и что ни Республика Италия, ни Республика Беларусь не подписывали и не ратифицировали Гагскую конвенцию. Ссылка на нее сделана сторонами таким образом, что она могла бы применяться как применимое право, но не как условия, имплементированные в текст Контракта. В связи с изложенным, по мнению состава арбитража, Гагская конвенция в данном случае применению не подлежит.

Одновременно состав арбитража подчеркивает, что в ст. 8 Гагской конвенции предлагается тот же подход к определению права, применимого к договору купли-продажи, который используется составом арбитража в данном деле, — право места нахождения продавца.

3. При рассмотрении требования Истца о взыскании с Ответчика задолженности в размере ... евро состав арбитража установил следующее.

3.1. Заявление Ответчика, сделанное в заседании МКАС при ТПП РФ 13 мая 2016 г., о том, что предмет Контракта не согласован, в связи с чем Контракт является незаключенным и требование Истца не подлежит удовлетворению, состав арбитража не нашел обоснованным по следующим причинам. Состав арбитража, проанализировав условия Контракта, пришел к выводу, что в п. 1.1 Контракта, а также в Приложении № 1 к нему (Техническое задание) указано достаточно много идентифицирующих признаков оборудования.

Согласно устным пояснениям Истца, не опровергнутым Ответчиком, переговоры о заключении Контракта велись сторонами около пяти месяцев до заключения Контракта,

что также подтверждается электронной перепиской, в которой Стороны согласовывали технические характеристики оборудования. После подписания Контракта в июне 2015 г. Ответчик направил в адрес Истца образцы для изготовления оборудования согласно п. 2.1 Контракта. Также Ответчик ни в одном из своих писем не упоминал о том, что ему неизвестны необходимые характеристики оборудования, вследствие чего предмет Контракта считается неопределенным.

Все вышеуказанное свидетельствует о том, что Ответчик вплоть до заседания МКАС при ТПП РФ 13 мая 2015 г. не считал предмет Контракта несогласованным или согласованным не в полном объеме. Состав арбитража считает, что подобное заявление Ответчика о несогласованности предмета Контракта имеет признаки недобросовестности.

3.2. Истец в соответствии с условиями Контракта обязался осуществить поставку оборудования на условиях «DAP, склад в г. Молодечно, Республика Беларусь (Инкотермс 2010)», а Ответчик – принять его и оплатить.

При этом стороны Контракта (п. 10.1) согласовали порядок оплаты оборудования путем перечисления на счет поставщика авансового платежа в размере 20% от его стоимости (... евро), а также путем открытия аккредитива в банке ОАО «Б» (исполняющий банк) на сумму, равную оставшейся части цены оборудования. Исполнение по аккредитиву должно было быть осуществлено частями против предоставления в исполняющий банк документов, указанных в п. 10.1 Контракта, в том числе первый платеж в сумме ... евро (90% от суммы аккредитива) должен был быть перечислен Истцу после предоставления им в исполняющий банк:

- оригинала инвойса на полную сумму оборудования;
- оригинала международной транспортной накладной *CMR* с подписью и штампом перевозчика, подтверждающими принятие груза к перевозке;
- оригинала сертификата происхождения, выданного ТПП Италии;
- оригинала подписанного Сторонами акта об успешном прохождении предварительных испытаний на заводе поставщика либо оригинала заявления поставщика, которое заменит акт в соответствии с условиями Контракта (в случае если представители покупателя не придут на предварительные испытания).

3.3. Отдельного анализа требует вопрос о сроке открытия аккредитива, поскольку одним из возражений Ответчика является утверждение, что он не нарушал срок открытия аккредитива, поскольку он вообще не установлен Контрактом.

Контракт составлен на двух языках – русском и итальянском. В отношении открытия аккредитива в п. 10.1 в русской версии Контракта указано, что «[a]ккредитив должен быть открыт после подписания настоящего контракта». В итальянской версии указано: «La lettera di credito dovrà essere aperta alia firma del presente contratto», что на русский язык может быть переведено следующим образом: «Аккредитив должен быть открыт при подписании контракта». Русский текст «после подписания контракта» звучал бы по-итальянски как «dopo la firma del contratto».

Однако в п. 15.5 Контракта установлено:

«В случае разночтений по тексту настоящего Контракта приоритет имеет текст на русском языке».

Это означает, что при рассуждении о сроках открытия аккредитива нужно исходить из формулировки на русском языке, т.е. «после подписания настоящего контракта». Та-

кая формулировка свидетельствует об отсутствии четкой договоренности сторон Контракта о сроке для открытия аккредитива. В этом случае прежде всего следует обратиться к Венской конвенции, а также иным регуляторам международной торговли, широко применяемым участниками международных коммерческих отношений.

Состав арбитража в своей оценке вопроса о сроке открытия аккредитива опирается на ст. 7 Венской конвенции, в которой установлено, что при ее толковании надлежит учитывать ее международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в ее применении и соблюдению принципа добросовестности в международной торговле.

В п. 2 ст. 8 Венской конвенции установлено, что

«заявления и иное поведение стороны толкуются в соответствии с тем пониманием, которое имело бы разумное лицо, действующее в том же качестве, что и другая сторона при аналогичных условиях».

В п. 3 ст. 8 Венской конвенции указано:

«При определении намерения стороны или понимания, которое имело бы разумное лицо, необходимо учитывать все соответствующие обстоятельства, включая переговоры, любую практику, которую стороны установили в своих взаимных отношениях, обычаи и любое последующее поведение сторон.».

Помимо этого, состав арбитража считает возможным апеллировать к основополагающим принципам международной торговли, которые, в частности, нашли свое отражение в Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 (далее — Принципы УНИДРУА). В п. 1 ст. 4.8 Принципов УНИДРУА (Восполнение опущенного условия) установлено, что если стороны договора не согласовали условие, являющееся важным для определения их прав и обязанностей, то договор выполняется условием, представляющимся соответствующим при данных обстоятельствах. В следующем пункте той же статьи сказано:

«При определении, какое условие является соответствующим, должны быть помимо прочих факторов приняты во внимание: а) намерение сторон; б) характер и цель договора; в) добросовестность и честная деловая практика; д) разумность.».

В ст. 6.1.1 Принципов УНИДРУА указывается, что если стороны договора не установили срок исполнения или период для исполнения какого-либо обязательства, то такое обязательство должно быть исполнено «в течение разумного срока после заключения договора».

Таким образом, в международных регуляторах, применимых в данном случае, подчеркивается необходимость руководствоваться принципами добросовестности, разумности и честной деловой практики. Стороны в своих отношениях неоднократно продемонстрировали свое отношение к вопросу об открытии аккредитива: велись переговоры об открытии аккредитива, Ответчик в переписке даже называл точную дату его открытия — 9 июля 2015 г., но не сделал этого.

Исходя из вышесказанного, а также всех обстоятельств данного дела, состав арбитража приходит к выводу, что Ответчик должен был открыть аккредитив в разумный срок

после заключения Контракта. В данном случае таким сроком, по мнению состава арбитража, является срок не позднее 31 августа 2015 г. — даты проведения предварительных испытаний, поскольку согласно п. 10 Контракта оплата по аккредитиву основной части цены оборудования — ... евро — должна была быть произведена против перечисленных в данном пункте документов, в частности акта об успешном прохождении предварительных испытаний. Предварительные испытания были проведены Истцом 31 августа 2015 г., о чем Ответчик был заблаговременно уведомлен. Тот факт, что представитель Ответчика не присутствовал на предварительных испытаниях, не делает невозможным составление акта об испытаниях, как это установлено п. 10 Контракта.

3.4. В отношении заявления Ответчика о том, что отсутствуют основания для оплаты оборудования, поскольку оно не поставлено Ответчику, а Истец не представил доказательств существования оборудования и прав собственности на него, арбитраж полагает, что любые заявления и доказательства сторон должны быть основаны на принципе разумности и добросовестности.

Согласно ст. 53 и 54 Венской конвенции в обязанности покупателя входят уплата цены товара и принятие его согласно условиям договора. При этом обязательство покупателя по уплате цены включает совершение таких действий и формальностей, которые могут требоваться согласно договору для того, чтобы сделать возможным осуществление платежа. К таким формальностям относится открытие Ответчиком аккредитива на согласованных в п. 10.1 Контракта условиях.

Состав арбитража полагает, что все условия открытия Ответчиком аккредитива были согласованы Сторонами и невыполнение последним обязанности по открытию аккредитива, предназначенного для оплаты оборудования по Контракту, является нарушением Ответчиком своих договорных обязательств.

3.5. Что касается заявления Ответчика о ненадлежащем способе защиты Истца своего права, состав арбитража пришел к следующим выводам.

В соответствии со ст. 61 Венской конвенции, если покупатель не исполняет какого-либо из своих обязательств, продавец может:

- осуществить права, предусмотренные в ст. 62–65 Венской конвенции;
- потребовать возмещения убытков, как это предусмотрено в ст. 74–77 Венской конвенции.

Истец не требовал возмещения убытков, как это предусмотрено ст. 74–77 Венской конвенции, или расторжения Контракта.

Поэтому состав арбитража считает правомерным применение ст. 62 Венской конвенции, согласно которой продавец может потребовать от покупателя уплаты цены, принятия поставки или исполнения им других обязательств, если только продавец не прибег к средству правовой защиты, не совместимому с таким требованием.

Поскольку Истец как продавец не воспользовался иным средством защиты и не заявлял о расторжении Контракта, состав арбитража полагает, что Истец вправе требовать от Ответчика исполнения таких обязательств, как уплата цены оборудования.

На основании изложенного и руководствуясь ст. 53 и 54, а также ст. 62 Венской конвенции, состав арбитража пришел к выводу, что требование Истца о взыскании с Ответчика суммы ... евро в качестве оплаты оборудования является обоснованным и подлежит удовлетворению в полном объеме.

4. Что касается требования Истца о взыскании штрафных санкций в размере ... евро, состав арбитража констатировал, что в п. 15.1 Контракта стороны согласовали уплату

покупателем штрафных санкций в размере 0,1% от суммы своевременно не уплаченных денежных средств за каждый день просрочки в случае нарушения сроков выполнения п. 10.1. Контракта свыше 15 банковских дней по вине покупателя.

Учитывая, что составом арбитража установлено неисполнение обязанности Ответчиком по открытию аккредитива и осуществлению оплаты в порядке, предусмотренном в п. 10.1 Контракта, состав арбитража на основании п. 15.1 Контракта пришел к выводу, что подобное требование Истца о взыскании пени за неисполнение указанной обязанности является обоснованным и подлежащим удовлетворению.

В отношении расчета суммы требования Истца состав арбитража согласился с тем, что сумма штрафных санкций рассчитывается от первой части суммы, подлежащей уплате по аккредитиву после изготовления оборудования и его предварительных испытаний, — ... евро. Просрочка рассчитана за период с 31 августа 2015 г. по 17 ноября 2015 г. (дату подготовки искового заявления) — 78 дней.

Ответчик не заявлял возражений в отношении представленного Истцом расчета пени.

<...>

На основании изложенного и руководствуясь п. 15.1 Контракта, арбитраж считает, что требование Истца о взыскании с Ответчика штрафных санкций в размере ... евро подлежит удовлетворению.

5. В отношении заявления Истца о возмещении расходов по уплате регистрационного и арбитражного сбора состав арбитража констатировал, что Истцом при подаче иска был уплачен арбитражный сбор в сумме ... долл. США.

Учитывая вышеизложенное, а также то, что иск удовлетворен не в полном объеме, руководствуясь п. 2 § 6 Положения об арбитражных сборах и расходах (Приложения к Регламенту МКАС при ТПП РФ), согласно которому в таких случаях арбитражный сбор возлагается на ответчика пропорционально размеру удовлетворенных требований и на истца — пропорционально той части исковых требований, в которой иск не удовлетворен, состав арбитража пришел к выводу о взыскании с Ответчика суммы ... долл. США в возмещение расходов Истца по уплате регистрационного и арбитражного сбора.

6. В соответствии с § 9 Положения об арбитражных сборах и расходах (Приложения к Регламенту МКАС при ТПП РФ) Истец вправе требовать от Ответчика возмещения разумных расходов, понесенных им в связи с защитой своих интересов по настоящему делу, в том числе через юридических представителей.

Состав арбитража установил, что невыполнение Ответчиком обязательств по Контракту понудило Истца обратиться в МКАС при ТПП РФ за защитой своих прав.

Состав арбитража проанализировал представленный Истцом договор поручения от 28 октября 2015 г., заключенный между Истцом и поверенным, и пришел к выводу, что указанный договор поручения непосредственно связан с оказанием Истцу услуг по представлению интересов в МКАС при ТПП РФ по данному спору: в договоре указаны наименование Ответчика, номер и дата Контракта, в связи с которыми возник спор, соответствующие рассматриваемому в настоящем деле исковому заявлению.

<...>

Исходя из изложенного и на основании § 9 Положения об арбитражных сборах и расходах (Приложения к Регламенту МКАС при ТПП РФ) состав арбитража полагает подлежащим удовлетворению требование Истца о возмещении Ответчиком уже понесенных и подтвержденных расходов Истца, связанных с защитой своих интересов через юридического представителя, в размере ... евро.

<...>

На основании изложенного и руководствуясь § 37–39 Регламента МКАС при ТПП РФ, МКАС при ТПП РФ

РЕШИЛ:

Взыскать с Ответчика – совместного общества с ограниченной ответственностью, имеющего местонахождение на территории Республики Беларусь, в пользу Истца – компании, имеющей местонахождение на территории Италии, сумму в размере ... евро, в том числе ... евро – сумму основного долга и ... евро – штрафные санкции за просрочку оплаты, а также ... долл. США в возмещение расходов Истца по уплате арбитражного сбора и ... евро – в качестве возмещения расходов Истца, связанных с защитой его интересов через юридического представителя. В остальной части иска отказать.

Краткий комментарий к постановлению о прекращении арбитражного разбирательства МКАС при ТПП РФ от 13 июля 2016 г. по делу № 171/2015

В представленном деле МКАС при ТПП РФ обе стороны разбирательства являлись физическими лицами (гражданами Российской Федерации), между которыми возник конфликт о порядке управления принадлежащими им юридическими лицами. Данный конфликт стороны пытались разрешить путем заключения соглашения об урегулировании спорной ситуации, в связи с неисполнением которого был подан иск в МКАС при ТПП РФ.

Материально-правовая часть спора в настоящей публикации специально значительно сокращена, так как не представляет особого интереса. Процедурные аспекты, а именно вопросы установления компетенции МКАС при ТПП РФ, в данном деле позволяют наглядно увидеть механизм рассуждения арбитров, обычно не отражаемый детально в тексте решений.

Состав арбитража последовательно изучил арбитражную оговорку, позиции сторон по вопросу компетенции МКАС при ТПП РФ, а также соблюдение сторонами процедуры обоснования компетенции третейского суда. Так, было установлено, что заявление ответчика об отсутствии компетенции МКАС при ТПП РФ было подано уже после представления позиции по делу, а мнение истца о возможности рассмотрения спора арбитражем не было признано обоснованным и соответствующим применимым процедурным правилам. В результате состав арбитража реализовал право на определение собственной компетенции и пришел к выводу о ее отсутствии применительно к разрешению данного спора.

В публикуемом постановлении проведен анализ элементов спора с точки зрения доктринальных критериев установления компетенции, закрепленных Законом РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» и Регламентом МКАС при ТПП РФ. Арбитры указали истцу на ошибочность его позиции в обосновании компетенции МКАС при ТПП РФ участием истца и ответчика в иностранных юридических лицах. В постановлении проведено разграничение между иностранной стороной спора и стороной соглашения, из которого возник спор: если первое является несомненным критерием установления компетенции международного арбитража, то второе, как в данном деле, не имеет значения. Не обнаружил состав арбитража и внешнеэкономической природы спора в качестве объективного критерия компетенции. Представляется, что арбитры следовали следующей логике: к рассмотрению в МКАС при ТПП РФ поступил не корпоративный спор между участниками иностранного юридического лица, а гражданско-правовой спор физических лиц, подчиненных юрисдикции Российской Федерации, о неисполнении договорных обязательств, в том числе касающихся управления юридическими лицами.

Хотелось бы обратить внимание на то, что по новым процедурным правилам МКАС при ТПП РФ, применимым с 27 января 2017 г., спорные правоотношения исходя из формулировки арбитражной оговорки могли бы быть рассмотрены МКАС при ТПП РФ в соответствии с Правилами арбитража внутренних споров, утвержденных Приказом ТПП РФ от 11 января 2017 г. № 6 (п. 1 § 1 Правил).

Остановимся также на аргументе ответчика о необходимости прекращения разбирательства в связи с введением процедуры банкротства стороны спора. Состав арбитража указал, что иск подан до вступления в силу закона, запрещающего предъявление требований к гражданину, в отношении которого введены процедуры банкротства, следовательно, к рассмотренному спору указанные ограничения неприменимы. Обратим внимание на то, что, несмотря на заявление ответчика о возбуждении в отношении обеих сторон процедур банкротства, в материалы дела представлены доказательства только о введении в отношении истца процедуры реструктуризации долгов. Исходя из п. 2 ст. 213.11 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» введение процедуры реструктуризации имеет последствием запрет предъявления требований к должнику вне рамок дела о банкротстве, но данная норма не ограничивает право гражданина-должника выступать истцом, и в частности инициировать разбирательство в международном коммерческом арбитраже.

Чтобы достичь цели рассмотрения спора в МКАС при ТПП РФ (по Правилам арбитража внутренних споров) истцу следовало подавать исковое заявление после 27 января 2017 г., но только при условии, что к тому моменту в отношении ответчика не была бы введена одна из процедур банкротства; в последнем случае арбитражная оговорка утрачивала бы свою силу.

*М.М. Деменкова,
ведущий специалист Исследовательского центра частного права
имени С.С. Алексеева при Президенте РФ,
член редакционной коллегии журнала
«Вестник международного коммерческого арбитража»*

**МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД
ПРИ ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЕ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

**ПОСТАНОВЛЕНИЕ
о прекращении арбитражного разбирательства**

13 июля 2016 г.

Дело № 171/2015

Стороны

Истец – гражданин Российской Федерации.

Ответчик – гражданин Российской Федерации.

[Нормативные акты и правовые институты, имеющие отношение к спору:
спор между физическими лицами;
принцип «компетенции-компетенции»;
предметная и субъектная компетенция МКАС при ТПП РФ;
заявление об отсутствии у третейского суда компетенции;
отказ от права на возращение;
распределение бремени обоснования компетенции МКАС при ТПП РФ;
влияние введения процедур банкротства гражданина на компетенцию арбитража;
п. 1 Положения о МКАС при ТПП РФ;
п. 1 и 2 ст. 1, ст. 4, п. 1 и 2 ст. 16 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»;
п. 1 и 4 § 2, подп. «в» п. 1 § 9, подп. «в» п. 2 § 45 Регламента МКАС при ТПП РФ;
п. 49 постановления Пленума ВС РФ от 13 октября 2015 г. № 45 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие процедур, применяемых в делах о несостоятельности (банкротстве) граждан».]

Факты

1. 11 августа 2015 г. в Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее – МКАС при ТПП РФ) поступило исковое заявление гражданина Российской Федерации X (далее – Истец, Сторона 1) к гражданину Российской Федерации Y (далее – Ответчик, Сторона 2; совместно с Истцом – Стороны) о взыскании неосновательного обогащения, процентов за пользование чужими денежными средствами и договорной неустойки в общей сумме ... долл. США.

2. Согласно исковому заявлению, между Истцом, Ответчиком и компанией Z 7 августа 2014 г. заключено соглашение об урегулировании спорной ситуации (далее – Соглашение).

В соответствии с п. 1 Соглашения Сторона 1 обязалась уплатить Стороне 2 сумму ... долл. США. Согласно п. 4 Соглашения условием уплаты данной суммы является выполнение Ответчиком обязательств, предусмотренных п. 4.1–4.10 Соглашения.

<...>

В соответствии с п. 4.5 Соглашения Сторона 2 обязалась передать Стороне 1 право собственности на 50% доли в уставном капитале общества N не позднее 1 сентября 2014 г. Оплата стоимости 50% доли в уставном капитале общества N включена в сумму, указанную в п. 1 Соглашения.

Истец указал, что обязательства, предусмотренные п. 4.5 Соглашения, не исполнены в полном объеме и в соответствии с условиями Соглашения прекратились.

<...>

Исходя из вышеизложенного, денежные средства, по мнению Истца, перечисленные в пользу Ответчика в части оплаты стоимости 50% доли в уставном капитале общества N, получены им в счет оплаты прекращенного обязательства и поэтому являются неосновательным обогащением.

Вместе с исковым заявлением Истец представил расчет суммы неосновательного обогащения в размере ... долл. США.

3. В искомом заявлении Истец также просил на основании п. 1 ст. 395 и п. 2 ст. 1107 ГК РФ взыскать с Ответчика проценты за пользование чужими денежными средствами и договорную неустойку.

По мнению Истца, Сторона 2 должна была узнать о неосновательности получения денежных средств в момент, когда получила денежные средства в счет оплаты прекращенного обязательства, т.е. 17 октября 2014 г.

Истец вместе с исковым заявлением представил расчет процентов за пользование чужими денежными средствами на сумму ... долл. США.

4. В обоснование требования о взыскании договорной неустойки Истец ссылаясь на следующие обстоятельства.

Согласно п. 4.1 и 4.4.1 Соглашения Сторона 2 обязалась обеспечить передачу 100% прав требований Стороне 1 по договору уступки права требования по договору денежного займа от 21 августа 2013 г. в размере ... долл. США.

В соответствии с п. 4.3 Соглашения в случае непредоставления подтверждения Стороной 2 о совершении действий по обеспечению передачи прав требования в срок до 13 января 2015 г. Сторона 1 имеет право начислить неустойку за каждый день просрочки исполнения обязательства, исходя из действующей ставки рефинансирования ЦБ РФ.

<...>

Согласно представленному вместе с искомым заявлением расчету, сумма неустойки за неисполнение договорных обязательств Стороной 2 составила ... долл. США.

5. На основании изложенного (п. 2–4 настоящего постановления), руководствуясь ст. 395, 1102, 1107 ГК РФ и положениями Регламента МКАС при ТПП РФ, Истец просил:

1) взыскать с Ответчика неосновательное обогащение в размере ... долл. США;

- 2) взыскать с Ответчика проценты за пользование чужими денежными средствами в размере ... долл. США;
- 3) взыскать с Ответчика договорную неустойку в размере ... долл. США.

<...>

9. 17 декабря 2015 г. в МКАС при ТПП РФ поступили возражения Ответчика на исковое заявление, в которых Ответчик просил отказать в удовлетворении исковых требований в полном объеме по следующим основаниям.

Согласно вводной части Соглашения, отмечено в возражениях Ответчика на исковое заявление, оно заключено с целью урегулирования спорной ситуации в связи с продажей 50% доли в уставном капитале общества N номинальной стоимостью более ... руб. по договору купли-продажи от 10 августа 2012 г.

Соглашением установлен ряд обязательств Стороны 2, которые исключали бы дальнейшие имущественные претензии Стороны 2 к Истцу и юридическим лицам, аффилированным с Истцом.

<...>

Ответчик в своих возражениях заявил о доверии любому арбитру МКАС при ТПП РФ.

14. 23 мая 2016 г. проведено устное слушание дела, в котором приняли участие представители Истца и Ответчика.

15. По мнению Истца, МКАС при ТПП РФ компетентен рассматривать данный спор поскольку:

- 1) одной из сторон Соглашения является компания Z, зарегистрированная в Специальном административном районе Гонконг Китайской Народной Республики;
- 2) целью Соглашения является урегулирование всех споров относительно вопросов по компании Z и ее материнским компаниям, зарегистрированным в юрисдикции Британских Виргинских островов;
- 3) собственниками материнских компаний являются Истец и Ответчик.

На основании изложенного Истец пришел к выводу о том, что, так как спор касается гражданско-правовых отношений, возникших при осуществлении международных экономических связей, коммерческие предприятия Истца и Ответчика находятся за границей (на территориях Специального административного района Гонконг Китайской Народной Республики и Британских Виргинских островов) и со стороны Ответчика не поступало возражений против компетенции МКАС при ТПП РФ, данный спор в соответствии с п. 2 ст. 1 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА) и п. 1 § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ подлежит юрисдикции МКАС при ТПП РФ.

16. Представитель Ответчика, возражая против доводов Истца относительно компетенции МКАС при ТПП РФ, акцентировал внимание на том, что упомянутые Истцом иностранные юридические лица не являются сторонами спора. Сторонами правоотношений, из которых вытекает спор, являются граждане Российской Федерации. Кроме того, в отношении Истца и Ответчика введены процедуры банкротства, что влечет за собой прекращение всех судебных споров с участием указанных лиц. Дополнительно

представитель Ответчика сообщил, что Ответчик не признает компетенцию МКАС при ТПП РФ по данному делу.

По ходатайству представителя Ответчика и с согласия представителя Истца к материалам дела приобщена копия определения государственного арбитражного суда о признании обоснованным заявления о признании Истца несостоятельным (банкротом) и введении процедуры реструктуризации долгов гражданина.

17. Представитель Истца, ссылаясь на постановление Пленума ВС РФ от 13 октября 2015 г. № 45 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие процедур, применяемых в делах о несостоятельности (банкротстве) граждан» (далее — Постановление № 45), заявил о том, что исковые заявления, поданные до введения процедуры банкротства в отношении гражданина, подлежат рассмотрению по существу.

Представитель Истца не согласился с доводом представителя Ответчика об отсутствии иностранного элемента в споре. Представитель Истца заявил о том, что речь идет о ряде сделок, связанных с иностранными юридическими лицами, а коммерческие предприятия сторон спора находятся за границей.

18. В завершение изложения своих позиций относительно компетенции МКАС при ТПП РФ по данному делу представители Истца и Ответчика заявили о том, что они не имеют каких-либо дополнительных заявлений или ходатайств, замечания по ведению арбитражного разбирательства отсутствуют.

19. После закрытого совещания, руководствуясь § 45 Регламента МКАС при ТПП РФ, председатель состава арбитража объявил устное слушание законченным и сообщил о том, что состав арбитража приступает к работе над постановлением о прекращении разбирательства ввиду отсутствия у МКАС при ТПП РФ компетенции по данному делу.

Извлечения из постановления

20. Проведенное составом арбитража с участием представителей Сторон 23 мая 2016 г. заседание по делу показало, что вопрос о компетенции МКАС при ТПП РФ рассматривать данный спор является для Сторон спорным (см. п. 15–17 настоящего постановления).

При решении указанного спорного вопроса, а также при рассмотрении процедурных вопросов в рамках настоящего дела состав арбитража руководствовался российским правом, поскольку арбитражное разбирательство происходит на территории Российской Федерации.

В состав положений такого применимого права входит прежде всего Закон о МКА. Согласно п. 1 ст. 1 Закона о МКА он применяется к международному коммерческому арбитражу, если место арбитража находится на территории Российской Федерации. В п. 1 Положения о МКАС при ТПП РФ прямо указывается на то, что данное постоянно действующее арбитражное учреждение (третейский суд) осуществляет свою деятельность в соответствии с Законом о МКА. Это корреспондирует местонахождению МКАС при ТПП РФ в Российской Федерации и рассмотрению им споров также на территории России.

Кроме того, состав арбитража также руководствовался Регламентом МКАС при ТПП РФ как документом, определяющим статус и деятельность МКАС при ТПП РФ.

21. Пункт 7 Соглашения содержит следующую арбитражную оговорку:

«Все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего договора (соглашения) или в связи с ним, в том числе касающиеся его исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в МКАС при ТПП РФ в соответствии с его Регла-

ментом. Для толкования настоящего соглашения, а также при возникновении споров, Стороны договорились применять законодательство Российской Федерации».

Данная арбитражная оговорка (арбитражное соглашение) соответствует требованиям п. 2 ст. 7 Закона о МКА о форме арбитражного соглашения.

22. Состав арбитража не согласился с доводом представителя Ответчика о необходимости прекращения арбитражного разбирательства ввиду признания Истца несостоятельным (банкротом).

Пунктом 49 Постановления № 45, на которое ссылался Истец, установлено, что положения Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Федеральный закон о банкротстве), согласно которым требования кредиторов по денежным обязательствам, об уплате обязательных платежей, за исключением текущих платежей, требования о признании права собственности, об истребовании имущества из чужого незаконного владения, о признании недействительными сделок и о применении последствий недействительности ничтожных сделок могут быть предъявлены только в порядке, установленном Федеральным законом о банкротстве, не применяются к исковым заявлениям, производство по которым возбуждено до 1 октября 2015 г. и не окончено на эту дату.

Поскольку исковое заявление поступило в МКАС при ТПП РФ 11 августа 2015 г., указанные положения Федерального закона о банкротстве в данном случае не подлежат применению.

23. В соответствии с п. 2 ст. 16 Закона о МКА заявление об отсутствии у третейского суда компетенции может быть сделано не позднее представления возражений по иску.

Состав арбитража установил, что устное заявление представителя Ответчика об отсутствии у МКАС при ТПП РФ компетенции по данному делу сделано в ходе устного слушания после представления Ответчиком возражений по иску (п. 9 настоящего постановления), что означает отказ Ответчика от права в дальнейшем возражать по вопросу компетенции МКАС при ТПП РФ (ст. 4 Закона о МКА). Представитель Ответчика не назвал уважительные причины позднего заявления об отсутствии у МКАС при ТПП РФ компетенции, вследствие чего данное заявление не может быть принято во внимание при решении вопроса о компетенции МКАС при ТПП РФ по данному делу.

Кроме того, в своих возражениях на исковое заявление Ответчик заявил о доверии любому арбитру МКАС при ТПП РФ.

24. Вместе с тем отмеченное выше в настоящем постановлении, в том числе в п. 21—23, не является безусловным основанием для вывода о наличии у МКАС при ТПП РФ компетенции рассматривать настоящий спор.

В соответствии с п. 4 § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ вопрос о компетенции МКАС при ТПП РФ по конкретному делу решается составом арбитража, рассматривающим спор.

Третейский суд может сам вынести постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения (п. 1 ст. 16 Закона о МКА).

Таким образом, указанные положения Закона о МКА и Регламента МКАС при ТПП РФ закрепляют право состава арбитража самому решать вопрос о своей компетенции.

25. Подпункт «в» п. 1 § 9 Регламента МКАС при ТПП РФ возлагает на истца бремя обоснования компетенции МКАС при ТПП РФ.

Состав арбитража, выслушав доводы представителей Сторон и изучив материалы дела, пришел к выводу об отсутствии у МКАС при ТПП РФ компетенции на рассмотрение данного спора.

25.1. Состав арбитража исходит из того, что в соответствии с Законом о МКА (ст. 1) и Регламентом МКАС при ТПП РФ (§ 2) для установления компетенции МКАС при ТПП РФ разрешать спор необходимо соблюдение двух критериев – субъективного (наличие иностранной стороны в споре) и объективного (внешнеэкономический характер спора).

Отсутствие одного из этих критериев означает неподсудность спора МКАС при ТПП РФ.

25.2. Истец обосновывает компетенцию МКАС при ТПП РФ тем, что одной из сторон Соглашения является компания Z с местом нахождения в Специальном административном районе Гонконг Китайской Народной Республики; спор касается гражданско-правовых отношений, возникших при осуществлении международных экономических связей; при этом коммерческие предприятия Истца и Ответчика находятся за границей (на территории Специального административного района Гонконг Китайской Народной Республики и Британских Виргинских островов) (п. 15 настоящего постановления).

25.3. Состав арбитража отмечает, что в соответствии с п. 2 ст. 1 Закона о МКА в международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права Российской Федерации.

Аналогичное положение содержится в § 2 Регламента МКАС при ТПП РФ.

Довод Истца в обоснование компетенции МКАС при ТПП РФ о том, что одной из сторон Соглашения является компания Z с местом нахождения в Специальном административном районе Гонконг Китайской Народной Республики, ошибочен, поскольку относимость споров к компетенции МКАС при ТПП РФ определяется наличием иностранной стороны в споре. Компания Z является участником Соглашения, содержащего арбитражную оговорку, но не является участником (истцом или ответчиком) спора.

Истец указал на то, что целью Соглашения является урегулирование всех споров относительно иностранных компаний и что Стороны являются собственниками или конечными бенефициарами иностранных компаний. Однако в данном случае иск предъявлен гражданином Российской Федерации к гражданину Российской Федерации о взыскании неосновательного обогащения, процентов и неустойки, Истец и Ответчик проживают в Российской Федерации, что свидетельствует об отсутствии в споре иностранной стороны.

Состав арбитража отмечает, что под используемым Законом о МКА термином «коммерческое предприятие» (“place of business”) понимается фактическое место ведения хозяйственной деятельности либо обособленное подразделение юридического лица. Сам по себе факт участия Сторон в деятельности иностранных компаний не означает в данном случае, что они становятся иностранными участниками спора по признаку наличия у них за границей коммерческих предприятий.

25.4. Состав арбитража также не может согласиться с доводами Истца о том, что спор касается гражданско-правовых отношений, возникших при осуществлении международных экономических связей (п. 15 настоящего постановления).

Как следует из искового заявления, спор возник вследствие неисполнения Ответчиком обязательства по передаче Истцу доли в уставном капитале общества N (п. 2–3 настоящего постановления), а также вследствие неисполнения Ответчиком обязательства по обеспечению передачи Истцу прав требований по договору уступки права требования (п. 4 настоящего постановления).

Анализ обстоятельств настоящего дела позволил составу арбитража сделать вывод о том, что по своему характеру спор не является внешнеэкономическим.

Таким образом, несмотря на наличие в Соглашении арбитражной оговорки, состав арбитража не может ей руководствоваться ввиду отсутствия предметной и субъектной компетенции МКАС при ТПП РФ по данному спору.

26. В связи с выводом состава арбитража об отсутствии компетенции МКАС при ТПП РФ рассматривать спор по существу арбитражное разбирательство по настоящему делу подлежит прекращению в соответствии с подп. «в» п. 2 § 45 Регламента МКАС при ТПП РФ.

<...>

29. На основании изложенного, руководствуясь подп. «в» п. 2 § 45 Регламента МКАС при ТПП РФ, МКАС при ТПП РФ

ПОСТАНОВИЛ:

1. Признать отсутствие компетенции МКАС при ТПП РФ в отношении спора по иску Истца – гражданина Российской Федерации X к Ответчику – гражданину Российской Федерации Y о взыскании неосновательного обогащения, процентов за пользование чужими денежными средствами и договорной неустойки в общей сумме ... долл. США.

2. Арбитражное разбирательство по делу прекратить.

Рецензия на книгу Клауса Питера Бергера** “Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration”****

© К.А. Жильцов,
«Вестник международного коммерческого арбитража»,
перевод на русский язык, 2017

Рецензируемое издание воплощает знаменитое высказывание Конфуция: «Я читаю и забываю. Я вижу и запоминаю. Я делаю и понимаю».

В этом захватывающем и интересном мультимедийном учебном пособии на практическом примере описываются сделка, порожденный ею частнопредметный спор и его поэтапное разрешение. Голландский покупатель и южнокорейский поставщик явля-

ются основными сторонами этой сделки; вместе с тем последствия их правоотношений затрагивают интересы других участников торгового оборота. Приведенный пример спора крайне реалистичен, достоверен и увлекателен.

Пособие структурировано по этапам развития спора в соответствии с доктриной эскалации конфликтов профессора Ф. Глазла (F. Glasl), и, хотя повествование построено в основном с точки зрения юриста (как юрисконсульта, так и внешнего консультанта), в нем также описываются приемы и навыки, полезные участникам переговоров, медиаторам и арбитрам. Все начинается с обычных переговоров о заключении договора, но вскоре возникает спор, который стороны разрешают в рамках процедуры медиации. Она завершается заключением мирового соглашения, однако оно подлежит отмене из-за того, что высшее руководство одной из сторон не утверждает его (что само по себе является важным уроком о необходимости наличия у переговорщиков полномочий на заключение мирового соглашения). В итоге спор проходит через все стадии международного арбитражного разбирательства и предсказуемо заканчивается удовлетворением требований одной из сторон и проигрышем другой, что ожидает портит отношения между сторонами.

* Бывший юрисконсульт, автор книги “Negotiation: Things Corporate Counsel Need to Know but Were Not Taught” (Wolters Kluwer Law & Business, 2017).

** Профессор Клаус Питер Бергер – основатель и исполнительный директор Центра транснационального права (Center for Transnational Law (CENTRAL)) в Кёльнском университете, директор Кёльнских курсов международного арбитража и медиации. Он также является членом Совета директоров Немецкой институции по арбитражному делу (German Institution of Arbitration / Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS)), членом Правления Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)), а также соредактором журнала “Arbitration International”. Его совместная статья с Дж. Оле Енсенем “The Arbitrator’s Mandate to Facilitate Settlement”, первоначально опубликованная в “Fordham International Law Journal” в январе 2017 г., печатается на страницах настоящего номера журнала.

*** Berger K.P. Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration. 3rd ed. Wolters Kluwer Law & Business, 2015. 992 p.

Это третье издание рецензируемой книги, но оно представляет собой нечто большее, чем просто два книжных тома.

В первом томе описывается сам пример спорной ситуации. Краткое и четкое руководство разделяет спор на 29 простых для понимания частей на 150 страницах. В конце всех частей находятся ключевые вопросы по их основным проблемам.

Во втором томе (Справочнике) анализируются основные проблемы каждой из частей спора, приведенного в первом томе, к которому многократно отсылают читателя. Глубоко раскрывая сущность проблем и вопросов, данный том помогает читателям принять правильные решения для их урегулирования. Помимо этого благодаря всеобъемлющему содержанию и алфавитному указателю его можно использовать в качестве отдельного справочного пособия.

USB-накопитель, вложенный в обложку первого тома, не толще кредитной карты и совместим со стандартным *USB*-разъемом ПК (что удобно, поскольку все больше современных компьютеров не имеют *DVD*-привода). Лучше всего, хотя и необязательно, использовать этот накопитель вместе с обоими томами учебного пособия. Например, субтитры видеоклипа могут содержать ссылки на главы Справочника, что позволяет поставить просмотр на паузу и прочитать соответствующий раздел книги. Это дает возможность лучше понять суть темы и затрагиваемых проблем, а также принять правильное решение.

Данный накопитель содержит:

- справку об именах и составе представителей сторон;
- графики развития дела;
- раздел, в котором представлены все документы по делу, включая мировое соглашение между сторонами, арбитражное решение и иные процессуальные документы арбитражного разбирательства;

- отдельный файл с гиперссылками на релевантные источники права: законы, конвенции, судебные решения, прочие нормы права;
- программу мониторинга развития спора по данному делу;
- десятки видеоклипов по каждому этапу спора и основным проблемам (суммарная продолжительность клипов – 6 часов);
- подробный и чрезвычайно полезный интерактивный раздел с материалами, обучающими необходимым юридическим и переговорным навыкам.

Сайт www.private-dispute-resolutions.com – четвертая и последняя часть пособия. На нем можно найти дополнительные видеоролики, в том числе с дополнениями к вопросам, поставленным в Справочнике, а также 20-минутное интервью с профессором Бергером, где он объясняет концепцию и цель «пособия смешанного обучения», как он довольно уместно называет свое произведение.

Рецензируемое издание – ценный инструмент для преподавателей и бизнес-тренеров, однако, помимо этого, им можно пользоваться самостоятельно, а также вместе с коллегами. Вы сможете реалистично играть роли сторон и арбитров, сталкиваясь с дилеммами, которые возникают перед ними в настоящих спорах, и ощущать последствия принятых решений. Полученный опыт будет полезен для переговорщиков, студентов, юрисконсульттов, сторонних консультантов, а также специалистов по разрешению споров, таких как медиаторы и арбитры. В этом эклектичном пособии найдется много нового для каждого. Раздел, посвященный арбитражу, дает живое ощущение большого арбитражного разбирательства – как по процессуальным вопросам, так и по атмосфере, аргументации и вынесенному решению.

Это непревзойденное учебное пособие по ведению переговоров, медиации и арбитражу поможет улучшить навыки юристов, а также позволит неюристам, например предпринимателям, понять, что их ждет во время медиации, арбитража и переговоров. Особенностью этого вдохновляющего и запоминающегося издания является то, что оно построено на обучении практическим навыкам — устным и письменным навыкам аргументации и представления своей позиции, — одним словом, всему тому,

чему, казалось бы, невозможно научиться по книгам.

В дополнение можно сказать, что профессор Бергер использует данное пособие в качестве основного на своих Кёльнских курсах международного арбитража и медиации. Вы можете подробнее ознакомиться с ними на сайте www.cologne-academies.com.

Рецензируемое издание — уникальная книга. Я не могу подобрать слов, чтобы описать ее ценность. Жаль, что она не была доступна десятилетия назад.

В.А. Кочетков,

магистр юриспруденции (РШЧП),
государственный советник юстиции
Российской Федерации 3 класса,
референт статс-секретаря – заместителя
министра юстиции Российской Федерации

Рецензия на книгу Э.А. Евстигнеева «Императивные и диспозитивные нормы в договорном праве»*

Тематика работы, выбранная Э.А. Евстигнеевым, является серьезным вызовом для любого ученого, так как затрагивает множество фундаментальных проблем в области договорного права, его теории и практики, а также предполагает глубокое теоретическое исследование основ договорного права и является непосильной задачей без наличия серьезного практического опыта.

В качестве подтверждения глубины исследования стоит отметить использование в работе трудов таких ученых и философов, как Платон, Кант, Гегель, дореволюционных российских цивилистов, а также ключевых представителей французской, немецкой и англо-американской школ права, включая основоположников теории правового позитивизма Ганса Кельзена и Герберта Харта.

Книга последовательно открывает читателю подходы к разделению норм на императивные и диспозитивные в близкой нашему правопорядку континентальной правовой системе, а также в системе общего права, которую нередко выбирают предста-

вители крупного бизнеса при структурировании сложных сделок, несмотря на то что подобный выбор ведет к существенному увеличению транзакционных издержек.

Стоит отметить, что сам по себе «уход» в другой правопорядок является нездоровой тенденцией для отечественного права и экономического оборота в целом, так как последний постоянно нуждается в привлечении инвестиций, которым, в свою очередь, нужны надежные гарантии правовой защиты.

В книге также изучены подходы в отечественном правопорядке и затронуты практические аспекты толкования императивных и диспозитивных норм в судебной практике. Несомненным достоинством практической части исследования является постатейный комментарий общих положений ГК РФ об обязательствах (ст. 307–358.18) через оценку их императивного и диспозитивного характера.

В работе проведен сравнительный анализ особенностей ключевых правопорядков, изучены причины различия правовых механизмов.

Автор приходит к выводу, что в странах континентального права в основе лежало деление правовых норм по их силе, обу-

* *Евстигнеев Э.А.* Императивные и диспозитивные нормы в договорном праве. М.: Инфотропик Медиа, 2017. 412 с.

словенное исторической связью с римским правом и кодификацией гражданского права, а также раскрывает дихотомию правовых норм в континентальном праве и доктрину подразумеваемых условий в системе общего права.

Примечательным является то, что ключевые правовые порядки, несмотря на различие подходов, развиваются в одной плоскости, идут «навстречу друг другу»: германский законодатель отходит от четкого деления всех норм в тексте кодифицированных актов и делает упор на определении вида норм судом путем толкования, а в системе общего права намечена тенденция на увеличение количества принятых законов, что, в свою очередь, сближает ее с континентальным правом.

Книга постепенно подводит читателя к главному вопросу: как обеспечить баланс интересов профессиональных участников рынка и обычных потребителей? Одним нужна возможность формировать правоотношения таким образом, чтобы максимально эффективно реализовать свои ресурсы и возможности, а другим — максимально эффективно защитить себя от разного рода злоупотреблений, особенно в условиях неравенства переговорных возможностей. Одновременно и тем, и другим нужен стабильный и предсказуемый экономический оборот, надежные правовые механизмы, защищающие их интересы, нужно то, без чего невозможно развитие общества и государства, частью которых мы все являемся.

В своих поисках автор справедливо указывает, что формально-атрибутивный подход давно исчерпал себя и не может оперативно реагировать на все те изменения, которые ежедневно происходят в сфере экономики и в области политики права. Наглядным образом стремительность изменений демонстрирует, к примеру, развитие правоотношений в области оборота информации и информационных технологий,

финансовых инструментов, в области технологий распределенных реестров и криптовалют. В свою очередь диспозитивный подход, который способен более быстро адаптироваться к таким изменениям и необходим профессиональным участникам экономического оборота, может стать почвой для нарушения прав обычных потребителей.

Таким образом, книга подводит читателя к выводу о том, что в качестве искомого баланса может выступить определенный алгоритм, методика определения императивного или диспозитивного характера норм договорного права с помощью судебного толкования и что как раз в сфере толкования необходима реформа, так как именно на этапе реализации норм путем их толкования при грамотном и адекватном подходе возможна максимально эффективная отдача от правового регулирования.

Отрадно, что автор не требует кардинальной смены действующих подходов к определению характера императивных и диспозитивных норм договорного права, не предлагает «ломать через колено» действующий порядок, что зачастую характерно для молодых ученых, а подводит читателя к последовательному решению, реализация которого, по мнению автора, позволила бы оптимальным образом ответить на поставленные в работе вопросы, и обосновывает его преимущества перед иными вариантами.

Вместе с тем стоит отметить, что предложенное автором решение определения характера норм посредством толкования само по себе не является панацеей. Для его реализации необходимы определенные предпосылки и последовательные шаги: необходима подготовка как ответственного законодателя, так и суда. Необходимо определенное развитие культуры судьи, понимание им принципов толкования права, определенное развитие других юристов, но и этого мало — необходимо,

чтобы отечественная наука, сами ученые, воспитывающие представителей всех отраслей юридической профессии, были готовы расширить дискреционные полномочия суда и в связи с этим разработать для него соответствующие механизмы, дать четкие ориентиры.

Сколько на это необходимо времени? Сколько еще необходимо дискуссий, научных работ?

Думаю, здесь важно не столько количество, сколько качество, и данная работа как раз и представляет собой качественный пример научного исследования, погружающего в проблематику разделения норм договорного права на императивные и диспозитивные и служащего отличным базисом для последующего развития идей и почвой для дальнейших рассуждений и поиска решений.

Встреча ведущих арбитражных институтов в Москве

20 марта в Москве прошла конференция «Международный арбитраж в центре внимания: от Токио до Нью-Йорка».

Ее организаторами выступили LF Академия и Арбитражный центр при Институте современного арбитража, при поддержке Петербургского международного юридического форума. Конференция, в которой приняли участие более 100 человек, в том числе российские и иностранные юристы, а также представители бизнеса и научного сообщества, прошла в историческом здании на площадке «Деловой России». Участники обсудили наиболее актуальные тенденции в международном коммерческом и инвестиционном арбитраже.

В рамках первой сессии состоялось обсуждение новых правил Венского международного арбитражного центра (Vienna International Arbitral Centre (далее – *VIAC*)), Лондонского международного третейского суда (London Court of International Arbitration (далее – *LCIA*)), Сингапурского международного арбитражного центра (Singapore International Arbitration Centre (далее – *SIAC*)), Немецкой институции по арбитражному делу (German Institution of Arbitration / Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (далее – *DIS*)), Гонконгского международного арбитражного центра (Hong Kong International Arbitration Centre (далее – *HKIAC*)), Международного арбитражного суда Международной торговой палаты (International Chamber of Commerce (далее – *ICC*)), МКАС при ТПП РФ и Арбитражного центра при Ин-

ституте современного арбитража. Спикеры проанализировали, с какими вызовами столкнулись арбитражные институты при обновлении положений своих регламентов, и поделились опытом выбора между гибкостью и детализированностью правил, указали на пути оптимизации стоимости и продолжительности арбитража.

Первым выступил *Манфред Хайдер* (генеральный секретарь *VIAC*). Его доклад был посвящен феномену «судебности» (judicialisation) в арбитраже, заключающемуся в том, что ранее гибкий и отвечающий в первую очередь потребностям сторон арбитраж становится больше похожим на рассмотрение споров в государственном суде с жесткой и регламентированной процедурой. Для сохранения гибкости арбитража и гарантий соблюдения прав сторон *VIAC* решил не дополнять свой Арбитражный регламент ни положениями о рассмотрении заявления о принятии обеспечительных мер чрезвычайными арбитрами, ни статьями, предусматривающими обязательное применение ускоренной процедуры арбитража без проведения устных слушаний, ни правом арбитражного учреждения назначать всех арбитров в одном споре.

Такая политика *VIAC* связана с тем, что, во-первых, решение чрезвычайного арбитра может быть не признано арбитражным решением, так как оно не затрагивает ни вопросов юрисдикции, ни существования спора. Следовательно, решение чрезвычайного арбитра может не подлежать признанию и приведению в исполнение в соответ-

ствии с Конвенцией ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) (далее – Нью-Йоркская конвенция).

Во-вторых, что касается применения обязательной ускоренной процедуры арбитража без проведения устных слушаний, такая процедура, по мнению спикера, тоже влечет большой риск отмены арбитражного решения на основании нарушения фундаментальных прав сторон и поэтому отсутствует в Арбитражном регламенте *VIAC*.

В-третьих, назначение арбитров арбитражными институтами, несмотря на эффективность такого назначения, в частности, в случаях множественности сторон арбитража, также ставит под вопрос соблюдение фундаментальных прав сторон.

Таким образом, *VIAC* осознанно не имплементировал некоторые новеллы арбитража как для сохранения гибкости и уважения воли сторон, так и во избежание отмены или отказа в исполнении арбитражных решений, принятых при его администрировании.

После Манфреда Хайдера выступила *Татьяна Меньшенина* (партнер международной юридической фирмы *Withersworldwide* (Лондон)) и рассказала о деятельности *LCIA* и *SIAC*.

В первой части своего выступления Татьяна Меньшенина подробно проанализировала практику *LCIA* в отношении принятия обеспечительных мер чрезвычайными арбитрами. Она также обратила внимание на подход государственных судов Англии к обеспечительным мерам в арбитраже на примере недавнего дела *Gerald Metals SA v. Timis & Ors*.

Во второй части своего выступления Татьяна Меньшенина представила динамику развития *SIAC*: он был создан в 2010 г.

и за пять лет при его администрировании было рассмотрено около 200 споров. В последнее время *SIAC* набирает особую популярность на мировом рынке арбитража: за один только 2016 г. в нем было рассмотрено порядка 250 споров. При осуществлении своей деятельности *SIAC* придает большое значение следованию мировым тенденциям в арбитраже, в связи с чем за пять лет его существования Арбитражный регламент *SIAC* обновлялся уже три раза. Большинство споров в *SIAC* приходится на страны Тихоокеанского региона, такие как Индия, Индонезия, Китай и Австралия. Споры, связанные с деятельностью российских компаний, также встречаются в его практике: в порядке арбитража, администрируемого *SIAC*, было рассмотрено около пяти таких споров. Помимо статистических данных Татьяна Меньшенина также проанализировала основные особенности Арбитражного регламента *SIAC*: механизмы раннего отказа в удовлетворении исковых требований, объединения арбитражных разбирательств, присоединения третьих лиц и порядок рассмотрения заявлений о принятии обеспечительных мер чрезвычайным арбитром.

Из Сингапура обратно в Европу: *Джеймс Менц* (заместитель генерального секретаря *DIS*) поделился опытом написания обновленного Арбитражного регламента *DIS*. Разработчики Арбитражного регламента старались сделать его наиболее гибким, однако в современных условиях некоторые положения в ущерб гибкости предполагают подробное регулирование. Джеймс Менц обратил особое внимание на существующую «паранюю» в отношении представления доказательств в арбитраже (*document production paranoia*). Для снижения риска отмены арбитражного решения Арбитражный регламент *DIS* предусматривает подробное регулирование в отноше-

нии доказательств, дающее сторонам право на наиболее полное их представление.

Выступление *лорда Питера Голдсмита* (королевский адвокат, соуправляющий партнер и глава практики по судебным разбирательствам в Европе и Азии международной юридической фирмы *Debevoise & Plimpton*) было посвящено деятельности *HKIAC*. Одним из преимуществ рассмотрения споров в *HKIAC* с местом арбитража в Гонконге являются проарбитражные и крайне профессиональные государственные суды, унаследовавшие традиции судов Великобритании. Также арбитражные решения, вынесенные при администрировании *HKIAC*, признаются и приводятся в исполнение в Китае в упрощенном порядке, что также является одним из его преимуществ при рассмотрении споров, затрагивающих деятельность китайских компаний.

Мачей Ямка (председатель национального комитета *ICC* в Польше) посвятил свое выступление особенностям Арбитражного регламента *ICC*, вступившего в силу 1 марта 2017 г. В частности, он проанализировал новые положения о прозрачности, позволяющие в некоторых случаях частичную публикацию мотивировочной части арбитражного решения. Во время выступления им также был описан механизм сокращения арбитражного сбора, подлежащего уплате в случае вынесения арбитражного решения в нарушение срока, предусмотренного Арбитражным регламентом. Мачей Ямка отметил, что такие изменения способствуют развитию арбитража при администрировании *ICC*.

Первая сессия завершилась выступлением *Алексея Костина* (председатель МКАС при ТПП РФ, профессор МГИМО МИД России), посвященного деятельности МКАС при ТПП РФ и арбитражной реформе в России. В частности, он рассказал об открытии филиалов МКАС при ТПП РФ в различных городах России и за-

тронул вопрос регулирования спортивно-го арбитража в России.

Модератором первой сессии выступил *Акира Кавамура* (президент Японской ассоциации арбитров).

Специальная мини-сессия конференции была посвящена инвестиционному арбитражу. В ее рамках *Бриджит Штерн* (международный арбитр, почетный профессор международного права Университета Париж I Пантеон-Сорбонна) рассказала, в чем состоит особенность инвестиционного арбитража – в том, что он находится как бы посередине между коммерческим и межгосударственным арбитражем. В связи с этим инвестиционный арбитраж обладает чертами как одного, так и другого.

Профессор Штерн выделила несколько отличий инвестиционного арбитража от коммерческого. Во-первых, применимым правом в инвестиционном арбитраже является международное право, не столь распространенное в коммерческом арбитраже. Во-вторых, при рассмотрении инвестиционных споров на состав арбитража возложена более ответственная миссия, чем в коммерческом арбитраже. Это связано с тем, что большинство решений, принимаемых в рамках инвестиционного арбитража, находится в открытом доступе, а потому состав арбитража должен не только решить конкретный спор, но и соответствовать общему правовому регулированию и постараться внести в него свой вклад. Также профессор Штерн отметила важность особых мнений в инвестиционном арбитраже на примере многомиллионного спора *Occidental v. Ecuador*. Арбитражное решение, вынесенное в пользу инвесторов, было отменено Комитетом *ad hoc* Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)) (далее – МЦУИС). Фактически Комитет построил свое решение на особом

мнении профессора Штерн по этому спору. В-третьих, в отличие от коммерческого арбитража, для разбирательства в инвестиционном арбитраже может быть нехарактерна концепция места арбитража. Такое случается, если инвестиционный спор рассматривается в арбитраже, администрируемом МЦУИС. Решения, принятые в рамках МЦУИС, признаются государствами, ратифицировавшими Конвенцию о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами (Вашингтон, 18 марта 1965 г.), как если бы они были окончательными решениями судебного органа государства. В-четвертых, инвестиционный арбитраж отличается процессуальными особенностями, связанными с прозрачностью и открытостью разбирательства, не соответствующими конфиденциальной природе коммерческого арбитража. Например, некоммерческие организации могут направить составу арбитража письменные представления по вопросам, относящимся к существу спора, а также в исключительных случаях получить доступ к материалам рассматриваемого спора для подготовки такого представления.

Затем профессор Штерн затронула один из наиболее острых вопросов международного права в инвестиционном арбитраже – вопрос вменения ответственности государствам за действия государственных компаний на примере споров *Jan de Nul and Dredging International v. Egypt* и *Sergei Paushok v. Mongolia*.

Тему инвестиционного арбитража в мини-сессии продолжил *Никита Кондрашов* (юрист *Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH* (Гамбург)). Его выступление было посвящено спорам, связанным с инвестициями в возобновляемые источники энергии на территории таких государств – членов ЕС, как Испания, Чехия, Румыния, Италия, Польша и Болгария. В 2009 г. ЕС была при-

нята Директива о поощрении использования возобновляемых источников энергии, что привлекло значительный приток инвестиций. Однако в последние годы поддержка рынка возобновляемых источников энергии в вышеперечисленных государствах – членах ЕС заметно снизилась. В связи с этим иностранные инвесторы заявили о нарушении своих «обоснованных ожиданий» (*legitimate expectations*) примерно в 40 арбитражных разбирательствах, в 32 из которых в качестве ответчика выступает Испания. Также Никита Кондрашов затронул вопрос развития инвестиционного арбитража в ЕС в связи с недавними заявлениями Европейской комиссии об исключительной компетенции ЕС в отношении иностранных инвестиций и о необходимости прекращения действия всех двусторонних инвестиционных договоров между государствами – членами ЕС.

Вторая сессия была посвящена арбитрабельности корпоративных споров в различных юрисдикциях, первому опыту российских арбитражных учреждений по созданию правил арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ и Арбитражного центра при Институте современного арбитража, а также действию арбитражных регламентов во времени и вопросу параллельных разбирательств в арбитраже и в государственных судах.

В рамках второй сессии *Олеся Петроль* (доцент Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ) проанализировала, как арбитражные регламенты различных арбитражных институтов применяются во времени. На случай, если стороны не договорились, какой регламент подлежит применению при рассмотрении спора (арбитражный регламент на момент заключения арбитражного соглашения или на момент начала арбитража), в большинстве арбитражных регламентов содержится положе-

ние о применении регламента, действующего на момент начала арбитража.

Олеся Петроль также обратила внимание на позиции государственных судов в различных правовых порядках (Англия, Франция, Германия, Швейцария, Россия) по поводу того, какой арбитражный регламент подлежит применению в случае темпорального конфликта.

Что касается доводов в пользу применения арбитражного регламента на момент заключения арбитражного соглашения, такой подход, во-первых, в большей степени соответствует договорной природе арбитража и ожиданиям сторон. Во-вторых, только один регламент существовал на момент заключения арбитражного соглашения, поэтому стороны выразили свое согласие именно на его применение.

Что касается доводов в пользу применения арбитражного регламента на момент начала арбитража, во-первых, арбитражные регламенты регулярно обновляются. В связи с этим, если стороны не указали на арбитражный регламент, существовавший на момент заключения арбитражного соглашения, они не исключили возможность применения арбитражного регламента на момент начала арбитража. Во-вторых, применение регламента, существующего на момент начала арбитража, более удобно и эффективно с точки зрения администрирования. В-третьих, при рассмотрении споров в арбитраже стороны скорее выражают доверие определенному арбитражному учреждению, а не определенному регламенту. В-четвертых, изменения регламентов чаще всего направлены на совершенствование арбитража, в связи с чем применение обновленных правил более благоприятно для сторон.

Однако есть такие существенные положения арбитражного регламента (касающиеся, например, порядка отвода арбитров, оспаривания арбитражного решения,

рассмотрения заявления о принятии обеспечительных мер чрезвычайным арбитром), на применение которых, по мнению Олеси Петроль, необходимо прямое согласие сторон. Иначе арбитражное решение, вынесенное в соответствии с арбитражным регламентом, существующим на момент начала арбитража и предусматривающим положения, на которые стороны прямо не согласились, может быть отменено на основании ст. V(1)(d) Нью-Йоркской конвенции.

Следующим спикером в сессии стала Софи Лэм (глава практики по международному арбитражу *Latham & Watkins LLP* (Лондон)), которая в свою очередь проанализировала проблему параллельных разбирательств в арбитраже.

Софи Лэм выделила следующие случаи возможных параллельных разбирательств: 1) параллельные разбирательства в арбитраже и в государственных судах на примере дела *Southern Pacific Properties v. Egypt*; 2) параллельные разбирательства в разных арбитражах на примере дел *Ampal v. Egypt*, *CME v. Czech Republic* и *Lauder v. Czech Republic*; 3) параллельные разбирательства в арбитраже и межгосударственном суде на примере дела *Mox Plant*.

Основными недостатками параллельных разбирательств являются риски принятия противоречащих друг другу арбитражных решений, а также присуждение проигравшей стороне повторного возмещения убытков. В связи с этим составу арбитража необходимо принимать во внимание факт наличия параллельного разбирательства, и если его возникновение связано со злоупотреблением истцом своими процессуальными правами, то приостанавливать или прекращать рассмотрение спора в арбитраже.

Татьяна Полевщикова (международный советник Куала-Лумпурского регионального арбитражного центра (Kuala

Lumpur Regional Centre for Arbitration (далее — *KLRCА*)) в свою очередь рассказала про историю создания *KLRCА* и основные вехи развития арбитража в Куала-Лумпуре. В апреле 1955 г. состоялась конференция в Бандунге (Индонезия), а вскоре после этого была создана Африко-азиатская консультативно-правовая организация. В 2005 г. в Куала-Лумпуре был принят Закон об арбитраже, в который в 2011 и 2013 гг. вносились изменения. В 2014 г. у *KLRCА* появилось большое здание для осуществления своей деятельности и проведения устных слушаний, которое портал *Global Arbitration Review* назвал «Восточным дворцом мира» с аллюзией на Дворец мира в Гааге.

Татьяна Полевщикова подробно рассказала об Арбитражном регламенте *KLRCА*, Правилах медиации, Правилах арбитража строительных споров (адьюдикации), а также правилах арбитража споров, связанных с доменными именами. В 2016 г. при администрировании *KLRCА* было рассмотрено 618 споров, тогда как за все время существования до 2002 г. — только 22. Более 1100 арбитров включены в список арбитров *KLRCА*, из которых 39 — русскоговорящие.

Помимо администрирования арбитража *KLRCА* также занимается активной образовательной деятельностью: проводит курсы *CIArb* по международному коммерческому арбитражу (по окончании которых выдается специальный диплом) и курсы по исламскому праву, предварительные раунды конкурса по международному коммерческому арбитражу им. Вильяма Виса, а также летние курсы, посвященные инвестиционному арбитражу.

Выступление *Антонa Асоскова* (член Президиума и председатель Комитета по назначениям арбитража корпоративных споров МКАС при ТПП РФ, профессор МГУ им. М.В. Ломоносова) было посвящено опыту составления первых в России правил арбитража корпоративных спо-

ров. Признание арбитрабельными корпоративных споров в новом российском законодательстве об арбитраже обусловило необходимость разработки арбитражными учреждениями специальных правил для рассмотрения некоторых видов корпоративных споров (так называемых «условно» арбитрабельных корпоративных споров). Пионерами в этом направлении стали два арбитражных учреждения — МКАС при ТПП РФ и Арбитражный центр при Институте современного арбитража. Антон Асосков, участвовавший в работе над правилами обоих арбитражных учреждений, отметил, что среди главных вопросов, учитываемых разработчиками, были: выражение согласия на арбитраж различными участниками корпоративных отношений; информирование всех участников корпорации об арбитраже; процессуальный статус участников корпорации, присоединяющихся к арбитражу, и их участие в формировании состава арбитража; арбитражные расходы. По мнению спикера, оба набора правил получились прогрессивными и даже в некоторых аспектах превосходящими законодательное регулирование арбитража корпоративных споров.

Модератором второй сессии выступил лорд Питер Голдсмит.

В рамках третьей сессии *Руслан Ибрагимов* (член Правления и вице-президент по корпоративным и правовым вопросам ПАО «МТС»), *Валерий Сиднев* (руководитель Правового департамента АО «МКХ ЕвроХим») и *Тимур Валиев* (заместитель генерального директора по юридическим вопросам En+) ответили на вопросы модераторов *Анны Грищенко* (член Президиума Арбитражного центра при Институте современного арбитража, партнер адвокатского бюро КИАП) и *Андрея Горленко* (ответственный администратор Арбитражного центра при Институте современного арбитража) о том, как бизнес оценивает

первые результаты арбитражной реформы, в каких арбитрах он наиболее заинтересован и какие шаги поспособствуют передаче споров с участием российских компаний в российские арбитражные учреждения. Присутствующие в зале участники имели возможность отвечать на вопросы вместе со спикерами с помощью интерактивного голосования.

Конференция завершилась коктейлем от международной юридической фирмы *Latham & Watkins*; участники и спикеры смогли пообщаться в неформальной обстановке и обменяться мнениями по вопросам, поставленным в ходе конференции.

*Арбитражный центр
при Институте современного арбитража*

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 развивающееся направление деятельности нашей фирмы, основанное 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 – крупные российские и международные компании, в том числе представители топливно-энергетического сектора, электроэнергетики, пищевой промышленности.

105005, Москва,
Денисовский пер., д. 23, стр. 6
Эл. почта: info@rospravo.ru
Телефон: +7 495 783 74 50
Факс: +7 495 795 03 90

www.tradelawpractice.ru

www.rospravo.ru

www.facebook.com/tradelawpractice.ru



О свободном доступе к «Вестнику международного коммерческого арбитража», а также к книгам о практике МКАС и МАК при ТПП РФ

Не очень давно редакция «Вестника международного коммерческого арбитража» задалась вопросом: «Вестник МКА» пользуется известностью и серьезной репутацией (хотя и в относительно узких третейских кругах), но подписчиков на него не очень много (видимо, по причине все той же узости таких кругов).

При этом с начала 2016 г. по итогам принятия новых законов об арбитраже в России началась реформа третейской сферы, которая призвана кардинально в ней все изменить. Правда, не вполне понятно, станут ли в итоге указанные круги в России шире.

Это не исключено, но все зависит от роста значимости международного коммерческого арбитража в Российской Федерации, к чему определенные предпосылки иметься могут.

В любом случае, чтобы привлечь внимание к вопросам международного коммерческого арбитража и содействовать указанному росту, редакция «Вестника МКА» приняла решение о размещении на своем сайте в свободном доступе полных версий всех предыдущих номеров журнала, уже ставших библиографической редкостью (с согласия соответствующих правообладателей и заинтересованных лиц).

**Электронные версии всех номеров журнала «Вестник МКА» доступны по ссылке:
<http://arbitrationreview.ru/soderzhanie-nomerov>.**

Каждый номер представлен в отсканированном виде в форме pdf-файла с возможностью поиска по тексту внутри него.

«Вестник МКА» выпускается с 2010 г. и является преемником журнала «Международный коммерческий арбитраж», издававшегося в период с 2004 г. по 2008 г.

Желающие могут ознакомиться с содержанием более 30 номеров журнала и прочитать в общей сложности почти 500 статей ведущих российских и зарубежных специалистов по международному коммерческому и инвестиционному арбитражу, международному частному праву. Помимо аналитических материалов, в «Вестнике МКА» публикуются интересные решения МКАС и МАК при ТПП РФ, решения иностранных арбитражных центров, а также переводы зарубежных публикаций по актуальным вопросам арбитража.

Одновременно все в тех же целях привлечения внимания к вопросам международного коммерческого арбитража редакция «Вестника МКА» оказала содействие в размещении на сайтах МКАС при ТПП РФ и МАК при ТПП РФ (с согласия соответствующих правообладателей и заинтересованных лиц) отдельных изданий о МКАС и МАК, прежде всего об их практике (включая материалы об изданиях по их практике до 1991 г.), а также по поводу их истории, библиографии, статистики.

Практика МАК представлена с 1932 г., а практика МКАС – с 1995 г. (все работы М.Г. Розенберга, вышедшие отдельными изданиями). Каждая книга – точно так же в отсканированном виде в форме pdf-файла с возможностью поиска по тексту внутри него.

**См.: <http://mkas.tpprf.ru/ru/materials/> и <http://mac.tpprf.ru/ru/materials/>
(полный перечень материалов доступен по ссылке «Открыть еще»).**

*А. Жильцов, главный редактор «Вестника МКА»
А. Муранов, коллегия адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры»*

Первый сайт для бизнес-сообщества, посвященный вопросам обращения в Конституционный Суд РФ

Обращение в Конституционный Суд РФ – мощный инструмент, позволяющий исправить ситуацию, когда дело уже проиграно во всех судебных инстанциях. В случае успеха все вынесенные решения по нему будут по общему правилу подлежать пересмотру. Именно поэтому обращение в Конституционный Суд РФ – последний на территории России юридический аргумент бизнеса в свою защиту, особенно в ситуации неоднозначного толкования той или иной примененной судом в конкретном деле нормы закона.

Конституционный Суд РФ, помимо вопросов защиты прав физических лиц, рассматривает вопросы коммерческого права в их конституционном измерении, решая их в пользу бизнеса, так что сегодня предприниматели могут серьезно рассчитывать на защиту своих прав в Конституционном Суде РФ.

Задача сайта www.kslitigation.ru – рассказать бизнесу о том, как это сделать наиболее эффективным образом. На нем среди прочего можно найти:

- описание порядка обращения в Конституционный Суд РФ и стадий конституционного судопроизводства;
- рекомендации по подготовке жалобы в Конституционный Суд РФ, включая советы по ее усилению;
- анализ основных причин, по которым Конституционный Суд РФ может отказать в принятии жалобы к рассмотрению, и рекомендации по тому, как снизить риск такого отказа;
- описание конкретных дел Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры» по обращениям в Конституционный Суд РФ;
- собранную и тщательно проанализированную статистику обращений бизнеса в Конституционный Суд РФ.

Юристы Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры» имеют большой опыт ведения дел в Конституционном Суде РФ, в том числе в интересах бизнес-сообщества, и ответят на все интересующие вас вопросы.

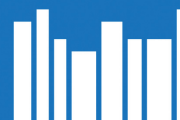
Контакты:

Денисовский пер., д. 23, стр. 6, Москва, Россия, 105005

Тел.: +7 495 783 7450

Факс.: +7 495 795 0390

Эл. почта: info@rospravo.ru



Электронная библиотека «Наука права» –
самый крупный онлайн-ресурс оцифрованных оригиналов
правовых документов, научных и прикладных работ

НАУКА ПРАВА
ЭЛЕКТРОННАЯ БИБЛИОТЕКА

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 «Российских арбитражных дней»;
- Труды и сборники;
- Библиографии;
- Интервью.

NAUKAPRAVA.RU

- **Документы сразу 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 конкретного материала, который не удалось найти на сайте.
- **Удобный интерфейс** позволяет новым пользователям быстро и комфортно начать работу.

«ВЕСТНИК МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА»

издается при поддержке:



М Муранов,
Черняков
и партнеры

www.rospravo.ru



9 772075 193000

www.naukaprava.ru