

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ

Конвенция

Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности

Российский опыт:

Критерии арбитрабельности споров по законодательству Российской Федерации

Роль арбитров в контексте борьбы с отмыванием денег

XII ежегодный конкурс по международному коммерческому арбитражу имени Виллема К. Виса

Зарубежный опыт:

Разумный срок для подачи покупателем извещения о несоответствии товара в спорах, разрешаемых на основании Венской конвенции

Инвестиционный арбитраж с участием государств

О риске коллизии между Нью-Йоркской конвенцией и принятым после нее национальным законодательством о поддержке арбитража

Объективная арбитрабельность споров и исключительная компетенция государственных судов по германскому праву

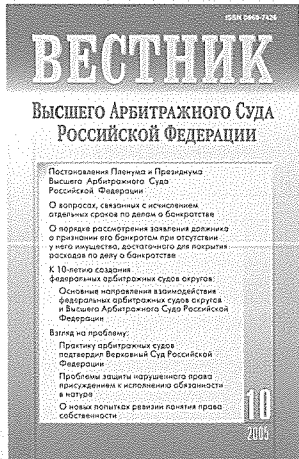
Из практики судов и международных коммерческих арбитражей

2005
октябрь-декабрь

№ 4

ПОДПИСКА

в отделениях почтовой связи России, стран СНГ и Балтии в каталоге Агентства "Роспечать"

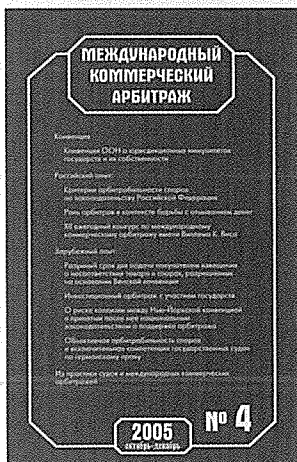


"ВЕСТНИК ВЫСШЕГО АРБИТРАЖНОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ"

Индекс подписки 70040

Журнал выходит 6 раз в полугодие

Бланк абонемента на подписку см. на www.vestnik-vas.ru



"МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ"

Индекс подписки 82170

Журнал выходит 2 раза в полугодие

Бланк абонемента на подписку см. на www.vestnik-vas.ru

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ

№ 4 (8)

октябрь – декабрь 2005

Редакционный совет: **А.С. Комаров** (председатель),
М.М. Богуславский, **В. Видер**, **Н.Г. Вилкова**, **В.В. Витрянский**,
Д. Гертцфельд, **И.С. Зыкин**, **А.А. Костин**, **Г. Креспи Регицци**,
С.Н. Лебедев, **М.Г. Розенберг**, **К. Хобер**, **В.В. Ярк**

Главный редактор – **Б.Р. Карабельников**

Адрес редакции:

107996, Москва, Орликов пер., д. 5, стр. 2, к. 443;
тел.: (095) 926-83-74, 681-94-23; факс: 926-43-87

Для писем: 107078, Москва, а/я 120

E-mail: info@intarb.ru

Издательство ООО "ЮРИТ-Вестник"

Тел.: (095) 926 8374, 975 0443; факс: (095) 926 4387; www.vestnik-vas.ru

Журнал "Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации": post@vestnik-vas.ru

Журнал "Международный коммерческий арбитраж": info@intarb.ru

Передача либо размножение любым способом и в любой форме материалов из журнала "Международный коммерческий арбитраж" допускается только с письменного согласия издателя. Редакция не дает справок и консультаций и не вступает 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.

“Международный коммерческий арбитраж” зарегистрирован в Министерстве Российской Федерации по делам печати, телерадиовещания и средств массовых коммуникаций. Свидетельство о регистрации ПИ № 77-14065 от 29 ноября 2002 г.

Индекс подписки 82170 в каталогах Агентства “Роспечать”.

Учредитель и издатель – © Общество с ограниченной ответственностью “ЮРИТ-Вестник”, 2005.

Издательство: **Е.Ю. Казакова** – директор;
Ю.И. Тюньков – главный редактор издательства;
О.В. Казаков – технический редактор;
секретариат, отдел объявлений – **Н.Н. Андреева, С.Б. Щепкина**;
корректура – **Л.Д. Григорьева, И.В. Фенякова**;
размещение рекламы – тел.: 681-94-23

**НОВОЕ ПРЕДЛОЖЕНИЕ ИЗДАТЕЛЬСТВА
ООО “ЮРИТ-Вестник”**

**Комплект журнала
“Международный коммерческий арбитраж”
№ 1 – 4 за 2004 год
Цена с НДС – 440 руб.**

Содержание номеров на www.vestnik-vas.ru

Тел. (095) 926 83 74, 975 04 43, факс 926 43 87, e-mail: info@intarb.ru

Банковские реквизиты:

Получатель – ООО “ЮРИТ-Вестник”, ИНН 7701044217, КПП 770101001,
р/с 40702810200021019566, ОАО “БАНК УРАЛСИБ”, г. Москва,
к/с 30101810100000000787, БИК 044525787

или

р/с 40702810138070103466, Стромьинское ОСБ № 5281, Сбербанк России,
г. Москва, к/с 30101810400000000225, БИК 044525225.

Подписано в печать 06.10.05. Формат 70x108^{1/16}. Объем 12 п. л.

Заказ № 51860. Тираж 400 экз.

Цена в розницу договорная.

Отпечатано в ООО “ИД “Медиа-Пресса”
127137, Москва, ул. Правды, д. 24, стр. 1.

СОДЕРЖАНИЕ

КОНВЕНЦИЯ

- Хлестова И.О.** Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 4
- Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 15

РОССИЙСКИЙ ОПЫТ

- Нестеренко А.В.** Критерии арбитрабельности споров по законодательству Российской Федерации 27
- Минаева Т.В.** Роль арбитров в контексте борьбы с отмыванием денег 43
- Кабатова Е.В., Лобода А.И.** Двенадцатый ежегодный конкурс по международному коммерческому арбитражу имени Виллема К. Виса (2004 – 2005) 53

ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ

- Витц К.** Разумный срок для подачи покупателем извещения о несоответствии товара – острый вопрос в спорах, разрешаемых на основании Венской конвенции 68
- Дуглас З., Климов Я.Ю.** Инвестиционный арбитраж с участием государств 78
- Мосс Дж.К.** Существует ли риск коллизии между Нью-Йоркской конвенцией и принятым после нее национальным законодательством о поддержке арбитража? 112
- Трунк А.** Объективная арбитрабельность споров и исключительная компетенция государственных судов по германскому праву 127

ИЗ ПРАКТИКИ СУДОВ РАЗЛИЧНЫХ ГОСУДАРСТВ ПО ПРИВЕДЕНИЮ В ИСПОЛНЕНИЕ И ОСПАРИВАНИЮ РЕШЕНИЙ МЕЖДУНАРОДНЫХ АРБИТРАЖЕЙ

- Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 15.12.04 по делу № А56-5143/04 131
- Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 09.12.04 по делу № А42-4747/04-13 134
- Решение Федерального Верховного Суда Швейцарии от 27.05.03 139
- Комментарий Беляева С.А.: Некоторые размышления по поводу решения Федерального Верховного Суда Швейцарии от 27 мая 2003 г. 161

ИЗ ПРАКТИКИ МЕЖДУНАРОДНЫХ КОММЕРЧЕСКИХ АРБИТРАЖЕЙ

- Решение МКАС при ТПП РФ от 28.02.05 по делу № 172/2003 170
- Решение МКАС при ТПП РФ от 19.01.05 по делу № 67/2004 177

СОБЫТИЯ И ФАКТЫ

188

И.О. ХЛЕСТОВА,
доктор юридических наук,
ведущий научный сотрудник
Института законодательства
и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации

Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности

С 1979 года Комиссия ООН по международному праву занималась разработкой статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности¹. Этот проект был принят Комиссией и одобрен резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН № 49/61 от 9 декабря 1994 г.². В дальнейшем разработкой проекта о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности занимались рабочая группа Шестого комитета Генеральной Ассамблеи³, Комиссия международного права⁴ и Специальный комитет по юрисдикционным иммунитетам государств и их собственности, который был учрежден резолюцией Генеральной Ассамблеи № 55/150 от 12 декабря 2000 г. Этот комитет завершил разработку проекта статей⁵. 2 декабря 2004 г. Генеральная Ассамблея резолюцией № 59/39 одобрила Конвенцию ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (далее – Конвенция) и призвала государства стать ее участниками. Названная резолюция предложила Генеральному секретарю ООН в качестве депозитария открыть Конвенцию для подписания.

Условно нормы Конвенции можно разделить на пять групп: 1) посвященные определению терминов; 2) регулирующие согласие иностранного государства на отказ от судебного иммунитета; 3) определяющие принцип и случаи, когда иностранное государство не пользуется судебным иммунитетом; 4) регламенти-

¹ См.: Хлестова И.О. Проблемы юрисдикционного иммунитета иностранного государства в работе Комиссии международного права // Советский ежегодник международного права – 1989. М., 1989; Хлестова И.О. Проблемы юрисдикционного иммунитета иностранного государства (законодательство и практика). Владимир, 2002. С. 146–176.

² См.: Ушаков Н.А. Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности. М., 1993.

³ Документы A/C.6/47/L.10; A/C.6/48/L.4; A/C.6/49/L.2.

⁴ См.: Лукашук И.И. 51-я сессия Комиссии международного права // Московский журнал международного права. 2000. № 3.

⁵ Документы A/57/22; A/C/262/1/4/Add.1. См.: Силкина И.В. Международно-правовая унификация института иммунитета государства: новые тенденции // Московский журнал международного права. 2002. № 4.

рующие иммунитеты от предварительных мер и исполнительных действий; 5) относящиеся к судопроизводству.

Конвенция (ст. 2) содержит определение понятия “государство”. Согласно Конвенции “государство” означает: 1) государство и его различные органы управления; 2) составные части федеративного государства, его политические подразделения, которые правомочны совершать действия в осуществление суверенной власти и действуют в этом качестве; 3) учреждения, институты, организации в той мере, в какой они правомочны совершать и фактически совершают действия в осуществление суверенной власти государства; 4) представители государства, действующие в этом качестве. Понятие “государство” охватывает все иностранные государства независимо от формы правления.

Очень часто в международных частноправовых отношениях государство представлено правительством, например при выдаче гарантий в отношении частноправовых сделок, при заключении кредитных договоров и др. Поэтому иск, предъявленный к правительству государства, рассматривается как иск против иностранного государства, что соответствует сложившейся практике. Примером может служить дело *X. v. Government of the United States*⁶, рассмотренное Верховным судом Австрии в 1961 году.

Конвенция относит к понятию “государство” составные части государства, под которыми имеются в виду субъекты федеративного государства. В некоторых государствах субъекты, входящие в федерации, по историческим и иным причинам пользуются иммунитетом. Этот статус субъектов федерации нашел отражение в пункте 2 статьи 28 Европейской конвенции об иммунитете государства 1972 года⁷, которая позволяет федеративному государству сделать заявление о том, что входящие в его состав субъекты могут “ссылаться на ее положения”.

Субъект федерации, политическое подразделение вправе ссылаться на иммунитет при условии, что они наделены полномочиями совершать действия в осуществление суверенной власти и действуют в этом качестве. Если они заключают частноправовые сделки, они не вправе пользоваться иммунитетом.

Конвенция (ст. 1) применяется к иммунитету государства и его собственности от юрисдикции судов другого государства. Она не распространяется на привилегии и иммунитеты дипломатических представительств, консульских учреждений, специальных миссий, представительств при международных организациях или делегаций в органах международных организаций или на международных конференциях и относящихся к ним лиц, а также глав государств.

Конвенция (ст. 7) исходит из того, что иностранное государство не пользуется иммунитетом, если оно явно выразило согласие на осуществление судом другого государства-участника юрисдикции в силу: а) международного соглашения; б) письменного контракта; в) заявления в суде или письменного сообщения в рамках конкретного разбирательства. Иными словами, Конвенция устанавливает формы явного отказа иностранного государства от иммунитета. Согласно пункту 2 статьи 7 Конвенции согласие государства на применение законодательства другого государства не рассматривается как согласие на осуществление юрисдикции судами этого государства. Таким образом, Конвенция исходит из того, что выбор права не означает отказа иностранного государства от иммунитета.

Две последующие статьи касаются подразумеваемого согласия.

⁶ Materials on jurisdictional immunities of states and their property. New York, 1982. P. 203–207.

⁷ Materials on jurisdictional immunities. Op. cit. P. 171–175.

Согласно пункту 1 статьи 8 Конвенции государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции судов другого государства, если оно само возбудило разбирательство, приняло участие в разбирательстве существа дела или предприняло какое-либо иное действие по существу дела. Свидетельством согласия может быть поведение государства. Например, государство является истцом по делу или представитель государства, который оспаривает существо дела, явился в суд. Пункт 1“b” статьи 8 содержит исключение из этого правила: если государство докажет в суде, что ему не могло быть известно о фактах, могущих служить основанием для заявления об иммунитете, до тех пор, пока оно не предприняло такого действия, оно может сослаться на иммунитет при условии, что сделает это по возможности в ближайшее время.

В соответствии с пунктом 2 статьи 8 Конвенции государство не рассматривается как согласившееся на осуществление юрисдикции судом другого государства, если оно вступает в разбирательство или предпринимает какое-либо действие с единственной целью: а) сослаться на иммунитет; или б) привести доказательства своего права или интереса в отношении своей собственности, которой касается разбирательство. Из изложенного вытекает, что иностранное государство, которое явилось в суд другого государства только для того, чтобы потребовать предоставления иммунитета, не дает согласия на осуществление юрисдикции этого суда. Кроме того, иностранное государство, не будучи стороной разбирательства, вправе выдвигать претензии на право или интерес в отношении имущества, которое является предметом этого разбирательства, не подчиняясь юрисдикции суда другого государства. Конвенцией (п. 3 ст. 8) предусмотрено, что явка представителя иностранного государства в суд другого государства для дачи свидетельских показаний не должна пониматься как согласие иностранного государства на осуществление юрисдикции этим судом. Пунктом 4 статьи 8 установлено, что неучастие иностранного государства в разбирательстве в суде другого государства не должно пониматься как согласие иностранного государства на осуществление юрисдикции этим судом. В этом положении термин “неучастие” охватывает случаи неявки иностранного государства независимо от того, была ли она умышленной или нет.

Согласно Конвенции (ст. 9) другим случаем подразумеваемого отказа является предъявление встречного иска. Во-первых, иностранное государство, возбуждающее разбирательство в суде другого государства, рассматривается как давшее согласие на осуществление юрисдикции в отношении любого встречного иска, который основан на том же правовом отношении или фактах, что и основной иск. Во-вторых, иностранное государство, которое вступает в процесс, ведущийся в суде другого государства, для предъявления иска, не может ссылаться на иммунитет в отношении любого встречного иска, который основывается на том же правоотношении и фактах, что и иск этого государства. В этой норме имеются в виду случаи, когда иностранное государство вступает в процесс в качестве заинтересованной стороны для предъявления иска. В-третьих, иностранное государство, предъявляющее встречный иск при разбирательстве, возбужденном против него в суде другого государства, рассматривается как давшее согласие на осуществление юрисдикции этого суда.

Статья 20 Конвенции закрепляет важное положение, согласно которому согласие на отказ от судебного иммунитета не означает согласие на отказ от иммунитета от предварительных мер или исполнительных действий.

Конвенция (ст. 5) устанавливает общий принцип: государство пользуется иммунитетом в отношении себя и своей собственности от юрисдикции судов другого государства с учетом ее положений. Случаи, ограничивающие иммуни-

тет государств, сформулированы в статьях 10–17 Конвенции. Иностранное государство согласно этим статьям не может ссылаться на иммунитет, независимо от того, выразило ли оно согласие на отказ от иммунитета. Другими словами, сам факт осуществления иностранным государством деятельности или совершения действий, предусмотренных названными статьями Конвенции, ведет к утрате им права на иммунитет.

Согласно пункту 1 статьи 10 Конвенции иностранное государство не может сослаться на иммунитет от юрисдикции суда другого государства при разбирательстве относительно коммерческой сделки. Под коммерческой сделкой понимаются: а) любой коммерческий контракт или сделка купли-продажи товаров или о предоставлении услуг; б) любой контракт о займе или иная сделка финансового характера, включая любое обязательство по гарантии или компенсации в отношении любого такого займа или сделки; в) любой иной контракт или сделка финансового, коммерческого, промышленного, торгового или профессионального характера, за исключением трудовых договоров. В частности, Конвенция относит к коммерческим сделкам все виды сделок купли-продажи товаров, предоставления услуг, договоры займа, кредитные договоры, предоставление государством гарантий при осуществлении сделок физическими и юридическими лицами.

Для определения того, имеет ли сделка коммерческий характер, Конвенция (п. 2 ст. 2) обязывает использовать два критерия. Прежде всего необходимо исходить из природы контракта или сделки. Затем следует учитывать также их цель, если: а) стороны договорились об этом; б) согласно практике государства суда эта цель имеет отношение к определению некоммерческого характера этого контракта или сделки. Иными словами, при определении характера сделки сторона вправе требовать, чтобы учитывалась ее цель, если при заключении сделки стороны договорились об этом или согласно практике государства суда цель имеет отношение к определению характера сделки.

Использование критерия “цель сделки” позволяет государству защитить свои национальные интересы в случаях, когда сделка заключается в государственных интересах. Например, закупка иностранным государством медикаментов для борьбы с распространением эпидемии ящура будет рассматриваться как совершение гражданско-правовой сделки в осуществление суверенной власти. Пункт 1 статьи 10 Конвенции не применяется: а) в случае коммерческой сделки между государствами; б) если стороны коммерческой сделки явно договорились об ином.

Конвенция (п. 3 ст. 10) устанавливает важное правило, закрепляющее иммунитет за иностранным государством. Речь идет о государственных предприятиях или других образованиях, учрежденных государством, которые наделены независимой правосубъектностью и способны: а) предъявлять иски, быть ответчиком; б) приобретать имущество, иметь его в своей собственности или владеть и распоряжаться им. Если такая организация участвует в разбирательстве относительно коммерческой сделки, заключенной ею, то она не пользуется иммунитетом, который предоставляется государству. Здесь имеются в виду самостоятельные государственные организации, например государственные унитарные предприятия, осуществляющие внешнеэкономическую деятельность. В Толковании в отношении определенных положений Конвенции (далее – Толкование), являющемся согласно статье 25 ее неотъемлемой частью, относительно пункта 3 статьи 10 отмечается, что этот пункт не предвещает вопроса о “проникновении за корпоративный занавес”. Здесь имеются в виду вопросы, касающиеся

ситуации, когда государственное образование умышленно неверно представило свое финансовое положение или впоследствии занизило объем своих активов для того, чтобы избежать удовлетворения претензии.

Согласно Конвенции (п. 1 ст. 11) иностранное государство не может ссылаться на иммунитет в суде другого государства по делам, касающимся трудового договора между иностранным государством и физическим лицом относительно работы, которая была или должна быть выполнена полностью или частично на территории государства суда. Это положение не применяется, если: а) работник был нанят для выполнения конкретных обязанностей в порядке осуществления государственной власти; б) работник является дипломатическим агентом, консульским должностным лицом, дипломатическим сотрудником постоянных представительств при международных организациях, специальных миссий или нанят для того, чтобы представлять государство на международных конференциях; в) работник является любым другим лицом, пользующимся дипломатическим иммунитетом; г) предметом разбирательства является наем, возобновление найма или восстановление на работе указанного лица; д) предметом разбирательства является увольнение и прекращение найма физического лица и такое разбирательство затронет интересы безопасности государства-работодателя, если глава государства, глава правительства или министр иностранных дел этого государства определит это; е) работник является гражданином государства-работодателя в момент возбуждения разбирательства, за исключением случая, когда работник имеет постоянное место жительства на территории государства суда; или ж) государство-работодатель и работник в письменной форме согласились об ином с учетом любых соображений публичного порядка, на основании которого суды государства суда обладают исключительной юрисдикцией в силу существа разбирательства. Приведенная норма направлена на создание баланса между интересами государства-работодателя и государства суда. В принципе, она создает условия для защиты трудовых интересов граждан государства суда, а также иных физических лиц, например иностранных граждан, постоянно проживающих на территории государства суда. По сравнению с проектом, подготовленным Комиссией международного права (ст. 11), в Конвенцию (п. 2“d” ст. 11) включено положение об интересах безопасности государства-работодателя. Здесь имеются в виду случаи, когда государство-работодатель пользуется иммунитетом в разбирательствах, касающихся увольнения или прекращения найма физического лица, при условии, что глава этого государства, правительства или министр иностранных дел определит, что это разбирательство затронет интересы безопасности государства-работодателя. В Толковании в отношении статьи 11 Конвенции разъясняется, что выражение “интересы безопасности государства-работодателя” прежде всего затрагивает вопросы национальной безопасности и безопасности дипломатических представительств и консульских учреждений. Таким образом, статья 11 Конвенции направлена на защиту трудовых интересов граждан государств суда, вступающих в трудовые отношения с иностранным государством, переводчиков, водителей, поваров и др.

Конвенция (ст. 12) исходит из того, что иностранное государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции судов другого государства в отношении разбирательств, касающихся денежного возмещения в случае причинения смерти или телесного повреждения какому-либо лицу или нанесения ущерба имуществу или его утраты в результате действия или бездействия, которое предположительно может быть приписано иностранному государству, при условии, что такое действие или бездействие имело место полностью или частично на территории государства суда и совершившее такое действие или бездействие лицо на-

ходилось на территории государства суда в момент, когда имело место это действие или бездействие. Целью Конвенции является установление тесной связи между деянием, которое явилось причиной вреда или ущерба, и государством суда. Поэтому Конвенция предусматривает, что вредоносное деяние должно иметь место полностью или частично на территории государства суда. В силу этого норма статьи 12 Конвенции не распространяется, например, на случаи трансграничного загрязнения. Эта норма направлена на то, чтобы предоставить потерпевшему в дорожных происшествиях, ущерб в которых был причинен должностными лицами иностранного государства, возможность предъявить иск в своей стране. Для целей статьи 12 Конвенции не имеет значения и то, что речь идет об осуществлении суверенной власти секретными службами иностранных государств. Например, в 1989 году в США на основании Закона об иммунитетах иностранного государства 1976 года⁸ был предъявлен иск о возмещении ущерба в связи с убийством в Вашингтоне г-на Лителера, политического деятеля чилийской оппозиции (дело *Letelier v. Chili*)⁹.

Другое важное изъятие из принципа иммунитета иностранного государства касается права собственности. Согласно статье 13 Конвенции иностранное государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции в суде другого государства по делам, касающимся установления: а) любых прав и интересов иностранного государства в отношении недвижимого имущества, находящегося в государстве суда, в отношении владения или пользования этим имуществом или любого обязательства иностранного государства, возникающими в связи с его интересами относительно этого имущества, владения или пользования; б) любых прав или интересов иностранного государства в отношении движимого или недвижимого имущества, которые возникают в силу наследования, дарения или вследствие того, что имущество является бесхозяйным; в) любых прав и интересов иностранного государства относительно управления таким имуществом, как доверительная собственность, собственность банкрота или собственность компании в случае ее ликвидации. Норма статьи 13 Конвенции представляет собой компромисс, достигнутый между представителями различных правовых систем. Она исходит из следующего: то, что в одной правовой системе представляет собой право собственности, в другой правовой системе может рассматриваться как интерес. Поэтому выражение “права и интересы” используется в качестве термина, указывающего на всю совокупность прав или интересов, которые государство может иметь в любой правовой системе.

Согласно статье 14 Конвенции иностранное государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции суда другого государства по делам, касающимся: а) установления любого права иностранного государства в отношении патента, промышленного образца, торгового или фирменного наименования, товарного знака, авторского права или любой другой формы интеллектуальной или промышленной собственности, пользующейся правовой защитой, в том числе и на временной основе в государстве суда; б) предполагаемого нарушения иностранным государством на территории государства суда права такого характера, как указано в пункте “а”, принадлежащего третьему лицу и защищаемого в государстве суда. Пункт “а” статьи 14 Конвенции распространяется непосред-

⁸ Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 // Public Law. Washington. 1976. Ch. 94-583. P. 2897-2898.

⁹ Hess B. The International Law Commission's Draft Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property // European Journal of International Law. 1993. Vol. 4. P. 273.

ственно на установление любого права иностранного государства на пользующуюся правовой защитой интеллектуальную и промышленную собственность. В Толковании разъясняется, что в статьях 13, 14 выражение “установление” использовано в смысле не только удостоверения или подтверждения наличия охраняемых прав, но и их определения или оценки существа, включая содержание, зону охвата и пределы таких прав. Пункт “б” статьи 14 распространяется на предполагаемое несоблюдение иностранным государством на территории суда любого права, которое названо в пункте “а”, принадлежащего третьему лицу и защищаемого в государстве суда.

В соответствии с Конвенцией (ст. 15) иностранное государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции суда другого государства по делам, связанным с его участием в компании или другом объединении, независимо от того, зарегистрировано оно или нет в качестве юридического лица, если разбирательство касается взаимоотношений между государством и объединением или другими его участниками при условии, что это объединение: а) имеет иных участников, помимо государств или международных организаций; б) зарегистрировано или образовано согласно законодательству государства суда и имеет в этом государстве свою главную контору или основное предприятие. В статье 15 Конвенции говорится не только об организациях, являющихся юридическими лицами, но и об организациях, не имеющих такого статуса. Из этой статьи следует, что иностранное государство, становясь участником объединения, организации, которые созданы по законодательству другого государства и имеют на его территории главную контору или основное место деятельности, добровольно подчиняет себя действию законодательства этого государства. Следовательно, иностранное государство берет на себя обязательство соблюдать национальное законодательство государства инкорпорации или местонахождения основного предприятия. Иностранное государство все же может ссылаться на иммунитет, если: а) соответствующие государства об этом договорились; б) это было согласовано спорящими сторонами в письменной форме; или в) положения об этом содержатся в документе, учреждающем такое объединение или регулирующем его деятельность.

Согласно статье 16 Конвенции иностранное государство, которое является собственником судна или эксплуатирует его, не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции суда другого государства по делам, касающимся эксплуатации этого судна, если в момент возникновения факта, послужившего основанием иска, это судно использовалось в иных целях, чем государственные некоммерческие цели. В названной статье выделяется два вида использования судов: используемые на государственной некоммерческой службе и используемые в коммерческих целях. Такое деление соответствует Брюссельской конвенции для унификации некоторых правил относительно иммунитета государственных торговых судов 1926 года¹⁰, Конвенции ООН по морскому праву 1982 года¹¹. Из сферы действия статьи 16 исключены военные, вспомогательные корабли и другие суда, принадлежащие государству или эксплуатируемые и используемые им на данном этапе исключительно на государственной некоммерческой службе. Кроме того, согласно статье 16 Конвенции иностранное государство не пользуется иммунитетом от юрисдикции суда другого государства по делам, касающимся перевозки груза на борту судна, которое принадлежит или эксплуатируется этим государством, если в момент возникновения факта, послужившего основанием

¹⁰ Materials on jurisdictional immunities. Op. cit. P. 173–175.

¹¹ СЗ РФ. 1997. № 48. Ст. 5493.

иска, это судно использовалось в целях иных, чем государственные некоммерческие цели. Это правило не распространяется на любой груз, перевозимый на борту военных, вспомогательных и иных судов, принадлежащих государству и эксплуатируемых им на государственной некоммерческой службе, а также на любой груз, принадлежащий иностранному государству и используемый или предназначенный для использования исключительно в государственных некоммерческих целях. Если в каком-либо разбирательстве возникает вопрос о государственном и некоммерческом характере принадлежащего иностранному государству или эксплуатируемого им судна или принадлежащего ему груза, то дипломатический представитель или другой уполномоченный орган иностранного государства вправе представить сертификат о характере судна или груза. Такой сертификат считается доказательством в суде (п. 6 ст. 16 Конвенции).

В соответствии со статьей 17 Конвенции государство, заключившее с иностранным физическим или юридическим лицом письменное арбитражное соглашение о передаче споров, касающихся коммерческой сделки, не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции суда другого государства в отношении: а) действительности, толкования и применения арбитражного соглашения; б) арбитражной процедуры; в) подтверждения или отмены арбитражного решения при условии, что в арбитражном соглашении не предусмотрено иное. В этой статье Конвенции речь идет об арбитражном соглашении, заключенном между иностранным государством и юридическими и физическими лицами другого государства. Статьей 17 предусматривается, что при заключении соглашения о передаче спора в международный коммерческий арбитраж иностранное государство не обладает иммунитетом в отношении надзорной и контрольной функции государственного суда другого государства. Государственный суд может осуществлять надзорную функцию относительно международного коммерческого арбитража по ряду причин. Он может обладать такой компетенцией, если орган международного коммерческого арбитража находится на территории государства суда или применимым к отношениям сторон является право государства суда. Согласие на обращение в международный коммерческий арбитраж само по себе не означает отказа иностранного государства от иммунитета. Тем не менее согласие на подчинение спора международному коммерческому арбитражу предполагает согласие на все последствия соответствующего арбитража, а именно на осуществление надзорных функций государственного суда. Причем в Толковании указывается, что выражение “коммерческая сделка”, указанное в статье 17 Конвенции, распространяется и на сферу инвестиций. Иными словами, если спор возникает из коммерческой сделки, связанной с инвестиционной деятельностью иностранного государства, и относительно него заключено арбитражное соглашение, это государство не будет пользоваться иммунитетом от юрисдикции суда другого государства в отношении надзорных функций государственного суда.

В Конвенции (статьи 18, 19) проводится различие между судебным иммунитетом и иммунитетом от предварительных мер и исполнительных действий. Такое разграничение принято как в отечественной¹², так и в зарубежной литературе¹³. В проекте Конвенции, разработанном Комиссией международного пра-

¹² См.: *Богуславский М.М.* Иммунитет государства. М., 1962. С. 26; *Ушаков Н.А.* Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности. М., 1993. С. 182–183.

¹³ *Sucharitkul S.* Immunities of foreign states before national courts – 1976 // Т. 1. 1977. P. 123; *Sinclair S.J.* The Law of sovereign immunity. Recent developments // Recueil des cours. The Hague Academy of International Law–1980 // Т. 11. 1981. P. 220–221.

ва, иммунитет от предварительных мер не отделялся от иммунитета от исполнительных действий. В нем использовался общий термин “принудительные меры”, поскольку принудительные меры в различных странах значительно отличаются. Однако составители Конвенции смогли преодолеть эти трудности. В результате в Конвенцию включена статья 18, запрещающая применение предварительных мер, например арест собственности иностранного государства, за исключением случаев, когда:

1) иностранное государство прямо согласилось на принятие таких мер, которые указаны: а) в международном соглашении; б) в арбитражном соглашении или в письменном контракте; в) в заявлении перед судом, в письменном сообщении после возникновения спора между сторонами; или

2) иностранное государство зарезервировало или обозначило собственность для удовлетворения иска, являющегося объектом разбирательства.

Иными словами, иностранное государство пользуется иммунитетом от предварительных мер, за исключением случаев, когда оно отказалось от него.

Статья 19 Конвенции посвящена иммунитету от исполнительных действий. Иностранное государство пользуется иммунитетом от исполнительных действий в связи с разбирательством в суде другого государства, за исключением случаев, когда и в той мере, в какой:

1) иностранное государство прямо согласилось на принятие таких мер, которые указаны в: а) международном соглашении; б) арбитражном соглашении или письменном контракте; или в) заявлении перед судом или в письменном сообщении после возникновения спора между сторонами, либо

2) иностранное государство зарезервировало или обозначило собственность для удовлетворения иска, являющегося объектом этого разбирательства.

Из изложенного следует, что иммунитет от исполнительных действий иностранному государству предоставляется, за исключением случаев, когда оно отказалось от него.

Статья 19 содержит еще одно исключение из правила о предоставлении иммунитета иностранному государству от исполнительных действий. Это касается случая, когда было установлено, что собственность непосредственно используется или предназначена для использования иностранным государством для иных целей, чем государственные некоммерческие цели. Такая собственность должна находиться на территории государства суда и иметь связь с образованием (организацией), против которого было направлено судебное разбирательство. Следовательно, в этом случае не требуется какого-либо согласия иностранного государства на применение исполнительных действий. Здесь имеется в виду непредоставление иностранному государству иммунитета от исполнительных действий на основании характера собственности: использование ее в иных целях, чем государственные некоммерческие цели. Конвенция исходит из того, что иммунитет от исполнительных действий иностранному государству не предоставляется лишь в отношении собственности, которая имеет связь с образованием (организацией), против которого было направлено судебное разбирательство. Представляется, что требование о наличии связи между иностранным государством и образованием, против которого было направлено судебное разбирательство, оправданно. Иностранцы физические и юридические лица, получив решения в свою пользу, стремятся обратить взыскание на любую собственность государства, находящуюся за рубежом. Например, в 2000 году корпорация “Нога Трейдинг С.А.” на основании решения Стокгольмского арбитража наложила арест на барк “Седов”, который прибыл во Францию по приглашению французского

правительства для участия в спортивных соревнованиях в честь Дня Бастилии¹⁴. Барк “Седов” принадлежал одному из российских пароходств. В Толковании разъясняется, что понятие “образование”, содержащееся в пункте “с” статьи 19 Конвенции, означает государство как независимый субъект права, составную часть федеративного государства, подразделение государства, его учреждение или институцию или иное образование, которое пользуется независимой правосубъектностью. Выражение “собственность, которая имеет связь с образованием” в этом же подпункте следует истолковывать в более широком плане, нежели владение или обладание.

Конвенция, с учетом того, что в ней содержатся достаточно широкие изъятия из иммунитета от исполнительных действий (ст. 19), выделяет особые категории собственности, которые пользуются полным иммунитетом от исполнительных действий (ст. 20). К ним относятся:

а) собственность, включая любой банковский счет, используемая или предназначенная для использования при исполнении функций дипломатического представительства государства, его консульских учреждений, специальных миссий, представительств при международных организациях или делегаций в органах международных организаций или на международных конференциях;

б) собственность военного характера или используемая или предназначенная для исполнения военных функций;

в) собственность центрального банка или иного финансового органа государства;

г) собственность, составляющая часть культурного наследия государства или часть его архивов, не выставленная на продажу или не предназначенная для продажи;

д) собственность, составляющая часть экспозиции объектов, которые представляют научный, культурный или исторический интерес, и не выставленная на продажу и не предназначенная для продажи.

Собственность, указанная в пункте “а” статьи 19, должна ограничиваться той собственностью, которая используется в дипломатических целях. В последние годы судебная практика различных стран неодинаково подходила к решению вопроса о предоставлении иммунитета банковскому счету посольства. В различных странах банковские счета дипломатических представительств неоднократно подвергались аресту¹⁵. Например, в 2000 году по ходатайству швейцарской корпорации “Companie Noga d’Exportation S.A.” был арестован банковский счет Посольства Российской Федерации во Франции¹⁶. Конвенция предоставляет иммунитет банковскому счету посольства. Тем самым был восполнен пробел, имевшийся в Венской конвенции о дипломатических сношениях. Конвенция (п. “е” ст. 21) распространяет защиту на принадлежащую иностранному государству собственность, являющуюся частью экспозиции, которая представляет собой культурный, научный или исторический интерес, при условии, что она не выставлена на продажу или не предназначена для продажи. Иными словами, Конвенция признает за иностранным государством иммунитет в случаях, анало-

¹⁴ См. об этом: Новая газета. 2000. № 22 (5–11 июня); Российская газета. 2000. 8 июля; Пеллю Д. Исполнение арбитражных решений по делу Noga во Франции // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 2. С. 72–79.

¹⁵ См.: Хлестова И.О. Венская конвенция о дипломатических сношениях 1961 г.: нужны ли изменения? // Российский ежегодник международного права–1992. СПб., 1994.

¹⁶ См.: Богуславский М.М. Практика применения принципа иммунитета государства и проблема законодательного регулирования // В кн.: Международное частное право. Современная практика. М., 2000. С. 226.

гичных делу по искам И. Шукиной и И. Коновалова к Российской Федерации, Государственному Эрмитажу, Государственному музею изобразительных искусств им. А.С. Пушкина и Центру Помпиду, которые были предъявлены во Франции при проведении выставки картин А. Матисса из собраний российских музеев в Центре Ж. Помпиду¹⁷.

Конвенция (статьи 22–24) содержит ряд положений, относящихся к ведению судопроизводства. Статья 22 устанавливает, что судебные документы о возбуждении разбирательства могут направляться иностранному государству четырьмя способами:

- а) в соответствии с применимой международной конвенцией;
- б) согласно специальному соглашению о вручении судебных документов между истцом и иностранным государством, если это не запрещено законом государства суда;
- в) по дипломатическим каналам;
- г) любым другим способом, который признается иностранным государством, если это не запрещено законом государства суда.

Считается, что вручение судебных документов по дипломатическим каналам осуществлено, если они получены министром иностранных дел (п. 2 ст. 22 Конвенции). Иностранное государство, которое приняло участие в разбирательстве существа дела, впоследствии не может ссылаться на то, что установленные Конвенцией требования о вручении судебных документов были нарушены. Статья 23 Конвенции предусматривает возможность вынесения заочного судебного решения. Такое решение не выносится, если суд установит, что:

- 1) не соблюдены требования относительно вручения судебных документов, их перевода на официальный язык иностранного государства;
- 2) не истекло четыре месяца с даты вручения судебных документов или с даты, когда такие документы считаются врученными;
- 3) согласно Конвенции суд не вправе осуществлять юрисдикцию.

Срок подачи заявления об отмене заочного решения составляет четыре месяца. Он исчисляется с даты, когда решение было получено или считается полученным иностранным государством.

Конвенция (п. 1 ст. 24) запрещает применять к иностранному государству наказания или штрафы за какие-либо упущения, отказ предоставить какую-либо информацию или документ. Например, российский суд будет не вправе наложить судебный штраф на иностранное государство за проявленное неуважение к суду согласно статье 119 АПК РФ. Для оплаты судебных издержек и затрат от иностранного государства не требуется внесения какого-либо обеспечения, залога (п. 2 ст. 24 Конвенции).

* * *

Проведенный анализ показывает, что Конвенция не предоставляет иностранному государству иммунитет в случаях, указанных в статьях 10–17. Кроме того, для определения иных случаев, когда иностранное государство не пользуется иммунитетом, Конвенция использует термины: “действия в осуществление суверенной власти” (п. 1 ст. 1), “государственные некоммерческие цели” (ст. 16, п. “с” ст. 19), – то есть термины, свойственные теории функционального иммунитета. Например, судно, принадлежащее иностранному государству, не пользуется иммунитетом, если оно использовалось в иных целях, чем государственные некоммерческие цели. Изложенное позволяет сделать вывод о том, что Конвенция основана на теории функционального иммунитета.

¹⁷ См.: Богуславский М.М. Указ. соч. С. 221.

Конвенция явилась результатом более чем 20-летней работы различных органов такой авторитетной международной организации, как ООН. Она представляет собой компромисс, достигнутый в результате усилий, предпринятых государствами международного сообщества. Конвенция является кодификацией международно-правового регулирования юрисдикционных иммунитетов государств. В ней отражена тенденция развития международного права, направленная на ограничение случаев, когда иностранное государство пользуется иммунитетом. Представляется, что России следует подписать Конвенцию.

(Статья подготовлена на основе СПС “КонсультантПлюс”).

КОНВЕНЦИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ О ЮРИСДИКЦИОННЫХ ИММУНИТЕТАХ ГОСУДАРСТВ И ИХ СОБСТВЕННОСТИ

Генеральная Ассамблея,

учитывая пункт 1(а) статьи 13 Устава Организации Объединенных Наций, ссылаясь на свою резолюцию 32/151 от 19 декабря 1977 года, в которой она рекомендовала Комиссии международного права провести исследование по вопросу о праве юрисдикционных иммунитетов государств и их собственности в целях его прогрессивного развития и кодификации, а также на свои последующие резолюции 46/55 от 9 декабря 1991 года, 49/61 от 9 декабря 1994 года, 52/151 от 15 декабря 1997 года, 54/101 от 9 декабря 1999 года, 55/150 от 12 декабря 2000 года, 56/78 от 12 декабря 2001 года, 57/16 от 19 ноября 2002 года и 58/74 от 9 декабря 2003 года,

напоминая о том, что Комиссия международного права представила окончательный комплекс проектов статей с комментариями о праве юрисдикционных иммунитетов государств и их собственности в главе II своего доклада о работе ее сорок третьей сессии¹,

ссылаясь на доклады Рабочей группы открытого состава Шестого комитета², а также на доклад Рабочей группы Комиссии международного права по юрисдикционным иммунитетам государств и их собственности³, представленные в соответствии с резолюцией 53/98 Генеральной Ассамблеи от 8 декабря 1998 года,

напоминая о том, что в своей резолюции 55/150 она постановила учредить Специальный комитет по юрисдикционным иммунитетам государств и их собственности, открытый также для участия государств-членов специализированных учреждений, для содействия проводимой работе, укрепления областей, в которых достигнуто согласие, и решения сохраняющихся вопросов в целях выработки общеприемлемого документа на основе проекта статей о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, принятого Комиссией международного права, а также на основе обсуждений, состоявшихся в рамках Рабочей группы открытого состава Шестого комитета,

рассмотрев доклад Специального комитета по юрисдикционным иммунитетам государств и их собственности⁴,

¹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок шестая сессия, Дополнение № 10 (А/46/10).

² А/С.6/54/L.12 и А/С.6/55/L.12.

³ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 и исправления (А/54/10 и Согл. 1 и 2), приложение.

⁴ Там же, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 22 (А/59/22).

подчеркивая важное значение единообразия и четкости правовых норм в области юрисдикционных иммунитетов государств и их собственности и особо подчеркивая роль конвенции в этой связи,

отмечая широкую поддержку заключения конвенции о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности,

принимая во внимание заявление Председателя Специального комитета, представившего доклад Специального комитета⁵,

1) *выражает свою глубокую признательность* Комиссии международного права и Специальному комитету по юрисдикционным иммунитетам государств и их собственности за их важную работу в области права юрисдикционных иммунитетов государств и их собственности;

2) *соглашается* с общим пониманием, достигнутым в Специальном комитете, согласно которому Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности не распространяется на уголовное судопроизводство;

3) *принимает* Конвенцию Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, которая содержится в приложении к настоящей резолюции, и просит, чтобы Генеральный секретарь как ее депозитарий открыл ее для подписания;

4) *призывает* государства стать участниками Конвенции.

П Р И Л О Ж Е Н И Е

КОНВЕНЦИЯ Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности

Государства – участники настоящей Конвенции,

считая, что юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности получили общее признание в качестве одного из принципов обычного международного права,

принимая во внимание принципы международного права, воплощенные в Уставе Организации Объединенных Наций,

полагая, что международная конвенция о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности усилит верховенство права и повысит степень правовой определенности, особенно в отношениях государств с физическими и юридическими лицами, и будет способствовать кодификации и развитию международного права и согласованию практики в этой области,

учитывая изменения в практике государств в том, что касается юрисдикционных иммунитетов государств и их собственности,

подтверждая, что нормы обычного международного права будут продолжать регулировать вопросы, не предусмотренные положениями настоящей Конвенции, договорились о нижеследующем:

Ч А С Т Ь I

ВВЕДЕНИЕ

Статья 1. Сфера применения настоящей Конвенции

Настоящая Конвенция применяется к иммунитету государства и его собственности от юрисдикции судов другого государства.

⁵ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Шестой комитет, 13-е заседание (A/C.6/59/SR.13), и исправление.

Статья 2. Употребление терминов

1. Для целей настоящей Конвенции:

- a) “суд” означает любой орган государства, независимо от названия, правомочный осуществлять функции правосудия;
- b) “государство” означает:
 - i) государство и его различные органы управления;
 - ii) составные части федеративного государства или политические подразделения государства, которые правомочны совершать действия в осуществление суверенной власти и действуют в этом качестве;
 - iii) учреждения или институции государства либо другие образования в той мере, в какой они правомочны совершать и фактически совершают действия в осуществление суверенной власти государства;
 - iv) представителей государства, действующих в этом качестве;
- c) “коммерческая сделка” означает:
 - i) любой коммерческий контракт или сделку о купле-продаже товаров или о предоставлении услуг;
 - ii) любой контракт о займе или иную сделку финансового характера, включая любое обязательство по гарантии или компенсации в отношении любого такого займа или сделки;
 - iii) любой иной контракт или сделку коммерческого, промышленного, торгового или профессионального характера, за исключением трудовых договоров.

2. При определении того, является ли контракт или сделка “коммерческой сделкой” в соответствии с пунктом 1(c), следует прежде всего исходить из природы этого контракта или сделки, однако следует также учитывать их цель, если стороны контракта или сделки договорились об этом или если согласно практике государства суда эта цель имеет отношение к определению некоммерческого характера этого контракта или сделки.

3. Положения пунктов 1 и 2, касающиеся употребления терминов в настоящей Конвенции, не наносят ущерба употреблению этих терминов или значениям, которые могут быть им приданы в других международных документах или во внутреннем праве любого государства.

Статья 3. Привилегии и иммунитеты, не затрагиваемые настоящей Конвенцией

1. Настоящая Конвенция не наносит ущерба привилегиям и иммунитетам, которыми в соответствии с международным правом пользуется государство в отношении осуществления функций:

- a) его дипломатических представительств, консульских учреждений, специальных миссий, представительств при международных организациях или делегаций в органах международных организаций или на международных конференциях; и
- b) относящихся к ним лиц.

2. Настоящая Конвенция не наносит ущерба привилегиям и иммунитетам, предоставляемым в соответствии с международным правом главам государств *ratione personae*.

3. Настоящая Конвенция не наносит ущерба иммунитетам, которыми в соответствии с международным правом пользуется государство в отношении воздушных судов или космических объектов, принадлежащих государству или эксплуатируемых им.

Статья 4. Отсутствие обратной силы настоящей Конвенции

Без ущерба для применения любых изложенных в настоящей Конвенции норм, под действие которых подпадают юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности в силу международного права независимо от настоящих статей, настоя-

пчая Конвенция не применяется к любому вопросу об юрисдикционных иммунитетах государств или их собственности, возникшему в ходе разбирательства против какого-либо государства в суде другого государства до вступления в силу настоящих статей для соответствующих государств.

ЧАСТЬ II

ОБЩИЕ ПРИНЦИПЫ

Статья 5. Иммуниет государств

Государство пользуется иммунитетом в отношении себя и своей собственности от юрисдикции судов другого государства с учетом положений настоящей Конвенции.

Статья 6. Способы обеспечения иммунитета государств

1. Государство обеспечивает иммунитет государств, предусмотренный статьей 5, воздерживаясь от осуществления юрисдикции при разбирательстве в своих судах дел, возбужденных против другого государства, и с этой целью обеспечивает, чтобы его суды по своей собственной инициативе выносили решение о соблюдении иммунитета другого государства в соответствии со статьей 5.

2. Разбирательство в суде государства рассматривается как возбужденное против другого государства, если это другое государство:

- a) указано в качестве стороны в таком разбирательстве;
- b) не указано в качестве стороны в разбирательстве, однако это разбирательство фактически преследует цель затронуть собственность, права, интересы или деятельность такого другого государства.

Статья 7. Явно выраженное согласие на осуществление юрисдикции

1. Государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде другого государства в отношении какого-либо вопроса или дела, если оно явно выразило согласие на осуществление этим судом юрисдикции в отношении такого вопроса или дела в силу:

- a) международного соглашения;
- b) письменного контракта; или
- c) заявления в суде или письменного сообщения в рамках конкретного разбирательства.

2. Согласие государства на применение законодательства другого государства не должно пониматься как согласие на осуществление юрисдикции судами этого другого государства.

Статья 8. Последствия участия в судебном разбирательстве

1. Государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде другого государства, если оно:

- a) само возбудило разбирательство; или
- b) приняло участие в разбирательстве существа дела или предприняло какое-либо иное действие по существу дела. Однако если государство докажет в суде, что ему не могло быть известно о фактах, могущих служить основанием для заявления об иммунитете, до тех пор, пока оно не предприняло такого действия, оно может ссылаться на иммунитет на основании этих фактов при условии, что оно сделает это в ближайшее по возможности время.

2. Государство не рассматривается как согласившееся на осуществление юрисдикции судом другого государства, если оно вступает в разбирательство или принимает какое-либо другое действие с единственной целью:

- a) сослаться на иммунитет; или
- b) привести доказательства своего права или интереса в отношении собственности, которой касается разбирательство.

3. Явка представителя государства в суд другого государства для дачи свидетельских показаний не должна пониматься как согласие первого государства на осуществление юрисдикции этим судом.

4. Неучастие государства в разбирательстве в суде другого государства не должно пониматься как согласие первого государства на осуществление юрисдикции этим судом.

Статья 9. Встречные иски

1. Государство, возбуждающее разбирательство в суде другого государства, не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции этого суда в отношении любого встречного иска, основывающегося на том же правовом отношении или фактах, что и основной иск.

2. Государство, вступающее в разбирательство в суде другого государства для предъявления иска, не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции этого суда в отношении любого встречного иска, основывающегося на том же правовом отношении или фактах, что и иск этого государства.

3. Государство, предъявляющее встречный иск при разбирательстве, возбужденном против него в суде другого государства, не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции этого суда в отношении основного иска.

ЧАСТЬ III

РАЗБИРАТЕЛЬСТВА, ПРИ КОТОРЫХ НЕЛЬЗЯ ССЫЛАТЬСЯ НА ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ИММУНИТЕТ

Статья 10. Коммерческие сделки

1. Если государство заключает коммерческую сделку с иностранным физическим или юридическим лицом и, в силу применимых норм международного частного права, разногласия относительно этой коммерческой сделки подлежат юрисдикции суда другого государства, это государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве дела, возникшего из этой коммерческой сделки.

2. Пункт 1 не применяется:

- a) в случае коммерческой сделки между государствами; или
- b) если стороны коммерческой сделки явно договорились об ином.

3. Если государственное предприятие или другое образование, учрежденное государством, которое обладает независимой правосубъектностью и способно:

- a) предъявлять иск или являться ответчиком по иску; и
- b) приобретать имущество, иметь его в своей собственности или владеть и распоряжаться им, включая имущество, которое это государство передает в его пользование или под его управление, участвует в разбирательстве, которое связано с коммерческой сделкой, заключенной этим образованием, то иммунитет от юрисдикции, которым пользуется это государство, не затрагивается.

Статья 11. Трудовые договоры

1. Если соответствующие государства не договорились об ином, государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде другого государства, который обычно обладает компетенцией рассматривать дела, касающиеся трудового договора между этим государством и физическим лицом относительно работы, которая была или должна быть выполнена полностью или частично на территории этого другого государства.

2. Пункт 1 не применяется, если:

- a) работник был нанят для выполнения конкретных обязанностей в порядке осуществления государственной власти;
- b) работник является:
 - i) дипломатическим агентом, как это определено в Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года;
 - ii) консульским должностным лицом, как это определено в Венской конвенции о консульских сношениях 1963 года;
 - iii) дипломатическим сотрудником постоянных представительств при международных организациях, специальных миссий или нанят для того, чтобы представлять государство на международных конференциях; или
 - iv) любым другим лицом, пользующимся дипломатическим иммунитетом;
- c) предметом разбирательства является наем, возобновление найма или восстановление на работе указанного лица;
- d) предмет разбирательства заключается в увольнении или прекращении найма физического лица и, по определению главы государства, главы правительства или министра иностранных дел государства-работодателя, такое разбирательство затронет интересы безопасности этого государства;
- e) работник является гражданином государства-работодателя в момент возбуждения разбирательства, за исключением случая, когда это лицо имеет постоянное место жительства в государстве суда; или
- f) государство-работодатель и работник согласились в письменной форме об ином, с учетом любых соображений публичного порядка, возлагающего на суды государства суда исключительную юрисдикцию в силу существа разбирательства.

Статья 12. Ущерб личности и ущерб собственности

Если соответствующие государства не договорились об ином, государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде другого государства, который обычно обладает компетенцией рассматривать дела, касающиеся денежного возмещения в случае смерти или причинения телесного повреждения какому-либо лицу или нанесения ущерба имуществу или его утраты в результате действия или бездействия, которое предположительно может быть присвоено государству, если такое действие или бездействие имело место полностью или частично на территории этого другого государства и если автор действия или бездействия находился на этой территории в момент этого действия или бездействия.

Статья 13. Право собственности, владение и пользование имуществом

Если соответствующие государства не договорились об ином, государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде другого государства, который обычно обладает компетенцией рассматривать дела, касающиеся установления:

- a) любых прав или интересов этого государства в отношении недвижимого имущества, находящегося в государстве суда, в отношении владения или пользования им или любого обязательства этого государства, возникающего в связи с его интересами в отношении этого имущества, владением или пользованием им;
- b) любых прав или интересов этого государства в отношении движимого или недвижимого имущества, которые возникают в силу наследования, дара и возникновения бесхозяйного имущества; или
- c) любых прав или интересов этого государства в отношении управления имуществом, таким, как доверительная собственность, собственность банкрота или собственность компании в случае ее ликвидации.

Статья 14. Интеллектуальная и промышленная собственность

Если соответствующие государства не договорились об ином, государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде другого

государства, который обычно обладает компетенцией рассматривать дела, касающиеся:

- a) установления любого права этого государства в отношении патента, промышленного образца, торгового или фирменного наименования, товарного знака, авторского права или любой другой формы интеллектуальной или промышленной собственности, пользующейся правовой защитой, в том числе на временной основе, в государстве суда; или
- b) предполагаемого нарушения этим государством на территории государства суда права такого характера, как указано в подпункте (a), принадлежащего третьему лицу и защищаемого в государстве суда.

Статья 15. Участие в компаниях и других объединениях

1. Государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде другого государства, который обычно обладает компетенцией рассматривать дела, касающиеся его участия в компании или другом объединении, зарегистрированном или не зарегистрированном в качестве юридического лица, если разбирательство касается взаимоотношений между государством и объединением или другими его участниками, при условии, что это объединение:

- a) имеет иных участников, помимо государств или международных организаций; и
- b) зарегистрировано или образовано в соответствии с законодательством государства суда или имеет в этом государстве свою главную контору или основное предприятие.

2. Однако государство может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при таком разбирательстве, если соответствующие государства об этом договорились или если это было согласовано между сторонами в споре в письменной форме, или если положения об этом содержатся в документе, учреждающем такое объединение или регулирующем его деятельность.

Статья 16. Принадлежащие государству или эксплуатируемые им суда

1. Если соответствующие государства не договорились об ином, государство, которое является собственником судна или эксплуатирует его, не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде другого государства, который обычно обладает компетенцией рассматривать дела, касающиеся эксплуатации этого судна, если в момент возникновения факта, послужившего основанием иска, это судно использовалось в иных целях, чем государственные некоммерческие цели.

2. Пункт 1 не применяется в отношении военных, вспомогательных кораблей или других судов, принадлежащих государству или эксплуатируемых им и используемых на данном этапе исключительно на государственной некоммерческой службе.

3. Если соответствующие государства не договорились об ином, государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде другого государства, который обычно обладает компетенцией рассматривать дела, касающиеся перевозки груза на борту судна, которое принадлежит или эксплуатируется этим государством, если в момент возникновения факта, послужившего основанием иска, это судно использовалось в иных целях, чем государственные некоммерческие цели.

4. Пункт 3 не применяется к любому грузу, перевозимому на борту судов, указанных в пункте 2, а также к любому грузу, принадлежащему государству и используемому или предназначенному для использования исключительно в государственных некоммерческих целях.

5. Государство может использовать все меры защиты, ссылаться на срок исковой давности и ограничение ответственности, которые предоставляются частным судам и грузам и их владельцам.

6. Если в каком-либо разбирательстве возникает вопрос о государственном и некоммерческом характере принадлежащего государству или эксплуатируемого им судна или принадлежащего государству груза, сертификат, исходящий от дипломатического представителя или другого уполномоченного органа этого государства и препровожденный суду, является доказательством такого характера этого судна или груза.

Статья 17. Последствия арбитражного соглашения

Если государство заключает с иностранным физическим или юридическим лицом письменное соглашение о передаче на арбитражное разбирательство споров, касающихся коммерческой сделки, это государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде другого государства, который обычно обладает компетенцией рассматривать дела, касающиеся:

- a) действительности, толкования или применения арбитражного соглашения;
- b) арбитражной процедуры; или
- c) подтверждения или отмены арбитражного решения, если в арбитражном соглашении не предусмотрено иное.

ЧАСТЬ IV

ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ИММУНИТЕТ ОТ ПРИНУДИТЕЛЬНЫХ МЕР В СВЯЗИ С РАЗБИРАТЕЛЬСТВОМ В СУДЕ

Статья 18. Иммунитет государств от принудительных мер до вынесения судебного решения

Никакие принимаемые до вынесения судебного решения принудительные меры, такие, как обращение взыскания или арест, в отношении собственности государства не могут быть приняты в связи с разбирательством в суде другого государства, за исключением случаев, когда и в той мере, в какой:

- a) государство прямо согласилось на принятие таких мер, которые указаны:
 - i) в международном соглашении;
 - ii) в арбитражном соглашении или в письменном контракте; или
 - iii) в заявлении перед судом или в письменном сообщении после возникновения спора между сторонами; либо
- b) государство зарезервировало или обозначило собственность для удовлетворения иска, являющегося объектом этого разбирательства.

Статья 19. Иммунитет государств от принудительных мер после вынесения судебного решения

Никакие принимаемые после вынесения судебного решения принудительные меры, такие, как обращение взыскания, арест и исполнение решения, в отношении собственности государства не могут быть приняты в связи с разбирательством в суде другого государства, за исключением случаев, когда и в той мере, в какой:

- a) государство прямо согласилось на принятие таких мер, которые указаны:
 - i) в международном соглашении;
 - ii) в арбитражном соглашении или в письменном контракте; или
 - iii) в заявлении перед судом или в письменном сообщении после возникновения спора между сторонами; либо
- b) государство зарезервировало или обозначило собственность для удовлетворения иска, являющегося объектом этого разбирательства; либо
- c) было установлено, что собственность непосредственно используется или предназначается для использования государством для иных целей, чем государственные некоммерческие цели, и находится на территории государства суда при условии, что принудительные меры после вынесения судебного решения могут быть приняты только в отношении собственности, которая имеет связь с образованием, против которого было направлено судебное разбирательство.

Статья 20. Влияние согласия на осуществление юрисдикции на принятие принудительных мер

В случае, когда для принятия принудительных мер требуется согласие в соответствии со статьями 18 и 19, согласие на осуществление юрисдикции в соответствии со статьей 7 не подразумевает согласия на принятие принудительных мер.

Статья 21. Особые категории собственности

1. Следующие категории, в частности, собственности государства не рассматриваются как собственность, непосредственно используемая или предназначенная для использования государством в иных целях, чем государственные некоммерческие цели, в соответствии с подпунктом (с) статьи 19:

- a) собственность, включая любой банковский счет, используемая или предназначенная для использования при исполнении функций дипломатического представительства государства или его консульских учреждений, специальных миссий, представительств при международных организациях или делегаций в органах международных организаций или на международных конференциях;
 - b) собственность военного характера или используемая или предназначенная для использования при исполнении военных функций;
 - c) собственность центрального банка или иного финансового органа государства;
 - d) собственность, составляющая часть культурного наследия государства или часть его архивов и не выставленная или не предназначенная для выставления на продажу;
 - e) собственность, составляющая часть экспозиции объектов, которые представляют научный, культурный или исторический интерес, и не выставленная или не предназначенная для выставления на продажу.
2. Пункт 1 не наносит ущерба положениям статьи 18 и подпунктов (a) и (b) статьи 19.

ЧАСТЬ V

ПРОЧИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 22. Вручение документов о судебном разбирательстве

1. Вручение документов о судебном разбирательстве судебным приказом или другим документом о возбуждении разбирательства против государства осуществляется:

- a) в соответствии с любой применимой международной конвенцией, находящейся в силе для государства суда и соответствующего государства; или
- b) в соответствии с любым специальным соглашением о вручении документов между истцом и соответствующим государством, если это не исключается законом государства суда; или

- c) в отсутствие такой конвенции или специального соглашения:
 - i) путем направления по дипломатическим каналам министерству иностранных дел соответствующего государства; или
 - ii) любым другим способом, признаваемым соответствующим государством, если это не исключается законом государства суда.

2. Вручение документов о судебном разбирательстве, указанное в пункте 1(c)(i), считается осуществленным по получении таких документов министерством иностранных дел.

3. Эти документы сопровождаются при необходимости переводом на официальный язык или один из официальных языков соответствующего государства.

4. Никакое государство, которое приняло участие в разбирательстве существа возбужденного против него дела, не может затем ссылаться на то, что вручение документов о судебном разбирательстве было сделано не в соответствии с положениями пунктов 1 и 3.

Статья 23. Заочное решение

1. Против государства не выносятся заочное решение, если суд не установил, что:

- a) соблюдены требования, предусмотренные в пунктах 1 и 3 статьи 22;

б) истекло не менее четырех месяцев с даты осуществления вручения судебного приказа или другого документа о возбуждении разбирательства или с даты, когда такое вручение считается осуществленным в соответствии с пунктами 1 и 2 статьи 22; и
 с) настоящая Конвенция не препятствует ему осуществлять юрисдикцию.

2. Один экземпляр любого заочного решения, вынесенного против государства, сопровождаемый при необходимости переводом на официальный язык или на один из официальных языков соответствующего государства, направляется ему с помощью одного из способов, указанных в пункте 1 статьи 22 и в соответствии с положениями этого пункта.

3. Срок для подачи заявления об отмене заочного решения составляет не менее четырех месяцев и отсчитывается с даты, когда экземпляр этого решения был получен или считается полученным соответствующим государством.

Статья 24. Привилегии и иммунитеты в ходе судебного разбирательства

1. Любое упущение или отказ государства выполнить постановление суда другого государства, являющееся требованием совершить определенное действие или воздержаться от его совершения, или представить какой-либо документ или любую другую информацию для целей разбирательства не влекут за собой иных последствий, помимо тех, которые могут явиться результатом такого поведения в отношении существа дела. В частности, это государство не подвергается штрафу или наказанию по причине такого упущения или отказа.

2. От государства не требуется предоставления какого-либо обеспечения, залога или задатка, как бы они ни именовались, с тем чтобы гарантировать оплату судебных издержек или затрат по любому разбирательству, ответчиком по которому оно является, в суде другого государства.

ЧАСТЬ VI

ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Статья 25. Приложение

Приложение к настоящей Конвенции составляет неотъемлемую часть Конвенции.

Статья 26. Другие международные соглашения

Ничто в настоящей Конвенции не затрагивает прав и обязательств государств-участников по действующим международным соглашениям, которые связаны с вопросами, рассматриваемыми в настоящей Конвенции, в качестве сторон этих соглашений.

Статья 27. Разрешение споров

1. Государства-участники стремятся к разрешению споров, касающихся толкования или применения настоящей Конвенции, путем переговоров.

2. Любой спор между двумя или более государствами-участниками, касающийся толкования или применения настоящей Конвенции, который не урегулирован путем переговоров в шестимесячный период, по просьбе любого из этих государств-участников передается на арбитраж. Если в течение шести месяцев со дня просьбы об арбитраже эти государства-участники не в состоянии прийти к соглашению по вопросу об организации арбитража, по просьбе любого из этих государств-участников спор может быть передан в Международный Суд в соответствии со Статутом Суда.

3. Каждое государство-участник может при подписании, ратификации, принятии или утверждении настоящей Конвенции или при присоединении к ней сделать заявление о том, что оно не считает себя связанным пунктом 2. Другие государства-участники не будут связаны пунктом 2 в отношении любого государства-участника, которое сделало такую оговорку.

4. Любое государство-участник, сделавшее оговорку в соответствии с пунктом 3, может в любое время снять эту оговорку путем уведомления Генерального секретаря Организации Объединенных Наций.

Статья 28. Подписание

Настоящая Конвенция открыта для подписания всеми государствами до 17 января 2007 года в Центральных учреждениях Организации Объединенных Наций в Нью-Йорке.

Статья 29. Ратификация, принятие, утверждение или присоединение

1. Настоящая Конвенция подлежит ратификации, принятию или утверждению.
 2. Настоящая Конвенция остается открытой для присоединения любого государства.

3. Ратификационные грамоты и документы о принятии, утверждении или присоединении сдаются на хранение Генеральному секретарю Организации Объединенных Наций.

Статья 30. Вступление в силу

1. Настоящая Конвенция вступает в силу на тридцатый день после даты сдачи на хранение тридцатой ратификационной грамоты или тридцатого документа о принятии, утверждении или присоединении Генеральному секретарю Организации Объединенных Наций.

2. Для каждого государства, ратифицировавшего, принявшего или утвердившего Конвенцию или присоединившегося к ней после сдачи на хранение тридцатой ратификационной грамоты или тридцатого документа о принятии, утверждении или присоединении, Конвенция вступает в силу на тридцатый день после сдачи на хранение им своей ратификационной грамоты или документа о принятии, утверждении или присоединении.

Статья 31. Денонсация

1. Любое государство-участник может денонсировать настоящую Конвенцию путем письменного уведомления Генерального секретаря Организации Объединенных Наций.

2. Денонсация вступает в силу по истечении одного года после даты получения уведомления Генеральным секретарем Организации Объединенных Наций. Однако настоящая Конвенция продолжает применяться в отношении любого вопроса об юрисдикционных иммунитетах государств или их собственности, возникшему в ходе разбирательства против какого-либо государства в суде другого государства до даты вступления в силу денонсации в отношении любого из соответствующих государств.

3. Денонсация ни в коей мере не затрагивает обязанности любого государства-участника выполнять любое записанное в настоящей Конвенции обязательство, которое имеет для него силу в соответствии с международным правом независимо от настоящей Конвенции.

Статья 32. Депозитарий и уведомления

1. Депозитарием настоящей Конвенции является Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций.

2. В качестве депозитария настоящей Конвенции Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций информирует все государства о следующем:

а) о подписании настоящей Конвенции и сдаче на хранение ратификационных грамот и документов о принятии, утверждении или присоединении или уведомлений о денонсации в соответствии со статьями 29 и 31;

б) дате вступления настоящей Конвенции в силу в соответствии со статьей 30;

с) любых других документах, уведомлениях или сообщениях, касающихся настоящей Конвенции.

Статья 33. Аутентичные тексты

Тексты настоящей Конвенции на английском, арабском, испанском, китайском, русском и французском языках являются равно аутентичными.

В УДОСТОВЕРЕНИЕ ЧЕГО нижеподписавшиеся полномочные представители, должным образом уполномоченные на то своими правительствами, подписали настоящую Конвенцию, открытую для подписания в Центральных учреждениях Организации Объединенных Наций в Нью-Йорке 17 января 2005 года.

ПРИЛОЖЕНИЕ К КОНВЕНЦИИ

Толкования в отношении определенных положений Конвенции

В настоящем приложении излагаются толкования, касающиеся соответствующих положений.

В отношении статьи 10

Термин “иммунитет” в статье 10 понимается в контексте проекта статей в целом.

Пункт 3 статьи 10 не предвещает вопроса о “проникновении за корпоративный занавес”, вопросов, касающихся ситуации, в которой государственное образование умышленно неверно представило свое финансовое положение или впоследствии снизило объем своих активов, с тем чтобы избежать удовлетворения претензии, или иных связанных с этим вопросов.

В отношении статьи 11

Ссылка в пункте 2(d) статьи 11 на “интересы безопасности” государства-работодателя прежде всего преследует цель затронуть вопросы национальной безопасности и безопасности дипломатических представительств и консульских учреждений.

Согласно статье 41 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года и статье 55 Венской конвенции о консульских сношениях 1963 года все лица, упоминаемые в этих статьях, обязаны уважать законы и постановления, включая соблюдение трудового законодательства, государства пребывания. В то же время согласно статье 38 Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года и статье 71 Венской конвенции о консульских сношениях 1963 года государство пребывания должно осуществлять свою юрисдикцию так, чтобы не вмешиваться ненадлежащим образом в осуществление функций представительства или консульского учреждения.

В отношении статей 13 и 14

Выражение “установление” используется применительно не только к удостоверению или подтверждению наличия охраняемых прав, но и к определению или оценке существа, включая содержание, охват и пределы, таких прав.

В отношении статьи 17

Выражение “коммерческая сделка” распространяется на сферу инвестиций.

В отношении статьи 19

Понятие “образование” в подпункте (с) означает государство как независимый субъект права, составную часть федеративного государства, подразделение государства, учреждение или институцию государства или иное образование, которое пользуется независимой правосубъектностью.

Слова “собственность, которая имеет связь с образованием” в подпункте (с) следует истолковывать в более широком плане, нежели владение или обладание.

Статья 19 не предвещает вопроса о “проникновении за корпоративный занавес” вопросов, касающихся ситуации, в которой государственное образование умышленно неверно представило свое финансовое положение или впоследствии снизило объем своих активов, с тем чтобы избежать удовлетворения претензии, или других связанных с этим вопросов.

РОССИЙСКИЙ ОПЫТ

На страницах нашего журнала мы уже не раз обращались к вопросам арбитрабельности споров. Тем не менее в этой сфере по-прежнему остается немало пространства для изучения. Обратим внимание читателей на детальный разбор автором этой статьи ряда важных решений Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации и формулирование им критериев арбитрабельности споров.

А.В. НЕСТЕРЕНКО,
*мастер права Кембриджского университета (Великобритания),
юрисконсульт Renova Management AG (Швейцария)*

Критерии арбитрабельности споров по законодательству Российской Федерации

Среди различных способов разрешения юридических споров третейское разбирательство¹ играет уникальную роль. Будучи по своей природе частноправовым, договорным институтом и обладая в связи с этим значительной гибкостью, оно, при выполнении ряда условий, приобретает юридически обязательные формы и может быть обеспечено, в том числе, и силой государственного принуждения в большинстве стран мира. На практике, однако, выполнение условий, необходимых для возможного обращения к принудительной силе государства для исполнения арбитражного решения, не всегда представляет простым делом.

В соответствии с пунктом 2 части 3 статьи 239 АПК РФ суд отказывает в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда в случае, если спор, рассмотренный третейским судом, не может быть предметом третейского разбирательства в соответствии с федеральным законом. И хотя процитированная норма относится лишь к российским третейским разбирательствам и международным коммерческим арбитражам, состоявшимся на территории Российской Федерации, частью 4 статьи 239 АПК РФ и статьей 36 Закона Российской Федерации “О международном коммерческом арбитраже” (далее – Закон об МКА) вводится

¹ Здесь и далее термины “третейское разбирательство”, “третейский суд” и т.д. используются в широком смысле слова, как они определены в части 1 статьи 230 и части 1 статьи 236 АПК РФ, включая как третейские разбирательства в узком смысле слова, так и международные коммерческие арбитражи. В необходимых случаях разница в названных терминах будет оговорена особо.

аналогичное правило и в отношении решений международного коммерческого арбитража, вынесенных за пределами территории России. Таким образом, арбитрабельность, то есть возможность данного конкретного спора быть переданным на рассмотрение третейского суда в соответствии с федеральным законом, является важным критерием исполнимости решения третейского суда, вынесенного по конкретному спору.

Термин “арбитрабельность” (от англ. *arbitrability*) хотя и является неформальным, законодательно не закрепленным, однако достаточно широко используется в литературе для обозначения возможности передать тот или иной спор на рассмотрение в третейский или негосударственный арбитражный суд².

Вопрос об арбитрабельности тех или иных споров может возникать в различных стадиях третейского разбирательства.

Во-первых, при обращении одной из сторон в суд или в третейский суд соответствующий суд проверяет наличие третейского соглашения между сторонами, его действительность, а также арбитрабельность спора, возникшего между сторонами и охватываемого соглашением. При несоответ-

ствии третейского соглашения сторон императивным нормам соответствующего государства, в том числе в случае передачи на рассмотрение третейского суда споров, разрешение которых в рамках третейского разбирательства строго запрещено, суд (третейский суд) должен признать третейское соглашение недействительным полностью или в части (п. 5 ст. 148 АПК РФ, п. 3 ст. 17 Федерального закона “О третейских судах в Российской Федерации” (далее – Закон о третейских судах), ст. 16 Закона об МКА)³. Таким образом, арбитрабельность наряду с действительностью третейского соглашения есть предпосылка признания этого соглашения государственным судом и передачи дела в третейский суд⁴.

Во-вторых, в случае вынесения третейским судом или международным арбитражем, состоявшимся на территории России, определения предварительного характера о наличии у него компетенции по разрешению конкретного спора, данное определение может быть оспорено любой из сторон в арбитражном суде Российской Федерации (ст. 235 АПК РФ). При этом арбитражный суд проверяет компетенцию третейского суда не только с точки зрения объема арбитражного со-

глашения, но и с позиции арбитрабельности конкретного спора, то есть юридической допустимости заключения третейского соглашения в данном случае. Если арбитражный суд приходит к выводу о неарбитрабельности спора, он “выносит определение об отмене постановления третейского суда о наличии у него компетенции” (ч. 4 ст. 235 АПК РФ)⁵.

В третьих, решение третейского суда или международного арбитража, вынесенное на территории Российской Федерации, а в исключительных случаях и иностранное арбитражное решение могут быть оспорены по правилам параграфа 1 главы 30 АПК РФ⁶. При этом арбитражный суд Российской Федерации отменяет решение третейского суда или международного арбитража в случае, если “спор, рассмотренный третейским судом, не может быть предметом третейского разбирательства в соответствии с федеральным законом” (п. 1 ч. 3 ст. 233 АПК РФ, абз. первый п. 2 ст. 42 Закона о третейских судах, п. 2 (2) ст. 34 Закона об МКА).

Наконец, в-четвертых, неарбитрабельность спора влечет запрет на выдачу исполнительного листа на решение третейского суда и, следовательно, невозможность исполнить его на территории Российской Федерации в принудительном порядке (ч. 4 ст. 239 АПК РФ, подп. 2 п. 2 ст. 46 Закона о третей-

ских судах, подп. 2 п. 1 ст. 36 Закона об МКА, подп. “а” п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 года). Причем данное основание отказа в приведении в исполнение решения третейского суда является безусловным, то есть не зависящим от воли сторон спора.

Таким образом, критерий арбитрабельности отдельных видов споров является ключевым для обеспечения эффективного третейского разбирательства и успешного исполнения третейского решения на территории Российской Федерации.

Если быть более точным, приведенные выше акты говорят не об *арбитрабельности*, а о *неарбитрабельности* отдельных видов споров, решения по которым не могут быть вынесены третейским судом или, если они все-таки вынесены, не могут быть исполнены принудительной силой государства. Иными словами, все процитированные выше статьи АПК РФ, Закона о третейских судах, Закона об МКА и Нью-Йоркской конвенции исходят из принципа независимости третейского суда (международного арбитража) и самостоятельности его в вопросах собственной компетенции (*la compétence de la compétence*). Признание третейского соглашения недействительным в связи с установленной федеральным законом неарбитрабельностью данного вида спора является одним из ис-

² См.: Лебедев С.Н. Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. М., 1988; 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., 2003. С. 77; Курочкин С.А. Подведомственность дел третейским судам // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2002–2003. № 2; Хегерс С. Законодательство Австрии о международном арбитраже и перспективы его развития // Третейский суд. 2004. № 2; Рожкова М.А. Разрешение и урегулирование коммерческих споров // Прилож. к журн. “Хозяйство и право” № 1 за 2005 год. С. 22–24 и др.

³ Проблема определения применимого права для оценки действительности арбитражного соглашения и арбитрабельности конкретных споров носит самостоятельный характер и выходит за рамки данной статьи.

⁴ Отметим, что в российской и зарубежной научной литературе арбитрабельность чаще рассматривается не как один из критериев действительности арбитражного соглашения, а как элемент публичного порядка соответствующего государства. Хотя и в данном случае обычно отмечается, что арбитрабельность предмета спора является “одним из ключевых вопросов, от ответа на который зависит вывод о наличии *prima facie* действительного арбитражного соглашения” (см.: Карабельников Б.Р. Указ соч. § 2.А, 2.Б, 2.Ж, 2.З; Van den Berg, A.J. The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation. Kluwer, 1981. P. 368).

⁵ В действительности возможность обжаловать определение третейского суда предварительного характера о наличии у него компетенции представляется весьма сомнительной в связи с квалифицирующим критерием части 1 статьи 235 АПК РФ, допускающей такое обжалование только “в случаях, предусмотренных международным договором Российской Федерации и федеральным законом” (см. постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 25.12.03 по делу № КГ-А40/10241-03).

⁶ Обжалование решений иностранного арбитража возможно в случаях, когда это специально предусмотрено международным договором Российской Федерации и при этом иностранное арбитражное решение было вынесено на основе арбитражного закона Российской Федерации (п. 5 ст. 235 АПК РФ; см. также постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.03.04 № 15359/03). Удовлетворение этим критериям представляется по меньшей мере маловероятным. Подробнее см.: Комаров А.С., Карабельников Б.Р. Исполнение иностранных решений // ЭЖ-ЮРИСТ. 2004. № 26; Жильцов А.Н. Оспаривание решений международных коммерческих арбитражей в соответствии с российским законодательством // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 1. С. 4–23.

ключений, когда в целях защиты публичных интересов допускается вмешательство государственных судов в деятельность третейских и международных арбитражных институтов. Следовательно, мы имеем юридическую презумпцию арбитрабельности всех споров, подпадающих под сферу действия национального законодательства о третейских судах и о международном коммерческом арбитраже (ст. 1 Закона об МКА и ст. 1 Закона о третейских судах), которая *может быть опровергнута лишь законодательно установленным запретом на передачу конкретного типа споров на рассмотрение третейского суда.*

Очевидно, что для определения юридических рисков на стадии заключения договоров стороны должны быть способны оценить потенциальную арбитрабельность возможных споров и выработать адекватные и эффективные механизмы разрешения возможных конфликтных ситуаций. Однако определение арбитрабельности того или иного спора по российскому законодательству представляется вовсе не простой задачей. Ее сложность обусловлена отсутствием единого законодательно закрепленного перечня неарбитрабельных споров или хотя бы единых законодательных принципов определения арбитрабельности. В условиях пробельности законодательства попытки прибегнуть к аналогиям закона для определения арбитрабельности тех или иных споров зачастую приводят, по нашему мнению, к ошибкам.

Так, статья 248 АПК РФ закрепляет категории дел с участием иностранных юридических лиц, которые составляют исключительную компетенцию арбитра-

жных судов Российской Федерации: споры по поводу государственного имущества, споры по поводу недвижимого имущества, находящегося на территории Российской Федерации, споры, связанные с учреждением, регистрацией и ликвидацией юридических лиц по праву Российской Федерации, административно-правовые и иные публично-правовые споры.

В то же время многие авторы высказывают весьма обоснованные, на наш взгляд, сомнения в применимости статьи 248 АПК РФ для определения арбитрабельности споров. Эта статья входит в раздел V АПК РФ, регламентирующий особенности арбитражного судопроизводства в Российской Федерации по делам с участием иностранных юридических лиц. Цель этого раздела – регламентировать вопросы конкуренции юрисдикционных норм различных правовых систем. Соответственно, задача статьи 248 – фиксация оснований, когда спор должен рассматриваться государственным арбитражем Российской Федерации, а не государственным органом иной страны. Иными словами, статья 248 демаркирует границу между императивными юрисдикциями различных государств, а не между договорной (третейской) и императивной подсудностью⁷. Следовательно, перечень, приведенный в статье 248 АПК РФ, нельзя рассматривать как перечень категорий неарбитрабельных споров.

Косвенным свидетельством тому может служить статья 28 Федерального закона “О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним”, согласно которой допускается государственная регистрация прав на недвижимое имущество

на основании решения третейского суда. Значит, законодатель не рассматривает компетенцию государственных судов в этой сфере как исключительную. Этот вывод подтверждается и судебной практикой.

Так, в одном из дел стороны договорились о передаче существующего между ними спора о праве собственности на недвижимое помещение на рассмотрение третейского суда. Третейский суд принял дело к производству и вынес решение о признании права собственности за одной из сторон. Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа установил, что такой спор мог быть передан на рассмотрение третейского суда, поскольку “передача на разрешение третейского суда спора о праве собственности, который вытекает из гражданских правоотношений, не нарушает публичного порядка Российской Федерации и не противоречит закону”. Вынесение решения третейским судом по данному спору исключает рассмотрение его государственными судами в силу пункта 3 части 1 статьи 150 АПК РФ⁸.

В другом деле арбитражный суд обжаловал комитет по государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним зарегистрировать переход права собственности на нежилое помещение к индивидуальному предпринимателю на основании вынесенного решения третейского суда⁹.

К сожалению, судебная практика недостаточно последовательно придерживается этой позиции. В практике федеральных арбитражных судов можно встретить и решения, в кото-

рых статья 248 АПК РФ оценивается именно как закрепляющая те категории дел, которые могут быть рассмотрены исключительно государственными арбитражными, а не третейскими судами¹⁰. Как было показано выше, такой подход не вполне согласуется с законодательством Российской Федерации.

Тем более, на наш взгляд, не имеют отношения к арбитрабельности статьи 33 и 38 АПК РФ. Первая из них закрепляет правила о специальной подсудности дел арбитражным судам (а не судам общей юрисдикции): например, споры о создании, реорганизации и ликвидации организаций, о защите деловой репутации в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности. Вторая из названных статей (“исключительная подсудность”) вообще не определяет арбитрабельность или даже подсудность отдельных видов споров, а закрепляет полномочия конкретных арбитражных судов (в системе арбитражного судопроизводства) по рассмотрению определенных категорий споров¹¹.

В отсутствие в арбитражном процессуальном законодательстве единообразного нормативного перечня категорий дел, которые не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда, стороны гражданских правоотношений для определения арбитрабельности того или иного спора вынуждены обращаться к иным федеральным законам, а также к доктринальным построениям.

⁸ Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 03.02.03 по делу № А42-7847/00-13-2009/01-758/02.

⁹ Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 18.09.02 по делу № А09-1825/02-12.

¹⁰ См., напр., постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 01.10.03 по делу № КГ-А40/7418-03, в котором суд со ссылкой на статью 248 АПК РФ признал неарбитрабельными все споры, предметом которых является недвижимое имущество, расположенное на территории Российской Федерации.

¹¹ См.: Рожкова М.А. Разрешение и урегулирование коммерческих споров. С. 19–21.

⁷ См.: Комаров А.С. Некоторые актуальные вопросы международного коммерческого арбитража в Российской Федерации // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 1. С. 6–23; Рожкова М.А. О некоторых вопросах принудительного исполнения решений третейских судов // Вестник ВАС РФ. 2004. № 9. С. 168–176; Скворцов О.Ю. Подведомственность споров третейским судам // Третейский суд. 2005. № 1. С. 22; Жильцов А.Н. Указ. соч.; и др.

В юридической литературе достаточно устоявшимся считается подход, согласно которому из сферы арбитрабельности должны быть исключены “споры по делам, возникающим из административных и иных публично-правовых отношений, дела особого производства, дела об установлении фактов, имеющих юридическое значение”¹².

Эта позиция получила одобрение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, который, обобщая практику арбитражных судов Российской Федерации, связанную с применением предварительных обеспечительных мер, определил, что на рассмотрение третейского суда не могут быть переданы споры о понуждении публичного субъекта – органа государственной власти совершить юридически значимые публичные действия (зарегистрировать объект недвижимости), поскольку “споры, передаваемые на разрешение международного коммерческого арбитража, могут носить только частный характер. Из такого понимания исходит как внутреннее законодательство России (Закон Российской Федерации от 07.07.1993 “О международном коммерческом арбитраже” (статья 1), так и нормы международных договоров Российской Федерации (Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 г., Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.)”¹³.

Несмотря на ошибочную, на наш взгляд, ссылку Высшего Арбитражного Суда на статью 1 Закона об МКА и Нью-Йоркскую конвенцию (об этом ниже), во многом такой подход пред-

ставляется обоснованным. Публично-правовые споры, то есть споры, предметом которых являются непосредственно публично-правовые полномочия органов государственной власти, не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов по двум причинам. Во-первых, в большинстве случаев в административных отношениях отсутствует соглашение о передаче спора в третейский суд. Во-вторых, даже при наличии такого соглашения весьма обоснованным следует признать аргумент о его недействительности *ab initio*, поскольку задачей органов государственной власти и местного самоуправления является реализация нормативно установленных публично-властных полномочий, в том числе в рамках нормативно установленной системы разрешения публичных споров. Иными словами, органы государственной власти и местного самоуправления должны реализовывать свои функции, а не определять в индивидуальном порядке, как им разрешать споры с тем или иным субъектом по поводу реализации законодательно установленной компетенции данного органа.

В последнем случае недействительность арбитражного соглашения основывается не на неарбитрабельности отдельных категорий споров, а на критерии ограниченной дееспособности государственных органов в части заключения третейских и арбитражных соглашений (в подпункте “а” пункта 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции используется термин *incapacity*). В то же время отметим, что аргумент о недееспособности (ограниченной правоспособности) государственных органов заключать или исполнять отдель-

¹² См., напр.: Рожкова М.А. О некоторых вопросах принудительного исполнения решений третейских судов; Скворцов О.Ю. Указ. соч.

¹³ См.: Обзор практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер: Инф. письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 07.07.04 № 78 (п. 25) // Вестник ВАС РФ. 2004. № 8. с. 123.

ные виды арбитражных соглашений неоднократно выдвигался в мировой практике международного арбитража, причем в большинстве случаев безуспешно¹⁴. По одному из дел, рассмотренных шведским Апелляционным судом, было вынесено следующее решение:

“Если соглашение предусматривает арбитраж, было бы шокирующим само по себе, если бы одна из сторон соглашения позже отказалась участвовать в арбитраже или признавать должным образом вынесенное решение. Следовательно, если одной из сторон является государство, естественным выводом было бы считать, что такая сторона, соглашаясь на арбитражную оговорку, безусловно обязалась не оспаривать [обязательности] арбитражного производства или его последствий со ссылкой на государственный иммунитет”¹⁵.

Вызывают сомнения и перспективы выдвижения такого аргумента в Российской Федерации. Во всяком случае, при рассмотрении международным коммерческим арбитражем спора, попадающего в сферу действия Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 года¹⁶, безусловному применению подлежит статья II.1 Конвенции, которая пресекает возможные споры о недееспособности

“юридических лиц публичного права” в части заключения арбитражных соглашений.

С другой стороны, критерий публичного характера дел также не является абсолютным для определения их неарбитрабельности. Так, например, в США арбитражи вправе рассматривать не только дела о банкротстве, но и споры, вытекающие из антимонопольного законодательства, законодательства о ценных бумагах¹⁷, иски о сексуальной дискриминации и сексуальных домогательствах¹⁸. Шведский Закон об арбитраже 1999 года также допускает рассмотрение арбитражным судом споров из отношений, связанных с административным регулированием¹⁹.

В известном деле *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler Plymouth* Верховный Суд США, рассмотрев вопрос об арбитрабельности споров, затрагивающих антимонопольное законодательство, пришел к выводу о том, что в контексте международных соглашений такие споры могут передаваться на рассмотрение третейских судов, несмотря на публично-правовой характер отношений и санкций в данной сфере²⁰. При этом Верховный Суд сделал важное замечание:

“Разрешив производство в арбитражном суде, национальные суды США со-

¹⁴ См., напр., два решения палаты лордов Англии: *National Bank of Greece v. Metliss* (1958), *Adams v. National Bank of Greece* (1960), решение Международного арбитража при International Chamber of Commerce ICC Award Case № 1939/07, а также пункт 2 статьи 177 Закона Швейцарии “О международном частном праве” (1987), повторяющие тезис о том, что государственные органы, являющиеся стороной арбитражного соглашения, не могут ссылаться на собственные законы в обоснование своей недееспособности в части заключения или исполнения таких соглашений. См. также: *Redfern A., Hunter M. Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 1999. P. 146–147.

¹⁵ Court of Appeal, Stockholm, June 12, 1980 // *International Legal Materials*. 1981. Vol. 20. P. 893.

¹⁶ Ратифицирована СССР в 1962 году (Ведомости ВС СССР. 1964. № 44. Ст. 485).

¹⁷ *Scherk v. Alberto-Culver*, 417 U.S. 506 (1974), *Shearson v. McMahon*, 482 U.S. 220, 107 S. Ct. 2332 (1987).

¹⁸ См.: *Redfern A., Hunter M. Op. cit.* P. 150–152; Скворцов О.Ю. Указ. соч.

¹⁹ См.: Хвалей В. Как убить арбитражное соглашение // Третейский суд. 2003. № 5.

²⁰ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Plymouth Inc.*, 473 U.S. 614, 105 S. Ct. 3346 (1985).

хранят возможность, на стадии приведения арбитражного решения в исполнение, убедиться, что законный [публичный] интерес обеспечен должным образом в рамках реализации антимонопольного законодательства. [Нью-Йоркская] Конвенция закрепляет за каждым подписавшим государством право отказать в приведении в исполнение арбитражного решения в случае, если признание или приведение в исполнение этого арбитражного решения будет противоречить публичному порядку этого государства²¹.

Примеры арбитрабельности споров, затрагивающих публично-правовые отношения, можно встретить и в действующем российском праве. Согласно статье 64 Земельного кодекса Российской Федерации все земельные споры (независимо от их характера – частноправового или публично-правового) могут быть переданы сторонами на рассмотрение третейского суда. В соответствии со статьей 22 Федерального закона “О соглашениях о разделе продукции” споры между государством и инвестором, связанные с договором о разделе продукции, могут быть переданы в суд, арбитражный суд или третейский суд (включая международные арбитражные институты).

Представляется, что пункт 25 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 7 июля 2004 г. № 78 не следует толковать расширительно. Речь в нем не идет о запрете третейскому суду рассматривать споры, имеющие публично-правовой аспект. Речь идет о том, что чисто публично-правовые споры, результатом которых может стать вынесение прямого предписания в адрес государственного

органа по поводу реализации им своих публичных функций (вторжение в государственно-властную компетенцию), не может быть объектом третейского разбирательства.

Таким образом, рассмотрение смешанных (сочетающих в себе публично-правовой и частноправовой элементы) споров в третейском суде представляется как отечественному, так и зарубежному законодателю в принципе возможным при соблюдении следующих условий:

i) наличие соглашения между сторонами, определяющего подсудность определенного спора третейскому суду;

ii) отсутствие законодательного запрета на передачу данного спора в третейский суд;

iii) наличие полномочий данного органа (должностного лица) на заключение частных соглашений (в том числе, соглашений о передаче дела на рассмотрение третейского суда) в сфере, затрагивающей данные публично-правовые отношения²¹.

При изучении вопроса об арбитрабельности смешанных споров обращает на себя внимание разница в подходах законодателя к его регулированию применительно к внутренним третейским судам в Российской Федерации и международным коммерческим арбитражам. Согласно статье 1 Закона о третейских судах на рассмотрение третейских судов может быть передан любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений. Значит, споры, не основанные на гражданских правоотношениях, не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда именно в силу запрета, установленно-го названной статьей Закона²².

²¹ См.: *Fouchard, Gaillard, Goldman*. On International Commercial Arbitration. Kluwer Law Publishing. 1999. P. 29.

²² В литературе отмечается несовершенство формулировки “споры из гражданско-правовых отношений” в современных условиях, когда большое количество споров носит смешанный характер (см.: *Скворцов О.Ю.* Указ соч. С. 41).

Согласно же абзацу третьему пункта 2, пункту 4 статьи 1 Закона об МКА споры предприятий с иностранными инвестициями и международных организаций между собой или с любыми субъектами права Российской Федерации могут быть переданы на рассмотрение международного коммерческого арбитража, если только в законодательстве Российской Федерации не установлен запрет на разрешение такого спора в рамках арбитражного разбирательства. В этом смысле абзац третий пункта 2 статьи 1 Закона об МКА может быть противопоставлен абзацу второму пункта 2 статьи 1 Закона о третейских судах, в котором прямо говорится о включении в сферу международного коммерческого арбитража лишь “споров из договорных и иных гражданско-правовых отношений”. Таким образом, буквальное толкование абзаца третьего приводит к выводу об отсутствии предметных критериев определения сферы действия Закона об МКА. Следовательно, при удовлетворении обоим критериям абзаца третьего пункта 2 статьи 1 Закона об МКА (специальный субъектный состав и отсутствие запрета в законодательстве) на рассмотрение международного коммерческого арбитража может быть передан любой спор, независимо от соотношения публичных и частных (гражданско-правовых) начал в спорном правоотношении.

Вряд ли авторы Закона имели в виду возможность рассмотрения публично-правовых споров в соответствии с Законом об МКА. Однако анализ

текстов законов, по крайней мере в буквальном их прочтении, означает, что вопрос об арбитрабельности споров, затрагивающих сферу публичных правоотношений, должен решаться не только исходя из возможности заключения соглашений в данной сфере, но и с учетом того, какому из видов третейских судов – международным коммерческим арбитражам или третейским судам в узком смысле слова – данный спор передан на рассмотрение. В первом случае ни в Законе об МКА, ни в Нью-Йоркской конвенции не существует универсальных юридических запретов на передачу в суд публично-правовых споров²³. В случае же внутренних третейских судов речь может идти лишь о передаче гражданско-правовых споров, затрагивающих публичные отношения, но не более того.

На настоящий момент перечень споров, затрагивающих публично-правовые отношения и могущих быть переданными на рассмотрение в третейский суд, невелик. Кроме уже упомянутых земельных споров и споров, связанных с соглашениями о разделе продукции, до недавнего времени к ним относились все жилищные споры (ст. 156 Жилищного кодекса РСФСР, утратившего силу с 1 марта 2005 г. Современный Жилищный кодекс Российской Федерации такой нормы не предусматривает). Кроме того, ведутся дискуссии о возможности рассмотрения третейским судом споров в области налогов, здравоохранения²⁴ и в области приватизации.

²³ В этом смысле примечательно, что, хотя исключение из сферы действия Нью-Йоркской конвенции споров, не относящихся к коммерческим (торговым), прямо допускается пунктом 3 статьи I Конвенции, Российская Федерация (СССР) не сделала соответствующей оговорки при ратификации Конвенции, распространив, таким образом, ее действие и на все иные споры (см.: Указ Президиума ВС СССР от 10.08.1960 // Ведомости ВС СССР. 1960. № 32. Ст. 304).

²⁴ См.: *Акулин И.М.* Третейский суд в здравоохранении // Третейский суд. 1999. № 2, 3; *Бородулин С.Ю., Ершов Н.А.* Опыт работы третейского суда Ассоциации субъектов системы здравоохранения Тверской области // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. № 6; *Скворцов О.Ю.* Указ. соч.

Однако в действительности возможности субъектов права по передаче таких споров на рассмотрение третейского суда представляются весьма ограниченными по ряду причин. Проблемы с их арбитрабельностью могут быть рассмотрены на примере приватизационных споров.

Приватизационные споры, как правило, имеют смешанный характер. С одной стороны, они возникают в связи с реализацией органами государственной власти и местного самоуправления своих полномочий по управлению и распоряжению государственной (муниципальной) собственностью. В этом смысле деятельность таких органов носит публичный характер, а споры в связи с приватизационной деятельностью органов государственной власти подлежат разрешению компетентными судами Российской Федерации и не могут быть переданы государственным органом на рассмотрение третейского суда без специального указания на это в законе. С другой стороны, в основе каждого конкретного акта приватизации, как правило, лежит гражданско-правовой договор (продажи имущества с торгов, инвестиционное соглашение и т. д.). При заключении таких договоров органы государственной власти самостоятельно, от своего имени и в пределах своей компетенции вступают в гражданско-правовые договорные отношения и вправе определять их условия.

В то же время, как указал Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в постановлении от 10 апреля 2001 г. № 3515/00²⁵, наличие гражданско-правовых, договорных отношений между сторонами приватизационной сделки не может служить основанием для признания арбитрабельности приватизационных споров.

Компания (ответчик) по итогам коммерческого конкурса, организованного Фондом имущества Калининградской области, заключила с Фондом имущества договор купли-продажи акций акционерного общества, включающий в себя ряд инвестиционных условий, а также арбитражную оговорку, относящую все споры по поводу данного договора к компетенции МКАС при ТПП РФ. В последующем Фонд имущества Калининградской области (истец) обратился с иском о расторжении договора купли-продажи акций в связи с невыполнением ответчиком (покупателем по договору) его инвестиционных условий. В первой и кассационной инстанциях арбитражные суды отказали в принятии искового заявления со ссылкой на действующую арбитражную оговорку. Рассматривая дело в порядке надзора, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации отменил вынесенные судебные акты и признал арбитражное соглашение сторон недействительным.

При этом Президиум привел два основных аргумента. По его мнению, во-первых, “спор о приватизации по своему характеру не может быть предметом третейского разбирательства”, а во-вторых, заключение третейского соглашения сторонами приватизационного договора прямо запрещено статьей 29 Федерального закона “О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества”.

Рассмотрим каждый из этих аргументов отдельно, а затем попробуем сделать вывод о значении этого решения высшей судебной инстанции.

“Спор о приватизации по своему характеру не может быть предметом третейского разбирательства”. Формулируя данный тезис, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации исходил, види-

мо, из того, что существуют категории дел, неарбитрабельные *per se*. Вместе с тем законодательство Российской Федерации о международном коммерческом арбитраже, а также взятые ею на себя международно-правовые обязательства (Нью-Йоркская конвенция 1958 года) опровергают этот тезис. Согласно части 1 статьи 233, части 3 статьи 239 АПК РФ, статьям 34 и 36 Закона об МКА, пункту 2 статьи V Нью-Йоркской конвенции невозможность того или иного спора быть предметом третейского разбирательства определяется не *per se*, а *в силу законодательно установленного запрета*. При отсутствии законодательного запрета на передачу тех или иных споров на рассмотрение третейского суда вывод об их неарбитрабельности представляется необоснованным. Таким образом, Высший Арбитражный Суд Российской Федерации вышел за пределы своих полномочий, вторгшись в сферу полномочий законодателя.

Особенно подчеркнем, что отмеченный нами выше теоретический вывод о том, что публично-правовые споры *как правило* не могут быть объектом третейского разбирательства, основан не на их характеристике *per se*, а на наличии формализованных государственных процедур разрешения конфликтов в публично-правовой сфере и отсутствии у органов государственной власти полномочий по заключению договоров в данной сфере. В той же части, где возможность заключе-

ния таких соглашений прямо предусмотрена законодательством, нельзя, по нашему мнению, говорить о неарбитрабельности споров только в силу наличия в них публичного элемента²⁶.

Более того, даже если предположить, что публично-правовые споры не могут быть предметом третейского разбирательства *per se*, то возникает другой вопрос: любой ли спор в данной сфере не может быть предметом третейского разбирательства или только спор собственно об административных (публичных) отношениях и правопритязаниях? В рассмотренном выше деле, касающемся приватизации, этот вопрос проявился наиболее ярко, поскольку спор возник не по поводу реализации органом государственной власти своих публичных функций (например, организации и проведения конкурса, его условий и т. д.), а в связи с неисполнением частных гражданско-правовых обязательств лицом, выигравшим конкурс²⁷.

Таким образом, Высший Арбитражный Суд Российской Федерации признал такой спор неарбитрабельным не потому, что его предметом были публичные отношения, а потому, что чисто гражданско-правовые отношения (по поводу исполнения и расторжения договора купли-продажи) *косвенно касались* публично-правовых отношений (основывались на административном акте приватизации, имевшем место в прошлом и не оспариваемом сторонами). Полагаем, что столь расширительный подход к определению “пуб-

²⁶ К сожалению, такая позиция Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации позже получила одобрение со стороны ряда авторов, утверждающих, что даже договорный характер отношений сторон не может сделать такой спор арбитрабельным, поскольку в нем “преобладают публично-правовые начала” и могут быть затронуты “императивные нормы, обеспечивающие публичные интересы в данной сфере” (см.: *Скворцов О.Ю.* Указ. соч. С. 36, 38, 40).

²⁷ Аналогичный вопрос возник и в другом деле, в котором Высший Арбитражный Суд также отказался рассматривать делимость частноправового арбитрабельного спора от публично-правового неарбитрабельного (см. постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14.01.03 № 2853/00, а также его критику профессором В.В. Ярковым в журнале “Международный коммерческий арбитраж” № 2 за 2004 год).

²⁵ Вестник ВАС РФ. 2001. № 8. С. 35–36.

личных споров” и, как следствие, их неарбитрабельности не оправдан.

“Заклучение третейского соглашения сторонами приватизационного договора прямо запрещено статьей 29 Федерального закона “О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества”²⁸. Сам по себе такой аргумент является достаточно весомым, ибо, будь он верным, это означало бы как раз ситуацию, предусмотренную в Законе об МКА и Нью-Йоркской конвенции, когда передача отдельных споров на рассмотрение третейского суда недопустима не *per se*, а в силу прямого запрета, установленного законом Российской Федерации. Парадокс, однако, заключается в том, что статья 29 названного Федерального закона не имеет никакого отношения к подобным запретам. Согласно этой статье, озаглавленной “Недействительность сделок приватизации государственного или муниципального имущества”, в случае нарушений законодательства Российской Федерации при приватизации имущества, а также в случае нарушения условий договоров купли-продажи, заключенных по итогам приватизации, органы государственной власти вправе в судебном порядке предъявить иски о расторжении сделок купли-продажи или признании их недействительными. Даже беглый анализ этой статьи позволяет прийти к выводам о том, что:

1) приватизационное законодательство различает споры по поводу нарушений при приватизации имущества и споры по поводу исполнения договоров, заключенных по итогам приватизации имущества;

2) целью статьи 29 является не определение порядка рассмотрения приватизационных споров, а определение правовых последствий нарушений, допущенных в процессе приватизации либо исполнения приватизационных сделок;

3) пункт 1 статьи 29 не содержит ни запретительной, ни предписывающей нормы. Вместо этого статья 29 лишь закрепляет право органов государственной власти обращаться в судебном порядке с исками о расторжении приватизационных сделок. Закрепление данного полномочия органа государственной власти не может трактоваться как исключение (запрет на осуществление) иных полномочий;

4) пункт 1 статьи 29 не содержит указания на то, какие конкретно суды должны рассматривать иски о расторжении договоров. Вместе с тем согласно части 6 статьи 4 АПК РФ 2002 года обращение сторон в третейский суд является неотъемлемой частью права сторон на обращение в арбитражный суд.

В этом смысле формулировка статьи 29 названного Федерального закона может быть сопоставлена с пунктом 3 статьи 33 Федерального закона “О несостоятельности (банкротстве)”, согласно которому “дело о банкротстве не может быть передано на рассмотрение в третейский суд”. Аналогичной нормы Федеральный закон “О приватизации государственного имущества и об основах приватизации муниципального имущества”, действовавший на момент принятия указанного постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, не содержал. И вряд ли это обстоятельство можно списать на “особенности юридической техники”.

²⁸ В настоящее время названный Закон отменен в связи с принятием в 2001 году Федерального закона “О приватизации государственного и муниципального имущества”.

Таким образом, мы приходим к однозначному, на наш взгляд, выводу об ошибочности ссылки Высшего Арбитражного Суда на статью 29 названного Закона в связи с отсутствием в ней запрета на передачу споров по приватизационным договорам на рассмотрение третейского суда. Нет такого запрета и в современном приватизационном законодательстве.

Вместе с тем значение приведенного постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации нельзя недооценивать. Хотя в России формально не действует правило судебного прецедента, на деле нижестоящие суды будут следовать решениям вышестоящих судов под страхом отмены решений в порядке надзора в связи с “нарушением единообразия в толковании и применении арбитражными судами норм права” (ст. 304 АПК РФ). Поэтому в настоящее время сложившаяся судебная практика исходит, во-первых, из неарбитрабельности ряда споров, независимо от наличия прямого запрета на передачу их третейским судам в законодательстве Российской Федерации, а во-вторых, считает неарбитрабельными (в силу их публично-правового характера) не только споры собственно в административно-правовой сфере, но и споры, вытекающие из гражданских (частноправовых) отношений, в случае, если данные частноправовые отношения могут иметь косвенное отношение к реализации органами государственной власти их публично-правовой функции.

Если задаться вопросом о действительных мотивах таких решений высшей судебной инстанции, то их не так сложно обнаружить: предполагается, что, хотя третейские суды также вправе и обязаны применять относящиеся

к спору императивные нормы права²⁹, государственные суды, применяя те же самые нормы права, способны “более качественно” защитить государственные интересы. Как следствие, суды стремятся не допустить передачу на рассмотрение третейского суда дел с ярко выраженным государственным интересом, независимо от соответствующего законодательного регулирования этого вопроса.

Последнее, в свою очередь, приводит к резкому сужению сферы третейских разбирательств, поскольку стороны, заключая третейские соглашения, не могут быть уверены в признании их судами Российской Федерации и в исполнимости решений третейских судов, вынесенных на основании таких соглашений. Действительно, применив аналогичную логику, можно признать неарбитрабельными и споры из гражданско-правовых договоров, которые косвенно касаются (по основаниям их заключения или последствиям признания недействительными) сфер таможенных, налоговых, антимонопольных, валютных и иных публично-правовых отношений. А поскольку подавляющее большинство частноправовых отношений в той или иной степени косвенно касается указанных публично-правовых сфер, неарбитрабельными на основании аналогичных аргументов могут быть признаны и иные гражданско-правовые споры сторон.

Такое решение Высшего Арбитражного Суда объясняется, на наш взгляд, остаточным отношением в судебской среде к третейскому разбирательству как к “юридической услуге частного характера”, которая не может заменить собой правосудия в тех сферах, в которых необходимо защитить как публичные, так и частные интересы

²⁹ См.: Либшер К. Императивные нормы в международном коммерческом арбитраже // Третейский суд. 2005. № 1.

государства³⁰. Реализация такого подхода в деятельности российских судов является самым большим препятствием для развития института третейского разбирательства.

Справедливости ради отметим, что наблюдаются и примеры применения судами противоположного подхода. Так, в ряде дел арбитражные суды отказывались признавать недействительной арбитражную оговорку лишь на том основании, что гражданско-правовой спор между сторонами имеет отношение к порядку исчисления и уплаты налогов. При этом суды указывали, что, поскольку поводом к возникновению спора явилось предполагаемое нарушение одной из сторон условий гражданско-правового договора, такой спор должен разрешаться в соответствии с договоренностью сторон (о передаче этого дела в третейский суд), независимо от его связи с нормами налогового или иного публичного права³¹. В то же время такие решения выглядят скорее исключением из общего правила об ограничении сферы компетенции третейских судов лишь спорами с полным отсутствием публично-правовых элементов.

Именно ограничительным подходом к толкованию понятия арбитрабельности объясняется позиция ряда авторов, исключаящих из дел, которые могут быть переданы на рассмотрение третейского суда, еще одну важную категорию споров – корпоративные споры (например, об итогах голосования, об обязывании провести общее собрание и т.д.)³². Такие споры не от-

носятся к категории публично-правовых, также отсутствует законодательный запрет на их рассмотрение третейскими судами. В данных условиях сторонники точки зрения о неарбитрабельности таких споров обычно приводят аргумент о том, что эти споры затрагивают интересы достаточно большого количества лиц (акционеров, участников общества), не связанных арбитражным соглашением, а потому они (споры) должны быть признаны неарбитрабельными. Аргумент представляется неверным по ряду причин.

Во-первых, отсутствие компетенции третейского суда рассматривать *конкретный спор* между определенными лицами в связи с отсутствием между ними соглашения о передаче спора на рассмотрение третейского суда не имеет отношения к арбитрабельности *данного типа спора* в принципе.

Во-вторых, для признания правомочности третейского суда по рассмотрению спора необходимо наличие действующего третейского соглашения именно между спорящими лицами, а не между одним из участников спора и всеми потенциально заинтересованными лицами.

В-третьих, в ряде случаев иные заинтересованные лица могут просто отсутствовать (например, спор общества с его единственным участником). Думается, что *одна лишь вероятность* наличия иных заинтересованных лиц не может служить причиной признания неарбитрабельности целой категории дел.

³⁰ Такую точку зрения можно встретить и в научной литературе (см., напр.: Комментарий к Федеральному закону “О третейских судах в Российской Федерации” / Отв. ред. А.Л. Маковский, Е.А. Суханов. М.: Статут, 2003. С. 7. Развернутое сопоставление точек зрения о природе третейского разбирательства и международного арбитража и их соотношении с государственной юрисдикционной деятельностью дано в статье: Рожкова М.А. О некоторых вопросах принудительного исполнения решений третейских судов // Вестник ВАС РФ. 2004. № 9. С. 168–176).

³¹ См. постановления Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 30.07.02 по делу № А05-681/02-48/13; от 10.09.01 по делу № А56-35474/2001.

³² См.: Скворцов О.Ю. Указ. соч. С. 34–35.

В-четвертых, заинтересованность иных лиц в исходе спора вообще не рассматривается ни российским законодательством, ни международными конвенциями в качестве критерия арбитрабельности определенного типа споров или компетенции конкретного третейского суда. Заинтересованные лица вправе защитить свои права либо присоединившись к третейскому разбирательству (и, таким образом, признав полномочия данного третейского суда по разрешению спора), либо подав самостоятельный иск в соответствии с правилами о подсудности³³. Право иных заинтересованных лиц (не являвшихся первоначальными участниками спора) на рассмотрение своего спора в ином месте, чем создается опасность вынесения противоречащих друг другу решений третейским и государственным судом, не может быть основанием для отказа третейского суда в рассмотрении корпоративного спора между его первоначальными участниками.

Безусловно, государственный и третейский суд должны в таких случаях тщательно выяснять, кто в действительности является сторонами конфликтного правоотношения, чтобы предотвращать случаи инициирования третейского разбирательства недобросовестным истцом против очевидно ненадлежащего ответчика с целью принудить иных лиц, не связанных третейским разбирательством, выступить на стороне ответчика в третейском суде. Однако концепция недобросовестности истца в использовании правил подсудности (*forum shopping*) не может использоваться для обоснования запрета на передачу в третейский суд корпоративных споров.

³³ См.: Ярков В.В. Арбитражное соглашение и требования третьих лиц о признании недействительным договора, охватываемого арбитражным соглашением // Третейский суд. 2005. № 1; см. также постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 12.01.04 по делу № КГ-А40/10598-03; определение Верховного Суда Российской Федерации от 28.05.01 по делу № 45-Г01-18.

Вотсутствие в АПК РФ исчерпывающего перечня неарбитрабельных категорий дел единственным выходом является четкое определение тех критериев (принципов), на основании которых можно решить вопрос об арбитрабельности каждого конкретного спора.

1. Согласно пункту 4 статьи 1, пункту 2 (2) статьи 34 и пункту 2 (1) статьи 36 Закона об МКА (повторенных в статьях 233 и 239 АПК РФ) признание неарбитрабельности за определенной категорией дел может проводиться только федеральным законом Российской Федерации, но не иными актами – постановлениями Правительства, указами Президента Российской Федерации и т. д.

2. Публично-правовые споры в узком смысле слова (споры по поводу реализации публично-властными органами их законодательно установленной компетенции) не могут рассматриваться в третейском суде, за исключением случаев, когда возможность передачи дела в третейский суд прямо предусмотрена нормативным актом либо когда таким нормативным актом предусмотрены полномочия органа государственной власти или местного самоуправления по заключению юрисдикционных (третейских) соглашений в данной сфере.

3. Сам факт участия органа государственной власти или местного самоуправления в арбитражном соглашении не делает арбитражное соглашение недействительным. При условии отсутствия в федеральном законе запрета на передачу конкретных споров на рассмотрение третейского суда, дело подлежит передаче

на рассмотрение в предусмотренный сторонами третейский суд или международный коммерческий арбитраж.

4. Наконец, при условии отделимости публично-правового спора от частноправового судом в случае признания неарбитрабельности публично-правового спора должна быть рассмотрена возможность передачи частноправового спора между публичными органами и иными участниками гражданского оборота на рассмотрение третейского суда. В этом случае мы будем иметь конкуренцию двух достаточно серьезных принципов: принципа нерушимости договора и автономии воли сторон и принципа процессуальной экономии. В ряде случаев, даже при отделимости частноправовой и публично-правовой составляющих спора, более целесообразным может быть рассмотрение обоих споров компетентным государственным судом для целей предотвращения вынесения противоречащих друг другу решений, а также наилучшей защиты интересов обеих сторон. Представляется, что до выработки универсального законодательного механизма разрешения подобных ситуаций судам следует, на основе учета всех обстоятельств дела и мнений сторон, выбирать решения, наиболее отвечающие интересам сторон.

Применение изложенных нами принципов и подходов к определению арбитрабельности отдельных споров позволит выработать единообразную и внутренне непротиворечивую судебную практику, согласующуюся с действующим законодательством Российской Федерации. В то же время порядок и даже критерии отнесе-

ния споров к арбитрабельным продолжат оставаться расплывчатыми. Как справедливо отмечается в юридической литературе, “законодателю еще предстоит окончательно определить категории дел, в отношении разрешения которых третейский суд является компетентным”³⁴. До кардинального разрешения этой проблемы (на уровне поправок в АПК РФ либо на уровне универсальных разъяснений Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации) участники гражданского оборота каждый раз, договариваясь о передаче дел на рассмотрение третейского суда, будут вынуждены брать на себя риск возможного признания предмета такого соглашения неарбитрабельным.

Причем в отличие от многих иных указанных недостаток не может быть преодолен доктринальным толкованием пробелов законодательства и привлечением аналогий, поскольку, как было показано выше, признание исключительной компетенции государственного арбитражного суда основано на сугубо формальном применении соответствующей правовой нормы – при наличии третейского соглашения арбитражный суд вправе самостоятельно рассматривать лишь те дела, передача которых на рассмотрение третейского суда прямо запрещена законодательством Российской Федерации. И хотя теоретически возможно применение и иных юридических техник закрепления неарбитрабельности – путем определения исключительной компетенции государственных судов, – “запретительный подход” представляется более эффективным, ибо позволяет избежать неопределенностей в толковании “права на обращение

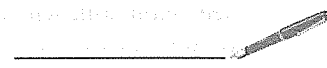
³⁴ Зайцев А.И. Судебно-правовая политика в области третейского разбирательства // В кн.: Российская правовая политика: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Мальцева. М., 2003. С. 475; Скворцов О.Ю. Указ. соч.

в суд” или “исключительной компетенции судов”³⁵.

Сохранение неопределенности в законодательном определении критериев арбитрабельности споров способно дестабилизировать не только применение института третейского разбирательства, но и судебные процедуры государственных судов, поскольку компетенция последних в данном случае формируется по остаточному принципу: при условии действия, действительности

и практической исполнимости арбитражной оговорки государственный суд будет обладать юрисдикцией только над спорами, которые не могут быть переданы на рассмотрение третейскому суду. Таким образом, уточнение категории арбитрабельных споров представляется одной из важнейших задач, разрешение которой необходимо для развития институтов третейского разбирательства и международного коммерческого арбитража в Российской Федерации.

³⁵ В качестве таких примеров см. статью 28 Закона Российской Федерации “О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках”, статью 382 Трудового кодекса Российской Федерации, рассматривавшиеся выше статьи 33, 248 АПК РФ и др.



Т.В. МИНАЕВА,
юрист международной юридической фирмы
White & Case LLC

Роль арбитров в контексте борьбы с отмыванием денег

В качестве одного из методов противодействия вынесению нежелательного арбитражного решения сторона арбитражного процесса иногда использует обвинения в отмывании денег против своего оппонента. Такие заявления об участии в отмывании денег могут налагать на арбитров некоторые обязательства, которые будут рассмотрены в настоящей статье.

Введение

Проблема отмывания денег из года в год становится все более актуальной.

Однако, принимая во внимание характер деяния, масштаб проблемы не может быть точно определен. Бывший глава Международного валютного фонда Мишель Камdessus предположил, что размер отмываемых средств может составлять от 2 до 5 процентов мирового ВВП¹. Учитывая оценку мирового ВВП за 2004 год, размер отмываемых средств составляет от 1 до 2,57 триллиона долларов США². Для сравнения, ВВП Швейцарии за 2004 год составил 239 миллиардов долларов США, а Великобритании 1,666 триллиона долларов США³.

¹ US Treasury and Department of Justice 2002 National Money Laundry Strategy, июль 2002 года.

² Расчет произведен на основе размера мирового ВВП, составившего в 2004 году, по оценке CIA World Factbook, 51,48 триллиона долларов США.

³ Оценка CIA World Factbook.

Международное сотрудничество в борьбе с отмыванием денег

Суть отмывания денег сводится к легализации и возможности последующего использования денежных средств, полученных преступным путем. Отмывание денег было впервые введено в разряд противозаконных действий статьей 3 Конвенции Организации Объединенных Наций 1988 года по борьбе с незаконным оборотом наркотиков и психотропных веществ (Венская конвенция). Впоследствии Международная группа по борьбе с финансовыми злоупотреблениями (The Financial Action Task Force) (ФАТФ) рассматривала пути распространения действия вышеобозначенной Конвенции на более широкий спектр преступлений. В результате в 1990 году ФАТФ опубликовала сорок рекомендаций по противодействию отмыванию денег, которые получены от оборота наркотиков. В 1996 году ФАТФ впервые внесла изменения в свои рекомендации в соответствии с эволюционирующей типологией отмывания денег. Эти рекомендации были приняты 130 государствами и на настоящий момент являются международным стандартом борьбы с отмыванием денег.

В июне 2003 года на своем пленарном заседании ФАТФ приняла Россию в полноправные члены. При этом стоит отметить, что еще в начале октября 2002 года Россия значилась в ее черном списке. Таким образом, всего за несколько месяцев Россия в глазах западных стран превратилась из обвиняемого в соавтора по выработке стандартов борьбы с легализацией преступных доходов.

Следующим шагом международного сотрудничества в борьбе с отмыванием денег является Конвенция Органи-

зации Объединенных Наций 2000 года по борьбе с международной организованной преступностью⁴, статья 6 которой обязывает ее участников ввести в разряд противозаконных действия по отмыванию денег. Данную Конвенцию подписали 147 государств, 93 из которых ее ратифицировали.

Усилия европейских государств по борьбе с отмыванием денег нашли отражение в Конвенции Совета Европы 1990 года об отмывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности (далее – Конвенция 1990 года). Эта Конвенция предусматривает принятие государствами-участниками на национальном уровне законодательных мер, позволяющих квалифицировать в качестве преступления действия по отмыванию денег, а также определяет принципы международного сотрудничества по борьбе с отмыванием денег.

В России, которая является участником Конвенции 1990 года с 31 мая 2001 г., действия по отмыванию денег были поставлены в разряд противозаконных со вступлением в силу 1 февраля 2002 г. Федерального закона № 115-ФЗ “О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем” (далее – Закон 115-ФЗ). Этот Закон устанавливает правовой механизм борьбы с отмыванием денег, который основан на сорока рекомендациях ФАТФ. Одновременно с его введением в законодательные акты были внесены соответствующие изменения: в частности, вводилась уголовная и административная ответственность за действия по отмыванию денег, а также соответствующие изменения вводились в Законы “О рынке ценных бумаг” и “О банках и банковской деятельности”⁵. В связи

с принятием Закона № 115-ФЗ был также создан Комитет Российской Федерации по финансовому мониторингу – надзорный орган по контролю за операциями с денежными средствами⁶.

Директивы ЕС

Помимо Конвенции 1990 года Европейское Сообщество (далее – ЕС) борется с отмыванием денег посредством Директив. Так, Директива ЕС по предотвращению использования финансовой системы в целях отмывания денег от 10 июня 1991 г. № 91/308/ЕЕС, которая была разработана на основании рекомендаций ФАТФ 1990 года, налагала обязательства на государства-участники предпринимать действия по предотвращению легализации средств, полученных от продажи наркотиков⁷. В частности, она предусматривала, что финансовые организации должны идентифицировать клиентов, вести учет, вводить правила внутреннего контроля, а также сообщать о подозрительных признаках отмывания денег соответствующим органам. Однако применение понятия “отмывание денег” только к средствам, полученным от продажи наркотиков, вскоре оказалось недостаточным. А тот факт, что только финансовые организации были обязаны сообщать о подозрительных сделках, создал предпосылки для обходных путей легализации “грязных доходов”.

Европейский парламент на пленарной сессии, состоявшейся в ноябре 2001 года, одобрил расширение Директивы ЕС в части определений, связан-

ных с отмыванием денег, списка лиц, обязанных сообщать об этом, а также включение в нее ряда дополнительных действий, направленных против отмывания денег. Как следствие, 4 декабря 2001 г. была принята вторая Директива Евросоюза № 2001/97/ЕС (далее – Директива), которая обязывала государства привести свое законодательство в соответствие с ее положениями до 15 июня 2003 г.

Одним из нововведений Директивы явилось расширение списка профессий, которыми обладают лица, обязанные сообщать о сомнительных сделках. В частности, к ним отнесли “независимых профессионалов в области оказания юридических услуг” (independent legal professionals) (далее – юристы⁸), что явилось результатом продолжительных дискуссий между Европейской комиссией, Советом Европы и Европейским парламентом. Согласно Директиве ее положения должны применяться к юристам, если они “участвуют в финансовых или корпоративных сделках, включая предоставление совета по налогам, а именно когда существует значительный риск, что их услуги будут использованы с целью отмывания средств, полученных преступным путем”. Однако положения Директивы не применяются к юристам, если они только “определяют правовую позицию клиента или представляют его в судебных разбирательствах”.

Несмотря на оговорку, данное нововведение все же входит в противоречие с обязательством юристов о нераз-

⁶ Указ Президента Российской Федерации № 1263 от 01.11.01. Информация о деятельности Комитета доступна на сайте www.kfm.ru

⁷ Страны ЕС обязаны приводить свое национальное законодательство в соответствие с положениями Директив. Если этого не происходит, Комиссия ЕС может инициировать судебное производство против уклоняющегося государства в Суде ЕС (European Court of Justice). Директивы ЕС не распространяют свое действие на Российскую Федерацию.

⁸ Понятие “юрист” объединяет адвокатов и юристов. В отличие от России в большинстве европейских государств не существует разделения между адвокатами и иными лицами, оказывающими юридические услуги, то есть юристами.

⁴ Российская Федерация ратифицировала Конвенцию 26.05.04.

⁵ См. Федеральный закон № 121-ФЗ “О внесении изменений и дополнений в законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона “О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем”, а также Федеральный закон от 30.10.02 № 130-ФЗ.

глашении профессиональной тайны (attorney-client privilege). Стоит отметить, что Директива в этой области вводит значительно более строгое правило, чем рекомендации ФАТФ. Так, шестнадцатая рекомендация ФАТФ гласит, что «юристы, нотариусы, иные независимые профессионалы в области оказания юридических услуг и бухгалтеры, действующие в качестве таковых профессионалов, не обязаны сообщать о своих подозрениях, если соответствующая информация была получена ими при обстоятельствах, которые являются предметом профессиональной тайны»⁹.

Не удивительно, что во многих государствах новая Директива была встречена сопротивлением, вплоть до инициирования судебных процессов, например как в Бельгии и Португалии. Наибольшим сопротивлением Директива встречена также в Италии, Греции, Швеции, Люксембурге и Франции. Именно этим странам в феврале 2004 года было направлено официальное требование Европейской комиссии привести свое законодательство в соответствие с Директивой.

Основную проблему Директивы можно описать кратко: конфликт между раскрытием информации в целях национальной безопасности и неприкосновенностью частной жизни. Наравне с юристами в непростое положение были также поставлены аудиторы, нотариусы и даже продавцы художественных произведений.

Российские юристы столкнулись с этой проблемой относительно недавно. Последними поправками в Закон № 115-ФЗ¹⁰ в список лиц, обязанных идентифицировать клиентов, иметь организации внутреннего контроля, а также хранить информацию, добавлены адвокаты, нотариусы, лица, осуществляющие предпринима-

тельную деятельность в сфере оказания юридических или бухгалтерских услуг, в тех случаях, когда они готовят или осуществляют от имени или по поручению своего клиента операции с денежными средствами или иным имуществом (ст. 7.1 (п. 1) Закона). Кроме того, на этих лиц была возложена обязанность уведомления уполномоченного органа в случае любых оснований полагать, что сделки или финансовые операции, указанные выше, могут быть осуществлены с целью отмывания денег (ст. 7.1 (п. 2) Закона). При этом за нарушение положений этой статьи предусмотрена ответственность в виде лишения лицензии, а также в рамках административного и уголовного производства. Стоит отметить, что Закон 115-ФЗ не содержит оговорок о том, что регулируемые лица освобождаются от обязанности сообщать о сомнительных операциях, если они определяют правовую позицию клиента или представляют его в судебных разбирательствах. Тем не менее Закон содержит положение о том, что сведения, на которые распространяется законодательство Российской Федерации о соблюдении адвокатской тайны, не подпадают под его действие. Таким образом, российское законодательство последовало шестнадцатой рекомендации ФАТФ (см. выше), но с одной особенностью, свойственной российской специфике. Известно, что положение об адвокатской тайне урегулировано в Законе «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», и, соответственно, это положение распространяется только на адвокатов. Из чего следует, что нотариусы, юристы и аудиторы, не обладающие привилегиями адвокатов, должны сообщать о сомнительных операциях в любом случае, даже когда они только определяют пози-

цию клиента или представляют его в суде.

Таким образом, если шестнадцатая рекомендация ФАТФ предполагает, что юристы, нотариусы, иные независимые профессионалы в области оказания юридических услуг и бухгалтеры, действующие в качестве таковых профессионалов, не обязаны сообщать о своих подозрениях, если соответствующая информация была получена ими при обстоятельствах, которые являются предметом профессиональной тайны (при этом понятие «профессиональная тайна» не ограничивается только понятием «адвокатская тайна»), а Директива предусматривает компромиссный подход (обязанность сообщать, кроме случаев оценки ситуации и представления в судебном процессе), то российское законодательство о борьбе с отмыванием денег можно определить как наиболее бескомпромиссное по отношению к обязанности независимых профессионалов в области оказания юридических услуг сообщать о сомнительных операциях.

Обязательства арбитров в свете Директивы

А как же дело обстоит с арбитрами, какие действия должны совершать арбитры, если в ходе арбитражного процесса им стали известны факты отмывания денег? И действительно, с одной стороны, многие арбитры являются юристами, и они в соответствии с Директивой, казалось бы, обязаны сообщать о подозрительных обстоятельствах, с другой же стороны, арбитражный процесс – это закрытый процесс, что является одним из преимуществ арбитража перед судебным разбирательством.

Этот вопрос обсуждался на заседании арбитражной комиссии Международной торговой палаты (далее – МТП), которое состоялось 19 ноября

2004 г. Члены комиссии пытались переделить свое отношение к этой проблеме, в связи с чем была создана рабочая группа, которая должна выработать официальную позицию. Не удивительно, что большинство членов комиссии было негативно настроено к обязанности сообщать о подозрительных операциях. Это можно объяснить, в первую очередь, желанием сохранить арбитражное разбирательство конфиденциальным.

Если рассмотреть статью 2(1)(в) Директивы, то можно прийти к выводу, что она не распространяется на арбитров. Так, данная статья к числу лиц, подпадающих под ее действие, относит «нотариусов или иных независимых профессионалов в области оказания юридических услуг, если они участвуют, от лица или за своих клиентов, в любой финансовой или связанной с недвижимостью сделке либо содействуют планированию сделок своих клиентов, касающихся: (i) купли-продажи имущества или предприятий; (ii) управления клиентскими денежными средствами, ценными бумагами или иными активами; (iii) открытия или управления банковскими, сберегательными или депозитарными счетами; (iv) организации вкладов, необходимых для создания, деятельности или управления компаниями».

Таким образом, Директива не распространяется на арбитров, поскольку арбитры, разрешая спор между сторонами, не участвуют от лица своих клиентов в вышеперечисленных сделках, а также не оказывают содействия по планированию таких сделок. Несмотря на это, на заседании было высказано опасение, что положения Директивы могут по аналогии распространяться и на арбитров.

Стоит отметить, что в октябре 2004 года Европейской комиссией был передан в Европейский парламент и в Совет Европы новый проект Директивы, который в настоящее время

⁹ Здесь и далее перевод автора.

¹⁰ Поправки внесены Федеральным законом от 28.07.04 № 88-ФЗ.

мя находится на рассмотрении. Этот проект подготовлен с учетом рекомендаций ФАТФ, которые были доработаны в 2003 году, и в большей степени направлен на противодействие финансированию терроризма. Проект не добавляет арбитров в список лиц, обязанных сообщать о подозрительных сделках, а в отношении юристов рекомендовано расширить их обязанность сообщать, если они участвуют в сделках, связанных с созданием, управлением трастом или похожими структурами.

В России роль арбитров в противодействии отмыванию денег пока еще четко не определена. Однако, принимая во внимание, что в большинстве своем арбитры являются профессионалами в области оказания юридических услуг, они могут подпадать под действие статьи 7.1 Закона № 115-ФЗ. Вопрос о том, обязаны ли арбитры сообщать уполномоченным органам о сомнительных фактах, полученных в процессе разрешения спора в третейском суде, зависит от интерпретации этой статьи. Так, пункт 2 статьи 7.1 предусматривает, что “при наличии у адвоката, нотариуса, лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность в сфере оказания юридических или бухгалтерских услуг, любых оснований полагать, что сделки или финансовые операции, указанные в пункте 1 настоящей статьи, осуществляются или могут быть осуществлены в целях легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем... они обязаны уведомить об этом уполномоченный орган”. При этом к операциям, указанным в пункте 1 статьи 7.1 Закона № 115-ФЗ, относятся: (1) сделки с недвижимым имуществом; (2) управление денежными средствами, ценными бумагами или иным имуществом клиента; (3) управление банковскими счетами или счетами ценных бумаг; (4) привлечение денежных средств для создания организаций,

обеспечения их деятельности или управления ими; (5) создание организаций, обеспечение их деятельности или управление ими, а также купля-продажа организаций. Таким образом, статья сформулирована так, что из ее содержания не следует однозначно, что юристы (то есть арбитры) подпадают под ее регулирование, если они получили сведения о вышеперечисленных сделках не в процессе их осуществления, а в ходе разрешения спора по ним. Здесь стоит отметить, что одним из преимуществ третейского процесса является его закрытость. Так, в соответствии с параграфом 8 Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ “арбитры, докладчики и сотрудники секретариата обязаны не разглашать ставшую им известной информацию о спорах, разрешаемых МКАС, которая может нанести ущерб интересам сторон”. При таких обстоятельствах представляется, что при отсутствии более четкого регулирования в отношении арбитров арбитры скорее всего продолжают соблюдать конфиденциальность международного третейского разбирательства.

Заявления об отмывании денег в арбитражном процессе

В свете взаимоотношений арбитражного процесса и проблемы отмывания денег также существует другой, не менее интересный вопрос. Как же должны реагировать арбитры на заявления в арбитражном процессе об участии другой стороны в отмывании денег? В связи с поставленным вопросом можно обратиться к подходу МТП.

В рекомендациях арбитрам по их действиям в случае заявления об отмывании денег, опубликованных Институтом МТП по вопросам международного торгового права, сказано, что если арбитрам заявлено о том, что имели место коррупция, отмывание

денег или мошенничество, являющиеся серьезными правонарушениями, то арбитры должны:

оценить значение такого заявления с точки зрения публичного порядка; всесторонне расследовать основания, послужившие причиной таких заявлений, и определить их значение в соответствии с применимым правом; прямо указать на сделанные заявления в арбитражном решении, а также указать фактические и правовые выводы арбитров по поводу этих заявлений.

При этом арбитрам следует иметь в виду, что:

арбитраж является органом по разрешению гражданско-правового спора между сторонами на основании их заявлений и приводимых доказательств и не является органом дознания, что налагает определенные ограничения на обязанности и методы арбитров в отношении исследования обстоятельств коррупции или отмывания денег;

арбитраж должен исключить применение заявлений о коррупции или отмывании денег стороной с тактической целью освобождения себя от обязательств;

арбитраж не должен допустить приобщение стороной к делу доказательств, основанных на контрактах, сделках или деятельности, не имеющих отношения к рассматриваемому делу;

арбитраж не должен принимать во внимание заявления стороны, что поведение оппонента в других сделках свидетельствует о типичном поведении, что якобы имеет место и в сдел-

ке, спор по которой непосредственно рассматривается¹¹.

Такой подход кажется правильным с точки зрения признания и исполнения арбитражного решения, поскольку существует риск, что арбитражное решение, вынесенное по делу без учета заявленных обвинений в отмывании денег против стороны процесса, не будет исполнено. Основанием для отказа может служить статья V(2)(b) Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (далее – Нью-Йоркская конвенция), согласно которой в признании и исполнении арбитражного решения может быть отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что признание и приведение в исполнение такого решения противоречит публичному порядку этой страны.

Общая тенденция складывается в пользу того, что суды в ходе процедуры признания арбитражного решения, независимо от того, была или нет обращена к суду просьба стороны, против которой это решение вынесено, изучают арбитражное решение с точки зрения того, не будет ли исполнение этого решения нарушать публичный порядок этого государства. В Англии, например, одним из оснований для оспаривания арбитражного решения является факт “вынесения арбитражного решения в результате обмана или иным образом, противоречащим публичному порядку”¹². В Швеции арбитражное решение считается недействительным, если оно противоречит основным принципам шведской правовой системы¹³.

¹¹ *Cremades B.M., Cairns D.J.A.* Transnational public policy in international arbitral decision-making: the cases of bribery, money laundering and fraud in Chapter 5 of Arbitration, Money Laundering and Corruption, ICC Institute of World Business Law Dossier (2002).

¹² Статья 68 Закона Англии “Об арбитраже” 1996 года. Например, дело *Soleimany v. Soleimany*, [1998] 3WLR 811, [1999] QB 785 (CA), [1999] 3 All ER 847.

¹³ Статья 33 Закона Швеции “Об арбитраже” 1999 года.

Таким образом, арбитры обязаны приложить все усилия, чтобы убедить в том, что решение будет исполнимо. Это подтверждается регламентами арбитражных судов, например Арбитражным регламентом МТП (ст. 35) или регламентом Лондонского международного третейского суда (LCIA) (ст. 32.2).

Следовательно, обязанностью арбитров является установление фактов дела всеми возможными способами (см. статью 20 Арбитражного регламента МТП), с тем чтобы на основании применимого права дать оценку обоснованности заявлений об отмывании денег. Арбитражное решение, обязывающее одну сторону исполнить обязательства по сделке, связанной с отмыванием денег, что является уголовно наказуемым деянием в большинстве государств, может быть оспорено по месту его вынесения, а также в его исполнении может быть отказано, поскольку исполнение такого решения будет противоречить публичному порядку страны, где оно испрашивается.

На основании всего вышесказанного можно отстаивать точку зрения, согласно которой арбитры должны исследовать обстоятельства, связанные с отмыванием денег, даже в том случае, если ни одна из сторон не заявляла об этом. Однако стоит отметить, что по этому поводу нет единого мнения. Кроме того, при принятии решения об исследовании подозрительных обстоятельств в ситуации, когда ни одна из сторон о таких обстоятельствах не заявляла, арбитрам следует иметь в виду, что решение, вынесенное на основании результатов такого исследования, может быть оспорено на основании статьи V(1)(с) Нью-Йоркской конвенции, которая предусматривает, что в признании и приведении в исполнение может быть отказано, если решение вынесе-

но по спору, не предусмотренному и не подпадающему под условия арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения или арбитражной оговорки.

Таким образом, в настоящее время не существует согласованности по вопросу о том, должны ли арбитры проводить свое собственное расследование по обстоятельствам отмывания денег при отсутствии заявления сторон о таких обстоятельствах.

Степень доказывания отмывания денег

Степень доказывания выдвигаемых обвинений представляет собой еще один вопрос для обсуждения. Чаще всего при обвинении в отмывании денег бремя доказывания несет сторона, заявляющая об этом. Однако подход к бремени доказывания может отличаться в разных юрисдикциях, а также в том, какие доказательства можно считать применимыми. Как показывает известная автору практика, именно в этой связи возникают значительные трудности.

И действительно, какие доказательства должны быть представлены арбитрам в подтверждение фактов, свидетельствующих об отмывании денег? При этом надо иметь в виду, что отмывание денег – это вторичное преступление, которому предшествует основное преступление, в результате которого получены “грязные доходы”.

В одном из дел МТП арбитры определили, что, учитывая достаточную сложность доказывания противозаконных действий путем представления документов, так как участники зачастую маскируют действительный характер сделки, арбитрам не остается иного выбора, кроме как положиться на заявленные стороной фак-

ты, если они достаточно обоснованы. Тем более если стороной, против которой выдвинуты такие обвинения, не приведены аргументы в свою защиту¹⁴.

Однако этот подход представляется неоднозначным. В таком случае многие арбитражные разбирательства оказывались бы в тупиковой ситуации. Чтобы этого избежать, следует признавать допустимыми только надежные доказательства, например такие, как решения компетентных органов, документы или свидетельские показания, которые напрямую подтверждают отмывание денег. Кроме того, следует также доказать, что денежные средства, которые “отмываются”, были получены в результате совершения преступления. При этом Директива предусматривает, что преступлением признается любое уголовно наказуемое деяние, приносящее значительный доход, включая мошенничество и коррупцию.

Автору известно арбитражное дело, где ответчик просил признать сделку недействительной на том основании, что истец при осуществлении сделки якобы использовал средства, полученные преступным путем. В подтверждение своих обвинений ответчик представлял, в основном, свидетельские показания бывших сотрудников истца, где они подтверждали, что действительно еженедельно на счета офшорных аффилированных с истцом компаний поступали крупные суммы денег. Нелегальность происхождения этих денег свидетели только предполагали, однако не могли привести ни одного неопровержимого доказательства.

В этом деле арбитры подошли к проблеме следующим образом: хотя приведенных свидетельств было недо-

статочно для того, чтобы сделать вывод об обоснованности обвинений, эти свидетельства все же являлись достаточно серьезными. В результате арбитры решили предоставить сторонам возможность отстоять свои позиции. В частности, ответчику предписывалось изложить письменно все доводы в пользу того, что имело место отмывание денег, со ссылками на документы, свидетельские показания, а также на иные возможные свидетельства, при этом такие свидетельства, как перевод денег со счета на счет, должны быть абсолютно доказанными. Истцу, в свою очередь, предоставлялась возможность в письменном виде изложить свои возражения на обвинения ответчика, где он должен был доказать, что “сомнительные операции” являлись легальными, а средства, заплаченные ответчику, не были получены преступным путем.

Из вышесказанного можно сделать вывод, что отмывание денег достаточно сложно доказать. Арбитры тем не менее должны сделать все возможное для того, чтобы получить как можно больше свидетельств от сторон как в пользу, так и против отмывания денег с тем, чтобы оценить значение таких свидетельств по отношению к рассматриваемому делу с точки зрения публичного порядка.

Использование арбитражного процесса для отмывания денег

Рассмотрим случай, в котором арбитражный процесс может быть использован для отмывания денег. Сторона А инициирует арбитражный процесс против стороны В, при этом обе компании являются соучастниками. Сторона В проигрывает процесс и, используя средства, полученные пре-

¹⁴ Rosel Jose, Prager Harvey. Illicit Commissions and International Arbitrations: the Question of Proof (1999), 15(4) International Arbitration.

ступным путем, исполняет арбитражное решение, а именно переводит суммы в качестве погашения долга стороне А. Сторона А таким образом получает значительную сумму денег, происхождение которой легко объясняется налоговым и иным органам, а сторона В, проиграв арбитражный процесс, может даже произвести взаимозачет по своим налоговым обязательствам¹⁵. Но чаще всего стороны даже не заходят так далеко. Начав арбитражный процесс, стороны информируют арбитров, что ими достигнуто мировое соглашение, и просят арбитров утвердить его.

Вышеперечисленные ситуации приведены для того, чтобы показать, что арбитражный процесс может быть использован для отмывания денег, в связи с чем арбитры должны быть очень внимательны. Марк Пит, председатель рабочей группы ОЭСР¹⁶ по борьбе с коррупцией, писал, что «арбитры должны внимательно изучить, не окажутся ли они соучастниками в коррумпированных сделках»¹⁷. Это по аналогии можно применить и к сделкам по отмыванию денег.

В связи с этим коснемся вопроса привлечения арбитров к уголовной ответственности. Несмотря на то, что на практике это маловероятно, теоретически основой такой ответственности могут быть положения о соучастии в преступлении. Автору, однако, не известно ни одного случая привлечения арбитра в качестве соучастника в отмывании денег. Тем не менее предупреждения об уголовной ответствен-

ности арбитрам иногда используются стороной, заявляющей об отмывании денег, в качестве давления на арбитров. Это может иметь место, если существуют опасения, что арбитры, проигнорировав заявления, вынесут решение и тем самым поспособствуют в отмывании денег.

Заключение

В настоящей статье рассматривались аспекты проблемы с фокусом на законодательство Европейского Сообщества. Данная тема достаточно обширна и, конечно, не ограничивается рассмотрением законодательства ЕС или рекомендаций МТП. На примере Европы тем не менее можно проследить тенденции, которые наблюдаются в арбитражном процессе в контексте борьбы с отмыванием денег.

Эти тенденции в основном сводятся к следующему:

имеет место нарастающее давление со стороны законодателей на юристов в связи с соблюдением ими профессиональной тайны, что может негативно сказаться на конфиденциальности арбитражного процесса;

участились случаи использования обвинений в отмывании денег в адрес оппонента в качестве тактического хода с целью освобождения от своих обязательств по спорной сделке либо с целью затягивания арбитражного процесса;

может иметь место использование арбитражного процесса в целях отмывания денег.

Хотелось бы надеяться, что, несмотря на актуальность борьбы с отмыванием денег, арбитраж отстоит свою репутацию конфиденциального метода разрешения споров, и, подходя к заявлениям об отмывании денег строго с точки зрения необходимости доказательства обстоятельств, свидетельствующих об отмывании денег, арбитры посредством своих решений и публикаций постепенно сократят случаи использования обвинений в отмывании денег в тактических целях. Несмотря на предпринимаемые международные

меры по борьбе с отмыванием денег, эта проблема, вероятнее всего, не потеряет свою актуальность, наоборот, законодатели по сравнению с преступниками всегда в меньшинстве. В этой связи арбитрам следует подходить с особой внимательностью к сомнительным обстоятельствам, о которых им стало известно в процессе разрешения спора, с точки зрения публичного порядка, а также с точки зрения того, не будет ли арбитраж использован в целях отмывания денег.

Е.В. КАБАТОВА,
доцент, кандидат юридических наук
А.И. ЛОБОДА,
кандидат юридических наук

Двенадцатый ежегодный конкурс по международному коммерческому арбитражу имени Виллема К. Виса (2004–2005)

Как уже сообщалось в предыдущем номере нашего журнала, с 17-го по 24 марта 2005 г. в Вене проходил ежегодный двенадцатый конкурс по международному коммерческому арбитражу им. Виллема К. Виса (*Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*)¹, в котором участвовала команда студентов МГИМО(У) МИД РФ. Участники команды МГИМО в двенадцатом ежегодном конкурсе, как команды, вышедшей в финальный круг слушаний (1/16), были отмечены наградой имени бывшего Генерального

секретаря Арбитражного суда Международной торговой палаты Фредерика Айсмана (*Frédéric Eismann Award*). Высокую оценку арбитров получили и письменные меморандумы в защиту позиций истца и ответчика. В этом же сообщении говорилось о важности такого результата и трудности его достижения.

Хотелось бы в первую очередь рассказать о самом конкурсе. Конкурс по международному коммерческому арбитражу им. Виллема К. Виса впервые проводился в 1993 году в Вене.

¹⁵ *Krisine Karsten*. Money Laundering: How it works and why you should be concerned. P. 18. Arbitration Money Laundering, Corruption and Fraud, Dossier ICC Institute of World Business Law, Paris, 2003.

¹⁶ Организация экономического сотрудничества и развития, объединяющая 29 стран, прежде всего является форумом, в рамках которого правительства стран-членов имеют возможность обсуждать, разрабатывать и совершенствовать экономическую и социальную политику.

¹⁷ *Pieth Mark*. Transnational commercial bribery: Challenge to arbitration // ICC ML – Dossier. P. 45, 46.

¹ Сведения о конкурсе можно найти на странице Университета Пэйс по адресу в сети Интернет: <http://www.cisg.law.pace.edu/vis.html>

В нем приняли участие 11 команд из 9 стран, а также около 30 арбитров. Как заметил Бьорн Геле (*Björn Gehle*), председатель Ассоциации участников конкурса (*Moot Alumni Association*), никто в тот момент не мог знать, как все будет развиваться в будущем. Вряд ли кто-то мог предполагать, что через несколько лет конкурс превратится в одно из самых престижных мероприятий в своей области².

С 2004 года стали проводиться уже два конкурса под одним именем: собственно конкурс в Вене – “западный” конкурс – и “восточный” конкурс в Гонконге³. Оба конкурса проводятся на основе одинаковых проблемы и правил. Несмотря на открытие конкурса в Гонконге, значительная часть команд из Азиатско-Тихоокеанского региона продолжает участвовать в венском конкурсе.

Команда факультета международного права МГИМО участвует в конкурсе с 1996 года. Она стала первой командой из России, принявшей участие в конкурсе.

Подготовка команды ведется кафедрой международного частного и гражданского права университета. Для нескольких поколений студентов нашего университета конкурс стал очень важной частью их профессиональной подготовки.

Необходимо сказать, что на протяжении двух последних лет очень важную для команды и эффективную помощь в ходе подготовки оказывает юрист юридической компании “Вайт энд Кейс” (*White & Case*) Вильям Спигельбергер (*William Spiegelberger*), который является “ветераном” конкур-

са – участником команды-победительницы первого конкурса в 1993 году.

За прошедшее со времени первого конкурса время – чуть более 10 лет – число участников конкурса и арбитров увеличилось в десятки раз. Так, в двенадцатом конкурсе приняли участие более 900 студентов из 47 стран⁴.

Но все эти годы остается неизменным главное – дружелюбная атмосфера конкурса, которая, может быть, больше, чем что-либо другое, притягивает участников и заставляет многих из них снова и снова возвращаться весной в Вену. Создатель конкурса профессор Эрик Бергстен (*Eric E. Bergsten*) говорит, что с самого начала главной целью конкурса было не только глубже изучить Венскую конвенцию о договорах международной купли-продажи товаров и проблемы, связанные с международным коммерческим арбитражем, но и предоставить возможность его участникам встречаться и находить друзей⁵.

Конкурс посвящен памяти профессора Виллема Корнелиса Виса (*Willem Cornelis Vis, 1924 – 1993*). Профессор Вис в разные годы был заместителем Генерального секретаря Международного института по унификации частного права (УНИДРУА) и Секретарем Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ)⁶.

Директором и вдохновителем конкурса является авторитетный специалист по праву международной торговли профессор Эрик Бергстен, бывший Секретарь ЮНСИТРАЛ.

Целями конкурса являются содействие изучению международного торгового права и подготовка нового поко-

ления юристов к использованию методов альтернативного разрешения споров.

В ходе конкурса команды-участницы должны последовательно подготовить документы в обоснование позиций каждой из сторон (меморандумы), а также принять участие в устных слушаниях, проводимых в Вене или Гонконге. Конкурсные документы составляются на английском языке, который является и языком устных слушаний. В роли арбитров, которые оценивают меморандумы и устные выступления команд, выступают преимущественно авторитетные специалисты в области международного коммерческого арбитража и права международной торговли. В роли организатора конкурса выступает Школа права Университета Пэйс (*Pace University School of Law*). Большая часть устных слушаний проводится в здании юридического факультета Венского университета.

Важным признаком развития и известной “институционализации” конкурса стало создание в 1996 году Ассоциации участников конкурса, которая издает “Виндобенский журнал международного торгового права и арбитража” (*The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*). Одной из функций ассоциации является оказание поддержки конкурсу.

В числе иных организаций, оказывающих конкурсу поддержку:

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли,

Королевский институт арбитров (*Chartered Institute of Arbitrators*),

Лондонский международный третейский суд (*London Court of International Arbitration – LCIA*),

Международная торговая палата (*International Chamber of Commerce*),

Международный арбитражный центр Австрийской федеральной экономической палаты в Вене (*International Arbitration Centre of the Austrian Federal economic Chamber in Vienna*),

Международный центр для разрешения споров Американской арбитражной ассоциации (*International Centre for Disputes Resolution of the American Arbitration Association*),

Немецкий арбитражный институт (*DIS*),

Румынский Международный коммерческий арбитражный суд (*Court of International commercial Arbitration, Romania*),

Сингапурская международная арбитражная ассоциация (*Singapore International Arbitration Centre – SIAC*),

Чикагская международная ассоциация разрешения споров (*Chicago International Dispute Resolution Association*),

Швейцарская арбитражная ассоциация (*Swiss Arbitration Association – ASA*).

Традиционно на конкурсе рассматриваются две группы вопросов, связанные с 1) Венской конвенцией “О договорах международной купли-продажи товаров” 1980 года и 2) процессуальными аспектами деятельности международного коммерческого арбитража. Неизменными также остаются наименования вымышленных государств, юридические лица которых участвуют в споре, и страны, где происходит арбитражное разбирательство, – соответственно “Экваториана”, “Медитерранео” и “Данубия”. Этот год также не стал исключением. Отношения сторон регулируются, соответственно, упомянутой Конвенцией, а производство в арбитраже национальным законом Данубии, принятым на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ “О международном коммерческом арбитраже” и арбитражным регламентом, избранным сторонами. В этом году в роли применимого выступал новый Швейцарский регламент, принятый несколькими торговыми палатами Швейцарии. Этот регламент, несмотря на наличие некоторых существенных отступле-

² Eleventh Annual Willem C. Vis International Arbitration Moot, Program. P. 3.

³ Сведения о конкурсе имени Виллема К. Виса, проводимом в Гонконге, можно найти на странице Университета Гонконга по адресу в сети Интернет: <http://www.cityu.edu.slw/cisgmoot>

⁴ Twelfth Annual Willem C. Vis International Arbitration Moot, Program. P. 2.

⁵ Eleventh Annual Willem C. Vis International Arbitration Moot, Program. P. 2.

⁶ Twelfth Annual Willem C. Vis International Arbitration Moot, Program. P. 20.

ний, основывается в целом на Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ 1976 года⁷.

Обстоятельства дела, которое является основой конкурсного задания, описываются в так называемой проблеме.

Эта проблема включает ряд документов: договоры, письма сторон, процедурные документы, якобы направленные арбитражем сторонам.

Попытаемся изложить суть дела, опираясь на все эти документы, а также коротко описать основные аргументы, которые использовала команда МГИМО.

Обстоятельства дела

В соответствии с условиями проблемы рассмотрению в арбитраже подлежал спор между истцом, “Экваториана Коммодити Экспортерс С. А.” (*Equatoriana Commodity Exporters S. A.*) – Экваториана, и ответчиком, “Медитерранео Конфекционари Ассоушиэйтс” (*Mediterraneo Confectionary Associates*) – Медитерранео.

Спор между сторонами возник в связи с договором купли-продажи 400 тонн какао-бобов от 19 ноября 2001 г. Поставка какао должна была быть произведена “в период между первым и последним днями марта и мая 2002 г. включительно; поставка в рамках этого периода должна осуществляться по выбору продавца после уведомления покупателя в течение января–февраля 2002 г.”. Цена по контракту – 1240 долл. США за тонну.

Продавец 24 февраля 2002 г. написал покупателю о том, что ураган, пронесшийся над районом выращивания какао в Экваториане, нанес суще-

ственный ущерб урожаю. Далее в письме указывалось, что правительственная организация Экваторианы по продаже какао объявила, что в течение, по крайней мере, марта экспорт какао будет запрещен. Данная организация является правительственным органом, обладающим монополией на приобретение какао у производителей и его продажу экспортным организациям, таким как ответчик/продавец.

Покупатель/истец в телефонном разговоре 5 марта 2002 г. и последующем письме отметил, что нехватка какао в Экваториане несущественна для данной ситуации, поскольку в контракте не шла речь о поставке какао из Экваторианы. Продавец 10 апреля 2002 г. сообщил, что, возможно, правительственная организация разрешит поставить какое-то количество какао. И действительно, 18 мая 2002 г. истцу было направлено 100 тонн зерен какао.

Спустя почти три месяца, 15 августа 2002 г., истец сообщил ответчику, что цена на какао растет, а количество какао, которым он располагает, является критически малым для нормального бесперебойного производства кондитерских изделий.

Истец 23 октября 2002 г. сообщил, что терпеливо ждал поставки оставшихся 300 тонн какао, но безрезультатно. 24 октября 2002 г. истец купил 300 тонн какао по текущей цене – 2205,26 долл. США за тонну.

Истец 11 ноября 2002 г. направил требование ответчику о возмещении ему суммы убытков в размере 289 353 долл. США, представляющих собой разницу между контрактной и покупной ценой, которые истец понес в связи с невыполнением своевременно ответ-

чиком его обязательств по договору.

Ответчик 13 ноября 2002 г. написал истцу, что сожалеет, что не знал заранее о планах истца приобрести какао у другого поставщика. Ответчик также выражал уверенность в том, что истец не мог не знать о циркулировавших в течение определенного времени слухах о том, что правительственная организация планировала разрешить экспорт дополнительного количества какао. Эти слухи подтвердились, и, поскольку контракт между сторонами не аннулировался, ответчик сообщил, что в ближайшие несколько недель поставит оставшиеся 300 тонн какао.

В завершение ответчик отметил, что покупка 300 тонн какао у другого поставщика и требование разницы цены является нарушением истцом договора. В ответ на это истец 15 ноября 2002 г. направил ответчику письмо, в котором среди прочего из дополнительной предосторожности сообщил, что расторгает договор. Таким образом, истец купил у третьего лица необходимое ему какао по цене более высокой, нежели та, которая была предусмотрена договором между истцом и ответчиком до формального извещения ответчика о расторжении договора.

Договор купли-продажи от 19 ноября 2001 г. содержал положение о рассмотрении споров арбитражем в составе трех арбитров в соответствии с Арбитражным регламентом Торгово-промышленной палаты Женевы в Виндобоне, Данубия⁸: “*Все споры, вытекающие из настоящего договора или в связи с ним, будут окончательно*

но разрешены тремя арбитрами в соответствии с Арбитражным регламентом Торгово-промышленной палаты Женевы”.

Покупатель обратился с иском⁹ в арбитраж, предусмотренный договором. Иск содержал требование возместить убытки в размере разницы между ценой какао по договору и ценой купленного взамен товара.

Подтверждая получение иска, Торгово-промышленная палата Женевы в ответ сообщила о принятии шестью торговыми палатами в Швейцарии соглашения о применении общих правил производства в международном коммерческом арбитраже. Эти правила получили название “Швейцарский регламент” (Швейцарский регламент международного арбитража) и вступили в силу с 1 января 2004 г. (п. 3 ст. 1). Арбитражный регламент Торгово-промышленной палаты Женевы продолжает оставаться в силе, но не применяется более в отношении международного коммерческого арбитража.

Поскольку иск поступил в арбитраж после 1 января 2004 г., он подлежал рассмотрению в соответствии с новым Швейцарским регламентом.

Истец не заявил возражения против применения нового регламента. Помимо этого истец уплатил сумму регистрационного сбора, в соответствии с подпунктом 1.1 пункта 1 приложения “Б” к Швейцарскому регламенту. Это, по всей видимости, в совокупности могло рассматриваться в качестве выражения согласия истца на применение нового регламента.

За время, прошедшее с момента совершения покупателем замещающей

⁸ Можно догадаться, что названия города “Виндобона” и страны “Данубия” намекают на римские наименования Вены и Австрии (страны у реки Дануб – Дунай).

⁹ Английский текст Арбитражного регламента Торгово-промышленной палаты Женевы оперирует применительно к процессуальному документу, которым возбуждается производство по делу, термином “request for arbitration”, который в русском варианте регламента назван “иск”. Русский перевод Арбитражного регламента Торгово-промышленной палаты Женевы помещен на сайте Торгово-промышленной палаты Женевы: http://www.ccig.cg/images/pdf/reglement_arbitrage_russe.pdf

⁷ Peter Wolfgang. Some Observations on the New Swiss Rules of International Arbitration // Yearbook Commercial Arbitration / Editor van den Berg A.J. // Kluwer Law International: The Hague-London-Boston, 2004. Vol. XXIX. P. 440–441.

сделки до направления им продавцу извещения о расторжении договора, цена на какао снизилась.

Ответчик возражал против иска на том основании, что он был освобожден от ответственности вследствие препятствия вне его контроля – правительственное эмбарго, наложенное на поставку какао из Экваторианы. Также ответчик полагал, что он должен быть освобожден от ответственности, поскольку истец не представил ему дополнительный срок для исполнения продавцом своих обязательств до расторжения договора и приобретения какао у третьего лица.

Ответчик полагал, что если он и должен быть присужден к возмещению убытков, то размер этих убытков может быть определен лишь как разница между ценой товара по договору и рыночной ценой какао на момент расторжения договора, но не ценой, по которой какао было приобретено истцом в действительности.

Вместе с отзывом ответчик направил в арбитраж встречный иск из иного договора между истцом и ответчиком. Этот договор содержал оговорку, наделяющую компетенцией рассматривать споры из него в ином арбитраже в Океании. В соответствии с этим арбитражным соглашением споры из договора в отношении сахара подлежали рассмотрению тремя арбитрами в соответствии с Арбитражным регламентом Товарной ассоциации Океании.

Ответчик полагал, что он имеет на это право в соответствии с пунктом 5 статьи 21 Швейцарского регламента¹⁰.

Договор, из которого был подан встречный иск, относился к поставке

2500 тонн сахара. Этот сахар, в соответствии с условиями проблемы, был поставлен из Океании на условиях FOB, Инкотермс 2000. Покупатель заявил, что переданный ему сахар был сырым, загрязненным и не мог более использоваться для производства кондитерских изделий. Покупатель (истец по первоначальному иску) отказался уплатить покупную цену сахара. Продавец в свою очередь утверждал, что сахар в момент его передачи перевозчику был в состоянии, соответствующем договору. По мнению продавца (ответчика по первоначальному иску), в соответствии с базисом поставки FOB, поскольку сахар был поврежден в процессе перевозки, риск повреждения лежал на покупателе. Встречный иск содержал требование об уплате покупной цены сахара. Сумма встречного иска превосходила сумму иска первоначального.

Истец возражал против рассмотрения арбитражем Данубии встречного иска ответчика, поскольку, во-первых, стороны не договаривались о рассмотрении спора из договора купли-продажи сахара в Женеве в соответствии со Швейцарским регламентом. Во-вторых, по мнению истца, надлежало принять во внимание то, что согласованный сторонами Регламент Торгово-промышленной палаты Женевы продолжал являться действующим документом и не устанавливал возможности распространения компетенции арбитража на спор, не покрытый арбитражным соглашением о передаче дела на рассмотрение арбитража Женевской торгово-промышленной палаты. В-третьих, истец по первоначальному иску не возражал против

применения Арбитражного регламента Торгово-промышленной палаты Женевы, но был против применения упоминавшегося выше пункта 5 статьи 21 Швейцарского регламента. Арбитражный регламент Торгово-промышленной палаты Женевы не содержал положений, относящихся к зачету встречных однородных требований. В-четвертых, истец полагал, что названное положение Швейцарского регламента, как это следует из самого его текста, распространялся только лишь на требования о зачете (*set-off*), но не на встречные иски (*counter-claims*). И, наконец, истец полагал, что арбитраж Товарной ассоциации в Порт-Хоуп, Океания, как специализированный товарный арбитраж в месте поставки сахара являлся более подходящим местом для рассмотрения спора из договора в отношении сахара.

Задачи команд

Даже такое достаточно беглое суммарное изложение обстоятельств дела свидетельствует о том, что в доводах каждой из сторон спора есть “сильные” и “слабые” моменты, которые можно использовать в ходе арбитражного разбирательства.

В каждом из меморандумов (и за истца, и за ответчика) команда должна максимально убедительным образом, с привлечением различных источников – доктринальных, нормативных, судебной практики – обосновать свою позицию и “разгромить” позицию противоположной стороны. Для унификации структуры и в определенной степени содержания меморандумов различных команд организаторы конкурса направили всем участникам перечень конкретных вопросов, которые должны найти отражение в этих документах. Это также облегчает подготовку меморандумов. Применительно к данной проблеме были сформулированы следующие вопросы:

освобождается ли от ответственности за непоставку 300 тонн зерен какао продавец/ответчик, экспортная организация Экваторианы, в связи с эмбарго, введенным правительственной организацией Экваторианы с середины февраля до начала ноября 2002 года;

если продавец не освобождается от ответственности, может ли покупатель/истец требовать возмещения убытков в связи с просрочкой поставки или непоставкой;

если истец вправе требовать убытки, то каков их размер.

В отношении контракта на поставку сахара были сформулированы следующие вопросы:

компетентен ли арбитраж Данубии рассматривать встречный иск;

если арбитраж компетентен, то ограничивается ли сумма встречного требования размером исковых требований, возникших из контракта на поставку какао.

Остановимся на основных моментах. Изложенные фактические обстоятельства потребовали правового анализа, в первую очередь с точки зрения Венской конвенции 1980 года – обе страны являются ее участниками. Для лучшего понимания различных аспектов проблемы вначале изложим материально-правовые вопросы, связанные с применением Венской конвенции, а затем – процессуально-правовые.

Анализ применимого права

ПОЗИЦИЯ ИСТЦА

Позиция истца в соответствии с перечисленными выше вопросами основывалась на следующих основных положениях:

ответчик не должен быть освобожден от ответственности за непоставку 300 тонн какао из-за эмбарго;

¹⁰ “Арбитражный суд компетентен рассматривать требования о взаимозачете, даже если правоотношения, из которых возникает такое требование, находятся за пределами арбитражной оговорки или являются предметом иного арбитражного соглашения или соглашения о подсудности”. Здесь и далее русский текст Швейцарского регламента и терминология даются по его переводу, который помещен на сайте Швейцарской арбитражной ассоциации: http://www.swissarbitration.ch/pdf/sria_russian.pdf (Этот текст с комментарием П. Каррера см. в № 1 за 2005 год нашего журнала на с. 96–133.– Прим. ред.)

истец вправе требовать возмещения убытков, причиненных непоставкой какао.

Обязанность продавца поставить 300 тонн какао обосновывается истцом следующими доводами.

1. Контракт на поставку какао не содержал никаких условий, освобождающих покупателя от обязанности поставить товар. Покупатель при составлении контракта (именно он готовил проект контракта) мог включить в него какое-либо положение, освобождающее его от ответственности за непоставку, например эмбарго. Этого не произошло, поэтому истец делает вывод о том, что покупатель взял на себя безусловное обязательство поставить какао, что включает в себя получение экспортной лицензии.

2. Другим важным доводом истца является его утверждение, что в контракте никаким образом не закреплено, что поставляемое какао должно происходить из Экваторианы и что ничто не препятствовало ответчику поставить какао из другой страны. Отсутствие ясной формулировки о стране происхождения какао приводит к необходимости толковать намерения сторон в соответствии со статьей 8 Венской конвенции, пунктом 2 которой установлен стандарт поведения разумного лица. Для понимания этого стандарта необходимо “учитывать все соответствующие обстоятельства, включая переговоры, любую практику, которые стороны установили в своих взаимных отношениях, обычаи и любое последующее поведение сторон” (п. 3 ст. 8 Венской конвенции). То обстоятельство, что ответчик всегда ранее поставлял истцу какао из Экваторианы, не является доказательством установившейся между сторонами практики, а свидетельствует только о том, что для ответчика какао из Экваторианы было наиболее доступно и не было нужды приобретать какао где-либо еще. Эта проблема, в частно-

сти, затрагивалась в таких делах, как *Ocean Tramp Tankers Corp. v. V/O Sovfracht (the Eugenia) (1964) 1 All E/R 161* и *Tsakiroglou & Co. Ltd v. Noble Thorl GmbH (1962) AC 93 (HL)*. Основным вывод, какой можно сделать из этих дел, заключается в том, что, если недоступен обычный, часто использовавшийся способ исполнения обязательств, но существует другой, – им необходимо воспользоваться.

3. Эмбарго на экспорт какао из Экваторианы не содержало никаких условий, запрещающих или препятствовавших продавцу поставить какао из другой страны.

4. Ссылка ответчика на статью 79 Венской конвенции об условиях освобождения стороны от ответственности за неисполнение обязательств, по мнению истца, не может быть использована, поскольку ответчик не доказал, что невозможность исполнения была вызвана препятствиями вне его контроля и что “нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении контракта либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий” (п. 1 ст. 79 Венской конвенции). Невозможность исполнения обязательств по Венской конвенции толкуется в доктрине (см., например, *Honnold, John O. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 1991*) и практике (см., например, *Nuova Fucinati S.p.A. v. Fondmetall International A.B., 1998*) как объективная невозможность исполнения, а не просто более трудное исполнение.

Ответчик знал о монополии в Экваториане на экспорт какао и необходимости получения экспортной лицензии. Это означает, что: а) неполучение экспортной лицензии можно было предвидеть и что б) неполучение экспортной лицензии не обязательно рассматривается как основание освобождения от ответственности (см., например, *Hannover Bank and Trust Co., 1936*).

5. Истец вправе требовать от ответчика возмещения убытков за неисполнение им своих обязательств по поставке какао, которое является существенным нарушением контракта. Требования истца о возмещении убытков обосновываются следующим логическим построением: ответчик допустил существенное нарушение контракта, то есть лишил покупателя того, на что он был вправе рассчитывать (ст. 25 Венской конвенции). В результате этого покупатель получил право заявить о расторжении контракта (ст. 49 Венской конвенции), что и было сделано в телефонном разговоре в сентябре 2002 года, когда истец сообщил ответчику, что если последний не установит точную дату поставки, то истец вынужден будет купить какао у другого поставщика.

Если суд сочтет, что контракт не был расторгнут в сентябре 2002 года, то, по мнению истца, он был расторгнут 25 октября 2002 г., когда истец в своем письме сообщил ответчику о совершенной им покупке недостающих 300 тонн какао. Истец уверен, что это письмо отвечает требованиям, установленным статьей 26 Венской конвенции относительно заявления о расторжении контракта. Если и эта дата расторжения контракта не будет принята судом, то таковой, безусловно, надо считать 15 ноября 2002 г., когда истец направил ответчику письмо, прямо и недвусмысленно говорящее о расторжении контракта.

6. Размер убытков был рассчитан истцом в соответствии со статьей 75 Венской конвенции как разница между контрактной ценой и ценой покупки и составлял 289 353 долл. США. Истец также мог требовать возместить убытки в соответствии со статьей 74 Венской конвенции, сформулированной как общий принцип, детализацией которого является статья 75.

Истец также принял меры к уменьшению убытков, как того требует ста-

тья 77 Венской конвенции: он купил какао в конце октября у поставщика из Океании, чтобы предотвратить возможные убытки в связи с неизбежной в противном случае остановкой производства кондитерских изделий. Возражение ответчика о том, что заменяющая сделка была осуществлена в тот момент, когда цена на какао достигла своего пика (в начале ноября 2002 года цена на какао стала снижаться), не должно приниматься во внимание. Дело в том, что к моменту осуществления заменяющей сделки цена на какао увеличивалась в течение практически целого года, и разумным было предположить, что она и дальше будет продолжать “ползти вверх”. Покупка какао у другого поставщика истцом как раз и имела целью приобрести какао по текущей цене, а не по более высокой, что вполне разумно можно было предположить.

Если суд сочтет, что истец не имеет права на возмещение убытков в соответствии со статьей 75 Венской конвенции, он все же вправе рассчитывать на такое возмещение в соответствии со статьей 76 Венской конвенции. Сумма убытков будет такой же – 289 353 долл. США.

Однако если суд сочтет, что контракт был расторгнут лишь 15 ноября 2002 г. и статьи 74, 75 и 77 неприменимы, то в этом случае в соответствии со статьей 76 убытки составляют сумму 172 026 долл. США – разница между контрактной ценой и текущей ценой на момент расторжения контракта. Уменьшение размера убытков вызвано снижением текущей цены на какао в ноябре 2002 года.

ПОЗИЦИЯ ОТВЕТЧИКА

Ответчик в своем меморандуме обосновывает противоположную позицию, доказывая, что он должен быть освобожден от ответственности за непоставку 300 тонн какао в силу

действия эмбарго и, как следствие, не должен возмещать истцу убытки. Если суд все же признает требование истца об убытках обоснованным, их размер должен исчисляться в соответствии со статьей 76, поскольку контракт был расторгнут лишь 15 ноября 2002 г., и не превышать суммы 172 026 долл. США.

Аргументация ответчика строится на следующих доводах.

1. Контракт был заключен на поставку какао из Экваторианы, о чем свидетельствуют использованные сторонами слова и термины, а также особая, двухступенчатая процедура поставки: в первую очередь какао должно было быть поставлено “в один из обычных пунктов поставки страны”, а затем – в пункт назначения по указанию истца и за его счет. Формулировка контракта свидетельствует о том, что сторонами имелся в виду обычный пункт поставки совершенно определенной страны, а именно Экваторианы. Другими словами, стороны договорились об экспорте какао из Экваторианы, из обычного пункта поставки в Экваториане.

Предшествующая практика сторон была единообразной в отношении страны происхождения какао – это всегда была Экваториана. Это обстоятельство дает основание применить пункт 1 статьи 9 Венской конвенции, предусматривающий, что стороны связаны практикой, которую они установили в своих взаимных отношениях. Помимо этого, истец никогда до или в момент подписания контракта не заявлял, что хотел бы получить какао из какого-либо иного места, кроме Экваторианы. Напротив, в письме от 19 ноября 2001 г. истец писал, что соглашается купить 400 тонн какао “на обычных условиях”. Это могло означать только одно – поставку какао на тех же условиях, что и в предшествующих контрактах, то есть из Экваторианы. Впервые истец сказал,

что страна происхождения какао не важна для контракта, 5 марта 2002 г., то есть через три с половиной месяца после заключения контракта, – это дает основание ответчику полагать, что истец хочет внести изменения в контракт в своих интересах.

Эмбарго, введенное в Экваториане, является непреодолимым и непредвиденным препятствием для исполнения ответчиком своих контрактных обязательств. Введение эмбарго было вызвано разразившимся ураганом, который случился через три месяца после заключения контракта. Хотя ураганы случаются в тропических странах, последний ураган в Экваториане был 22 года назад. Обстоятельство, возникающее столь редко, не может быть определено как предсказуемое разумным лицом и именно поэтому не было включено в контракт в качестве условия, освобождающего от ответственности. В этой ситуации как раз и применяется статья 79 Венской конвенции.

Ответчик также не мог избежать последствий эмбарго. Утверждение истца о том, что ответчик мог поставить какао из третьей страны, противоречит намерениям и договоренностям сторон и фактически означает односторонний пересмотр условий контракта.

2. Ответчик не нарушал контракт. Предусмотренный в контракте срок поставки – “между первым днем марта и последним днем мая 2002 года” был изменен сторонами, поскольку истец в своем письме от 5 марта 2002 г. написал, что ему понадобится какао “позже в этом году”. Это означает, что какао могло быть поставлено в любое время в 2002 году. Никакой более точной договоренности о сроке поставки стороны не достигли.

Истец мог расторгнуть контракт только в случае существенного нарушения контракта ответчиком. Статья 25 Венской конвенции содержит

определение “существенного нарушения” – ни одно из содержащихся в ней условий не присутствует в данной ситуации. К тому же истец не определил дополнительного срока для исполнения ответчиком своих обязательств, как это требуется статьей 47 Венской конвенции.

3. Истец не вправе требовать возмещения убытков по статьям 75 и 76 Венской конвенции, поскольку до осуществления заменяющей сделки он не расторг контракт, что непременно требуется в соответствии с вышеупомянутыми статьями. Вообще заменяющая сделка была неразумным шагом, поскольку ответчик никогда не отказывался от поставки какао истцу.

Если все же суд найдет, что требование истца о возмещении убытков обоснованно, оно не должно превышать суммы 172 026 долл. США – как разницы между контрактной ценой какао и текущей ценой на момент расторжения контракта 15 ноября 2002 г.

Процессуальные вопросы

Одним из самых существенных вопросов, которые командам предстояло оценить применительно к позиции каждой из сторон, был вопрос о том, каков эффект принятия новой версии арбитражного регламента, применимой в согласованном арбитраже, в отношении арбитражного разбирательства, инициированного после вступления этого нового регламента в силу.

Другой важный вопрос – позволяло ли арбитражное соглашение сделать вывод относительно воли сторон в отношении возможного будущего изменения арбитражного регламента. Арбитражный регламент Торгово-промышленной палаты Женевы не содер-

жал каких-либо положений, которые имели бы отношение к этому вопросу.

И, наконец, важным было принять во внимание то, насколько существенные изменения привнесены новым Швейцарским регламентом в регулирование процессуальных правоотношений сторон. Возможно, самым существенным новшеством Швейцарского регламента стало как раз включение в него пункта 5 статьи 21, который регулирует вопрос о встречных требованиях, которые правомочен рассматривать арбитраж.

Швейцарский комментатор нового Швейцарского регламента Вольфганг Петер в отношении содержания пункта 5 статьи 21 заметил, что этот пункт вводит важное новое правило, в соответствии с которым арбитраж имеет правомочие принимать к рассмотрению возражение, основанное на зачете, даже если это отношение, из которого предположительно проистекает право на зачет, не подпадает под условия арбитражного соглашения или подпадает под действие иного арбитражного или пророгационного соглашения.

Поскольку встречный иск может быть принят только при условии, если он охватывается арбитражным соглашением, создатели Швейцарского регламента хотели провести различие между зачетом, который направлен только лишь на защиту (*purely defensive set-off*), и не может быть рассмотрен в случае отклонения основного иска, и самостоятельными встречными исками (*independent counterclaims*), которые могут быть рассмотрены, даже если основной иск отклонен¹¹.

Однако даже с учетом этого мнения сложно дать ответ на вопрос, должен ли арбитраж отклонить встречный иск

¹¹ Peter Wolfgang. Op. cit. P. 433.

Следует заметить, что этот автор имел возможность познакомиться с мнениями университетских команд в ходе конкурса, поскольку он присутствовал там в роли арбитра и оценивал, в том числе, выступление команды МГИМО.

или может произойти зачет встречного однородного требования в пределах суммы удовлетворенного первоначального иска.

Найти ответ на этот вопрос еще сложнее потому, что Швейцарский регламент, кажется, не дает прямого ответа на вопрос, в какой процессуальной форме должно быть заявлено встречное возражение ответчика по первоначальному иску. Должно ли оно обязательно быть облечено в форму встречного иска, или соответствующее возражение может быть сделано в отзыве на иск? Следует также согласиться с мнением Пьера Каррера, что не ясно, применимо ли рассматриваемое положение Швейцарского регламента равным образом и к встречным искам¹².

Иными словами, ответчик, желающий добиться принятия к зачету своих встречных однородных требований, не может быть уверен вполне, должен ли он подать встречный иск и, соответственно, понести арбитражные расходы и будет ли рассмотрен такой встречный иск, если он не охватывается арбитражным соглашением.

Для участников конкурса решение задачи о смысловом наполнении упомянутого пункта Женевского регламента было еще более сложной тем, что это совсем новый свод процессуальных правил, и практики его применения на момент проведения конкурса не было накоплено.

ПОЗИЦИЯ ИСТЦА

Истец возражал против рассмотрения встречного иска на том основании,

что арбитраж не обладает необходимой компетенцией. По мнению истца, арбитраж не обладал необходимой компетенцией по той причине, что на спор из договора купли-продажи сахара не распространялось арбитражное соглашение договора в отношении какао. Также оба договора не находились в связи друг с другом. Необходимо заметить, что та точка зрения, согласно которой встречные возражения ответчика могут быть рассмотрены, только если они находятся в тесной связи с правоотношением, из которого заявлен первоначальный иск, получила широкую поддержку в юридической литературе¹³.

Дополнительно истец указывал на то, что арбитраж в Океании, по его мнению, был избран сторонами именно потому, что он являлся специализированным товарным арбитражем. Имело значение и место нахождения арбитража – Океания, где находились все необходимые доказательства в отношении того, на ком лежал риск повреждения сахара.

Истец утверждал, что, стороны не имели соглашения по вопросу о применении пункта 5 статьи 21 Швейцарского регламента. Прямое указание договора на применимость Арбитражного регламента Торгово-промышленной палаты Женевы показывало, по мнению истца, что содержание именно этого все еще действующего арбитражного регламента было принято сторонами для регулирования правоотношений между ними. Имело значение и то, что договор не предусматривал применения регламента, который будет действовать к моменту

¹² Каррер, Пьер. Новый Швейцарский регламент международного арбитража в Швейцарии // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 1. С. 123–133.

¹³ Redfern A., Hunter M., Blackaby N., Partasides C. Law and Practice of International Commercial Arbitration: Fourth Edition. London: Sweet & Maxwell, 2004. P. 348–349 (para. 6–59); Lew Julian D.M., Mistelis Loukas A., Kröll Stefan M. Comparative International Commercial Arbitration. The Hague, London, New York: Kluwer Law International, 2003. P. 153–154 (para. 7–68, 7–69); Berger, Klaus Peter. Set-Off in International Economic Arbitration // Arbitration International. 1999. Vol. 15. No. 1. P. 79–93.

рассмотрения спора. Вследствие ссылки на него Женевский арбитражный регламент стал частью договора между сторонами, а значит, последующее принятие нового Швейцарского регламента не могло изменить соглашения сторон.

Истец доказывал, что на момент заключения договора купли-продажи какао у сторон не было разумных оснований предполагать, что Арбитражный регламент Торгово-промышленной палаты Женевы будет изменен.

В пользу истца свидетельствовало обстоятельство, что пункт 5 статьи 25 Швейцарского регламента содержал лишь указание на то, что он применим в отношении требований о зачете, но не в отношении встречных исков. С точки зрения истца, понятия “встречный иск” и “зачет” должны были быть разделены. Встречное же возражение ответчика с учетом этой позиции, очевидно, должно рассматриваться в качестве именно встречного иска, на который пункт 5 статьи 21 Швейцарского регламента не распространяется.

Истец полагал, что, даже если арбитраж сочтет себя имеющим право рассмотреть встречный иск, он не должен реализовывать свои полномочия, поскольку тем самым будет допущено нарушение арбитражного соглашения договора купли-продажи сахара. Кроме того, истец полагал, что предъявление встречного иска представляло собой лишь попытку ответчика создать затруднения для разбирательства по первоначальному иску.

Истец также предлагал принять во внимание, что вынесение арбитра-

жем решения по встречному иску может привести к неисполнимости этого решения в соответствии с подпунктом “с” пункта 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции 1958 года о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений¹⁴. Это положение Конвенции подлежало бы, по мнению истца, применению на этапе исполнения арбитражного решения, поскольку на встречный иск не распространялось арбитражное соглашение договора купли-продажи какао.

И, наконец, если арбитраж рассмотрит встречный иск, он должен быть сочтен подлежащим удовлетворению лишь в пределах суммы первоначального иска. Такой вывод следует сделать из самой природы зачета, который имеется в виду в пункте 5 статьи 21 Швейцарского регламента.

ПОЗИЦИЯ ОТВЕТЧИКА

Ответчик интерпретировал в свою пользу положение пункта 5 статьи 21 Женевского регламента. Соответственно, перед ним стояла задача доказать применимость как Женевского регламента, так и отдельного его положения – пункта 5 статьи 21.

В пользу позиции ответчика говорило то обстоятельство, что истец не возражал против применения нового Швейцарского регламента и, как было сказано выше, уплатил сумму регистрационного сбора в соответствии с новым регламентом.

Доказывая применимость всех положений нового Швейцарского регламента, ответчик имел возможность сослаться на то, что истец лишен права оспаривать применимость пункта 5

¹⁴ “В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что: <...> с) указанное решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре <...>”.

статьи 21 в силу принципа *estoppel* (утрата права на предъявление процессуального возражения. – *Ред.*). Истец в соответствии с этой цепью рассуждений должен был заявить своевременное возражение против применения правил, которые, по его мнению, нарушают арбитражное соглашение договора купли-продажи какао. В пользу позиции ответчика говорило то обстоятельство, что концепция *estoppel* знакома применимому к арбитражному разбирательству закону, воспроизводящему Типовой закон ЮНСИТРАЛ “О международном коммерческом арбитраже”¹⁵. Истец заявил возражение против применения названного пункта Швейцарского регламента только после начала арбитражного разбирательства.

Ответчику также было важно доказать, что применимость нового Швейцарского регламента вытекает из самого арбитражного соглашения сторон. Доказывание этой точки зрения предполагает наличие презумпции того, что в отсутствие прямо выраженного соглашения сторон об ином действующими считаются те арбитражные правила, которые действуют на момент арбитражного разбирательства. С этой точки зрения, поскольку ничто в соглашении сторон не указывало на то, что стороны имели в виду непереносное применение именно того арбитражного регламента, который упомянут в арбитражной оговорке, применимым должен был считаться Швейцарский регламент. В качестве дополнительного аргумента ответчик имел возможность указать на то, что принятие нового Швейцарского регла-

мента обсуждалось в литературе к моменту заключения договора купли-продажи.

Ответчик также указал на то, что Арбитражные правила Торгово-промышленной палаты Женевы не содержат никаких норм по вопросу о зачете встречных однородных требований и вполне могли интерпретироваться таким образом, что они позволяют заявлять встречный иск из правоотношения, покрываемого иным арбитражным соглашением. В частности, в качестве иллюстрации того, что и в отсутствие положения, аналогичного пункту 5 статьи 21, правила производства в арбитраже могут быть истолкованы именно таким образом, было приведено решение Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации № 8/2002.

В связи с тем, что в тексте пункта 5 статьи 21 не упоминается прямо встречный иск, а говорится лишь о зачете, ответчик стоял перед необходимостью показать, что этот пункт тем не менее распространяется и на встречный иск. Ответчик предлагал принять во внимание то обстоятельство, что целью его встречного иска был лишь зачет суммы встречного требования против требования искового. А следовательно, встречный иск являл собой требование о зачете.

Эта мысль, с точки зрения ответчика, могла быть также подтверждена указанием на то, что в литературе и арбитражной практике понятия требования о зачете (*set-off*) и встречного иска (*counterclaim*) зачастую не различаются и используются в качестве тер-

¹⁵ Статья 4 “Отказ от права на возражение” Типового закона ЮНСИТРАЛ гласит: “Сторона, которая знает о том, что какое-либо положение настоящего Закона, от которого стороны могут отступать, или какое-либо требование, согласно арбитражному соглашению, не были соблюдены, и тем не менее продолжает участвовать в арбитражном разбирательстве, не заявив возражений против такого несоблюдения без недолжного промедления, или если для этой цели предусмотрен какой-либо срок, то в течение такого срока считается отказавшейся от своего права на возражение”.

минов, имеющих одинаковое смысловое наполнение. В частности, ответчик опирался на практику применения статьи 27 Арбитражного регламента Торгово-промышленной палаты Цюриха, которая аналогична по своему содержанию пункту 5 статьи 21 Швейцарского регламента.

Ответчик также полагал, что Швейцарский регламент не дает оснований для суждения, что сумма встречного иска может быть ограничена размером иска первоначального. В любом случае, по мнению ответчика, вопрос о том, может ли встречный иск быть удовлетворен в сумме, превосходящей первоначальный иск, мог быть решен только на последующем этапе разбирательства после решения предваряющего его вопроса о пределах компетенции арбитража.

Изложение позиций истца и ответчика (вынужденно сокращенное, без упоминания многих дополнительных аргументов) показывает, что каждая сторона могла использовать сложившиеся обстоятельства в свою пользу, чему способствовало не всегда четкое и ясное формулирование намерений сторон. Это всегда делается организаторами конкурса намеренно – для того, чтобы дать возможность каждой стороне продемонстрировать способности в отстаивании своей позиции,

хотя и не всегда безусловной. Все это дает участникам конкурса уникальную возможность тренировать и оттачивать свои способности по ведению дискуссий и споров.

Нет сомнений в необходимости продолжения такой тренировки и все более активного участия в конкурсе российских команд – участия и достижения высоких результатов.

Особо хотелось бы сказать о том, что участие в конкурсе различных арбитражных ассоциаций и институциональных арбитражей является одним из наиболее эффективных способов популяризации того или иного арбитражного учреждения. Арбитраж, правила которого легли в основу конкурсного задания, становится хорошо известен именно в той профессиональной среде, от которой в значительной степени зависит определение содержания арбитражных соглашений. Почему бы и российским международным коммерческим арбитражам, и в особенности Международному коммерческому арбитражному суду при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, не принять деятельное участие в подготовке конкурса имени Виллема Виса и не предложить свой регламент для использования в ходе конкурса? Конечно, это потребует и известных затрат, но, как представляется, могло бы принести большую пользу.

Предлагаемая вниманию читателей статья касается одного из немногих вопросов применения Венской конвенции 1980 года, к которому до сих пор в практике судов и арбитражей развитых стран не выработано общего подхода. Речь идет о не регламентированном Конвенцией сроке на подачу покупателем продавцу извещения о несоответствии качества поставленного товара условиям договора (ст. 39). Автор также указывает на необходимость четкого разграничения этого срока и срока, необходимого для осмотра товара (ст. 38 Конвенции). Приводимый анализ представляется весьма ценным как для юрисконсультов организаций, осуществляющих внешнеэкономическую деятельность, так и для арбитров и судей.

Клод ВИТЦ,
профессор Университетов Саара и Страсбурга;
директор Франко-германского правового центра, Саарбрюккен

© ICC International Court of Arbitration Bulletin vol. 11/No.2 – Fall 2000
© А.Серебрянская, "Международный коммерческий арбитраж",
перевод на русский язык, 2005

Разумный срок для подачи покупателем извещения о несоответствии товара – острый вопрос в спорах, разрешаемых на основании Венской конвенции

Сегодня уже почти все говорят об успехе Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров. На настоящий момент около шестидесяти государств являются участниками данного международного договора, унифицирующего нормы права, применимые к контракту, без которого невозможно представить себе торговый оборот, как внутригосударственный, так и международный¹. По числу государств, ратифицировавших ее или присоединившихся к ней,

Венской конвенции, несомненно, суждено стать столь же широко применяемой, как и Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Однако, к сожалению, ряд очагов сопротивления все еще остается. В число не присоединившихся к Конвенции стран – лидеров международной торговли входят Великобритания, и это несмотря на рекомендацию Европейской комиссии странам – членам ЕС, а также Япония².

Однако успех Конвенции определяется не только количеством ратификаций и присоединившихся государств. С самого момента вступления в силу 1 января 1988 г. Конвенция, безусловно, играет важную роль в регулировании международных коммерческих отношений. Участники международной торговли все в меньшей степени используют предоставляемую Конвенцией возможность исключить ее применение³. Своим типовым контрактом купли-продажи готовых изделий, предназначенных для перепродажи, МТП препятствует исключению Венской конвенции⁴. Более того, такие важнейшие инструменты унификации, как ИНКОТЕРМС, Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА⁵ и Принципы европейского договорного права⁶, не только не конкурируют с Конвенцией, а на-

оборот, способны внести некоторые коррективы и дополнить ее положения⁷. И наконец, следует отметить значительное увеличение числа судебных и арбитражных решений, применяющих новые унифицированные нормы⁸, причем арбитры часто склонны благоприятно относиться к Конвенции, рассматривая ее как выражение международных торговых обычаев⁹.

Исследователи подробно изучают применение Конвенции судами и арбитрами. Все больше и больше решений публикуются и комментируются¹⁰. Последние издания работ, посвященных Венской конвенции, включают уже и положения, основанные на прецедентном праве¹¹. Последовав примеру ЮНСИТРАЛ, который подбирает решения, основывающиеся на положениях актов, разрабатываемых под эгидой этой организации¹², некоторые

³ См. статью 6 Конвенции, устанавливающую диспозитивный характер положений Конвенции.

⁴ Типовой контракт МТП международной купли-продажи готовых изделий, предназначенных для перепродажи. Публикация № 556 (E).

⁵ UNIDROIT, Principles of International Commercial Contracts, 1994.

⁶ Commission on European Contract Law, Principles of European Contract Law, Parts I and II / ed. Ole Lando, Hugh Beale. (The Hague: Kluwer, 2000).

⁷ См.: Bonell Michael J. Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the United Convention on Contracts for International Sale of Goods: Alternatives or Complementary Instruments? (2000) 1:2 Business Law International 89; более раннюю версию статьи см.: 1996 Rev. D.U. 26; в отношении ИНКОТЕРМС см.: Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I, Yves Derains & Jacques Ghestin, eds., La Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms (proceedings of colloquium held on 1–2 December 1989). Paris, LGDJ, 1990.

⁸ Приблизительно 600 решений были собраны на настоящий момент. См.: Will Michael R. Twenty Years of International Sales Law Under CISG – International Bibliography and Case Law Digest (1980–2000) (The Hague: Kluwer Law International, 2000).

⁹ Beraudo Jean-Paul. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and Arbitration (1994) 5:1 ICC IC Arb. Bull. 60; касательно применения Венской конвенции арбитражем см. также: Mayer Pierre. L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé // L'internalisation du droit. Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn (Paris, Dalloz, 1994), 275.

¹⁰ Систематические отчеты включают среди последних: Bonell Michael J., Liguori Fabio. The U.N. Convention on the International Sale of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law [1997] Rev. D.U. 385 (Part II); Magnus Ulrich. Wesentliche Fragen des UN-Kaufrechts [1999] ZEuP 642; Piltz Burghard. Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht [2000] Neue Juristische Wochenschrift 553; Witz Claude & the research team at the Universities of La Sarre and Strasbourg, Droit uniforme de la vente internationale de marchandises, D.1999.Somm.355, erratum in D.2000.Somm.8.

¹¹ См., в частности: Heuzé Vincent. La vente internationale de marchandises – droit uniforme. Paris, LGDJ, 2000; Honnold John. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd ed. (The Hague: Kluwer, 1999); Magnus Ulrich. Wiener UN-Kaufrecht v. von Staudinger J. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Berlin: Sellier – de Gruyter, 1999); Schlechtriem Peter, ed. Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 3rd ed. (Munich: Beck, 2000).

¹² Международная комиссия ООН по праву международной торговли; Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT).

¹ См. перечень, опубликованный Комиссией ООН по праву международной торговли, в Интернете: <http://www.uncitral.org/english/status/index.htm>

² В отношении Великобритании см.: Goode Roy. Commercial Law in an International Environment // Commercial Law in the Next Millennium (The Hamlyn Lectures, London Sweet and Maxwell, 1998) 81, 94–95; Nicolas Barry. The United Kingdom and the Vienna Sales Convention: Another Case of Splendid Isolation? (Rome: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, vol. 9, 1993.)

университеты также создали базы решений с применением Венской конвенции¹³. Такие подборки и анализ особенно необходимы для обеспечения и укрепления единообразия в регулировании договора купли-продажи, достигаемого с помощью Конвенции, в соответствии с требованиями пункта 1 статьи 7 Конвенции¹⁴.

Основной причиной возникающих споров является заявление покупателя о несоответствии товара. Однако средства правовой защиты, предоставляемые покупателю Конвенцией в таком случае, могут быть использованы, только если он перед этим даст продавцу извещение о несоответствии товара, “содержащее данные о характере несоответствия, в разумный срок после того, как оно было или должно было быть обнаружено покупателем” (п. 1 ст. 39). Необходимость такого уведомления вполне понятна: продавец должен быть проинформирован для того, чтобы иметь возможность принять необходимые меры для защиты своих интересов, особенно учитывая необходимость устранения недостатков в товаре или сбора доказательств на случай спора с покупателем¹⁵.

Последствия неподачи извещения в соответствии с данными требованиями значительны¹⁶, поскольку пострадавший покупатель, не давший извещения, просто лишается всех своих прав¹⁷. Также хорошо известен пре-

дельный двухлетний срок, по истечении которого покупатель не может больше сослаться на несоответствие товара, о котором он узнал позднее (п. 2 ст. 39) (за исключением случаев, когда договором установлен более продолжительный гарантийный срок. – *Ред.*).

Для покупателя, который не сделал извещения в срок или извещения, содержащего необходимые данные, Конвенция тем не менее оставляет еще две возможности. Во-первых, согласно статье 40 продавец не может сослаться на утрату покупателем его права, “если несоответствие товара связано с фактами, о которых он знал или не мог не знать и о которых не сообщил покупателю”. Таким образом, продавец, действующий недобросовестно, – а данное правило верно рассматривается комментаторами как иллюстрация принципа добросовестности, – или с грубой небрежностью, отвечает за все последствия, возникшие из несоответствия товара. Во-вторых, согласно положению, включенному в текст Конвенции на Венской Дипломатической конференции в качестве компромиссного решения после долгих и ожесточенных дискуссий в отношении значительности последствий неуведомления продавца о несоответствии товара¹⁸, покупатель сохраняет часть своих прав и “может снизить цену в соответствии со статьей 50 или потребовать возмещения убытков, за исключением упущенной выгоды, если

у него имеется разумное оправдание того, почему он не дал требуемого извещения” (ст. 44). И наконец, права покупателя восстанавливаются, как это показано на примере нескольких решений, если продавец отказался от своего права сослаться на утрату прав покупателем¹⁹ или если поведение продавца противоречит принципу добросовестности²⁰.

Вполне понятно поведение продавца, который, будучи обвиненным в поставке товара, не соответствующего договору, утверждает, что покупатель не исполнил своей обязанности дать извещение о несоответствии товара. Парадоксально, но, таким образом, акцент в делах, связанных с недостатками в товарах, переносится с исполнения продавцом своей основной обязанности поставить товар, соответствующий договору, на неисполнение пострадавшей стороной обязанности дать уведомление о таком несоответствии. Эта ситуация тем более удивительна, если обратить внимание на природу обязанности, возложенной на покупателя. В сущности, это не обязательство, нарушение которого может повлечь взыскание убытков, а так называемое “обременение” (*incumbency*), если придерживаться терминологии, используемой главным образом в Швейцарии, когда нарушивший такое обязательство покупатель

лишается своих прав, не подвергая себя при этом никакой ответственности.

Подача покупателем извещения о недостатках товара является, таким образом, центральным вопросом во многих делах, где применяется Венская конвенция. Один автор на основании решений, содержащихся в базе Университета Фрайбурга-им-Брайсгау²¹, отмечал, что почти 20 процентов из них разрешали вопросы, связанные с уведомлением покупателем продавца о несоответствии товаров²². В настоящей статье нам хотелось бы рассмотреть вопрос, ставший одним из основных источников неопределенности в судебной практике²³: что следует понимать под “разумным сроком” для подачи извещения в соответствии с пунктом 1 статьи 39? Если покупатель подает иск против продавца, он в любом случае рано или поздно сообщает ему о недостатках. Однако основная проблема заключается в том, является ли такое извещение сделанным своевременно²⁴.

Хотя составители Конвенции воздержались от того, чтобы указывать точную продолжительность срока, предоставленного для уведомления, следует установить его среднюю величину, подлежащую увеличению или уменьшению в зависимости от обстоятельств дела, чтобы дать судьям и арбитрам определенную точку отсчета.

¹⁹ См., в частности: German Federal Court, 25 ноября 1998 г., [1999] *Neue Juristische Wochenschrift* 257 (аннотации *P. Schlechtriem u M. Schmidt-Kessel*) D.1999.Somm.356 (аннотации автора).

²⁰ См., в частности: International Arbitral Tribunal of the Austrian Federal Economic Chamber, 15 июня 1994 г. [1995] *Recht der Internationalen Wirtschaft* 591 (аннотации *P. Schlechtriem*); Karlsruhe Upper District Court, 25 июня 1997 г., D.1998.Somm.310 (аннотации автора).

²¹ CISG-Online, см. сноску 13 настоящей статьи.

²² *Linnrz Markus*. Die Untersuchungsund Rügepflicht des Käufers nach dem UN-Kaufrecht (thesis, Europa-Institut, La Sarre University, 2000), 1.

²³ Хотя продавец часто заявляет об отсутствии необходимых подробностей в описании недостатков, такое основание относительно редко приводит к утрате прав. Однако в ряде решений была продемонстрирована излишняя строгость в данном вопросе. См.: Munich District Court [1989] *Rev.D.U.850*; пример более гибкого подхода: German Federal Court of Justice, 3 ноября 1999 г., [2000] *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 125 (аннотации *P. Schlechtriem*), D.2000.Somm. (выходит в печать, с аннотациями автора), где Верховный Суд отмечает, что в отношении оборудования и технических приборов от покупателя может требоваться “только описание неполадок, а не утверждение об их причинах”.

²⁴ По данному вопросу см. также: *Baasch Andersen Camilla*. Reasonable Time in Article 39(1) of the CISG: Is Article 39(1) truly a Uniform Provision? [1998] *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 63; *Veneziano Anna*. Non Conformity of Goods in International Sales: A Survey of Current Caselaw on CISG [1997] *IBLJ* 39.

¹³ CISG-Online, Freiburg im Breisgau University, <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/default.htm>; Pace University data bank (New York State), <http://www.cisg.law.pace.edu>; CISG-France, La Sarre University, <http://wiz.jura.uni-sb.de/CISG>; другие базы данных, упорядоченные по стране, см.: <http://wiz.jura.uni-sb.de/CISG/cisglinks.htm>.

¹⁴ “При толковании настоящей Конвенции надлежит учитывать ее международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в ее применении и соблюдению добросовестности в международной торговле”.

¹⁵ См.: UNCITRAL Secretariat notes on the 1978 draft convention // *Honnold John*. *Documentary History of the Uniform Law for International Sales* (Deventer: Kluwer Law International, 1989), 425.

¹⁶ См.: *Bernstein Herbert, Lookofsky Joseph*. *Understanding CISG in Europe* (Kluwer Law International, 1997), 63, где указывается на значительные последствия, которые может повлечь неосуществление осмотра товаров и неподача извещения [о его недостатках].

¹⁷ См. пункт 1 статьи 39 Конвенции: “Покупатель утрачивает право сослаться на несоответствие товара, если он не дает продавцу извещения...”

¹⁸ См., в частности: *Honnold J. Op. cit. supra* note 11, 282ff.

Средняя продолжительность этого срока, которая основывается на доктринальном толковании и использовавшаяся в ряде решений, составляет один месяц (II). Но этот разумный срок длительностью в один месяц нельзя смешивать с предшествующим ему более коротким сроком, предоставленным для осмотра товаров (I).

I. КОРОТКИЙ СРОК ДЛЯ ОСМОТРА ТОВАРА, ПРЕДШЕСТВУЮЩИЙ РАЗУМНОМУ СРОКУ ДЛЯ ПОДАЧИ УВЕДОМЛЕНИЯ О НЕСООТВЕТСТВИИ ТОВАРА

Для того, чтобы иметь возможность подать извещение о несоответствии поставленного товара, прежде необходимо произвести его осмотр. Поэтому логично, что Конвенция требует от покупателя осмотреть товар или обеспечить его осмотр “в такой короткий срок, который практически возможен при данных обстоятельствах” (п. 1 ст. 38). Конвенция определяет начальный момент этого срока только в случаях, достаточно часто встречающихся на практике, когда договором предусматривается перевозка товара (п. 2 ст. 38) или когда изменено место назначения товара или товар переправлен покупателем, причем у покупателя нет “разумной возможности осмотреть его, а продавец во время заключения договора знал или должен был знать о возможности такого изменения или такой переправки” (п. 3 ст. 38). И в том и в другом случае осмотр товара может быть отложен до прибытия товара в место назначения. В остальных случаях, по единодушному утверждению комментаторов, срок, предоставленный для осмотра товара, начинается с момента поставки товара.

За неисполнение обязанности произвести осмотр товара в течение этого

короткого срока не предусмотрено отдельной санкции, поскольку утрата прав, предусмотренная статьей 39, происходит, только если покупатель не уведомляет продавца о недостатках товара “в разумный срок после того, как они были или должны были быть обнаружены покупателем”. Санкция является скорее косвенной, а именно она реализуется в форме начала течения срока, предоставленного для дачи извещения. Это происходит в связи с тем, что для недостатков, которые не могли быть обнаружены во время осмотра в соответствии со статьей 38, если такой осмотр не был произведен вовремя, срок для уведомления начинается течет именно с момента, когда покупатель должен был осмотреть товар, а не с момента, когда товар в действительности был осмотрен. Таким образом, осмотр товара с задержкой часто влечет за собой и опоздание в подаче извещения, но это не строго обязательно. Прежде всего, время, упущенное в связи с несвоевременным осмотром товара, может быть компенсировано быстротой, с которой подано уведомление. Кроме того, задержка с первоначальным осмотром или даже полное отсутствие такого осмотра не влекут никаких последствий в том случае, если недостатки были скрытыми в момент перехода рисков и проявились только позднее, — но до истечения предельного двухлетнего срока, установленного пунктом 2 статьи 39, — и не могли быть обнаружены в момент поставки. В этом случае на покупателе лежит обязанность произвести повторный осмотр товара, и точкой отсчета для срока, предоставленного для такого повторного осмотра, будет не тот день, когда товар был поставлен, а момент, когда возникло обоснованное подозрение, что в товаре имеются недостатки²⁵.

²⁵ См.: *Schlechtriem P.* Аннотации к решению Федерального Суда Германии от 3 ноября 1999 г., supra note 23.

Таким образом, в случае несоблюдения срока для осмотра поставлено на карту меньше, чем в случае просрочки срока, предоставленного для дачи извещения о недостатках. Хотя Конвенция не устанавливает непосредственной санкции за проведение осмотра позже, чем положено, судьи и арбитры тем не менее обычно проверяют, уложился ли покупатель в этот срок, с целью установления точки отсчета для срока, предоставленного для уведомления. Согласно пункту 1 статьи 38 покупатель должен произвести осмотр “в такой короткий срок, который практически возможен при данных обстоятельствах”. Формулировка, используемая Конвенцией, означает, что быстрота действий, требуемая от покупателя, больше, чем в случаях, когда он должен действовать “в разумный срок” (п. 1 ст. 39), и меньше, чем когда Конвенция предписывает стороне действовать немедленно (п. 3 ст. 71). Очевидно, что Конвенция не смогла установить точную продолжительность срока, например в одну или две недели, из-за важности учета обстоятельств каждого конкретного дела, на что Конвенция прямо указывает²⁶. Без сомнения, важную роль при учете таких обстоятельств играет сама природа товара. Скоропортящиеся товары должны быть осмотрены в более короткий срок, чем непортящиеся. Осмотр большой партии товара потребует больше времени, чем осмотр небольшого пакета. Время, необходимое для проверки функционирования обо-

рудования, будет зависеть от сложности этого оборудования. В этой связи, чтобы установить, вызваны ли сбои в работе оборудования его возможным несоответствием договору или его неправильным использованием, могут потребоваться достаточно длительные проверки. Следующим фактором является также и размер предприятия: от крупного предприятия можно ожидать большей оперативности, чем от индивидуального предпринимателя.

Поэтому представляется бессмысленным пытаться, как это делают некоторые авторы, еще больше ограничивать этот срок, предоставленный для осмотра, устанавливая его среднюю продолжительность, которая в любом случае рискует оказаться неправильной из-за большого числа подлежащих учету факторов²⁷. Необходимость сохранять определенную гибкость может быть проиллюстрирована на примере двух судебных решений. Апелляционный суд Экс-ан-Прованс признал, что покупатель 196 металлических листов, который потратил 40 дней на их осмотр, “обеспечил осмотр товаров в короткий и нормальный срок, учитывая сложность обращения с такими листами и минимальный срок, требуемый для проверки”²⁸. Три недели были признаны необходимыми для покупателя в соответствии с пунктом 1 статьи 38, чтобы произвести необходимые проверки оборудования для производства бумаги, в котором недостатки были обнаружены во время его использования²⁹.

²⁶ *Schwenzer Ingeborg // Schlechtriem P.* Op. cit. supra note 11, Art. 36, no. 15; *Magnus Ulrich // Staudinger J. von.* Op. cit. supra note 11, Art. 38, no. 40ff.

²⁷ В поддержку предельного срока продолжительностью 3–4 рабочих дня см.: *Piltz Burghard.* Internationales Kaufrecht (Munich: Beck, 1993), 192; срока продолжительностью 5 рабочих дней см.: *Magnus Ulrich // Honsell Heinrich.* Kommentar zum UN-Kaufrecht (Berlin: Springer, 1997), Art. 38, no. 24.

²⁸ Aix-en-Provence, 21 ноября 1996 г. [не публиковалось], см.: CISG-France, <http://witz.jura.univ-sb.de/CISG/decisions/211196.htm>; жалоба на данное решение была отклонена кассационным судом, который сослался на суверенное право нижестоящего суда решать вопросы по существу: Cass. civ. 1^{re}, 26 May 1999, J.C.P. 2000.E.274 (аннотации *Laurent Leveneur*), D.2000.Jur.788 (аннотации автора).

²⁹ German Federal Court of Justice, 3 ноября 1999 г., supra note 23.

II. ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПРОДОЛЖИТЕЛЬНОСТИ РАЗУМНОГО СРОКА ДЛЯ ПОДАЧИ ИЗВЕЩЕНИЯ

Срок, предоставленный для подачи извещения о недостатках в соответствии с пунктом 1 статьи 39 Венской конвенции, следует отличать от того, который дается для осмотра товаров. Некоторые суды в своих решениях неверно используют категорию общего срока для осмотра и уведомления³⁰. Каждый из этих временных отрезков должен рассматриваться отдельно³¹. Покупатель должен произвести осмотр товаров в максимально короткий срок, возможный при данных обстоятельствах, при этом он имеет разумный срок для дачи уведомления о недостатках. Учитывая серьезность для покупателя последствий неподдачи извещения, еще на стадии разработки Конвенции было решено, что для этого будет предоставлен разумный срок, а не короткий, как это предусматривалось Гаагской конвенцией о Едином законе о международной купле-продаже товаров³² (далее – ULIS). Таким образом, составители Венской конвенции пожелали, чтобы покупатель располагал более длительным сроком, чем тот, что предоставлен для осмотра товаров.

Определение продолжительности такого срока неизбежно является затруднительным. Лишь небольшое число исследователей придерживается той точки зрения, что “извещение в со-

ответствии со статьей 39 должно быть сделано немедленно после обнаружения недостатков, поскольку у покупателя, как правило, нет оснований откладывать уведомление”³³. Несмотря на то, что такое утверждение на первый взгляд кажется вполне разумным, согласиться с ним не представляется возможным, если принять во внимание четко выраженное намерение составителей Конвенции предоставить покупателю более длительный срок для уведомления, чем короткий срок, установленный ULIS. Хотя в отличие от статьи 38 статья 39 не содержит ссылки на обстоятельства дела, преобладающее большинство исследователей ставят продолжительность этого срока в зависимость от различных факторов³⁴. Наиболее важным из них является природа самого товара (является ли он скоропортящимся) в связи с тем, что представление доказательств наличия недостатков в скоропортящихся товарах вызывает определенные трудности, которые возрастают с течением времени. Уведомление должно быть произведено более оперативно также в случае сезонных товаров или в случае необходимости вмешательства экспертов. Хотя в извещении не обязательно указывать предполагаемые способы возмещения убытков³⁵, продолжительность разумного срока должна оцениваться более гибко, если покупатель не собирается возвращать товар, а просто требует

³⁰ См., в частности, Austrian Supreme Court, 15 октября 1998 г. [1999] Juristische Blätter 318 (аннотации *Martin Karollus*).

³¹ Такой взгляд разделяет большинство комментаторов. См., в частности: *Schwenzer I. // Schlechtriem P.* Op. cit. (см. сноску 11 настоящей статьи), Art. 39, no. 15.

³² См. ст. 39 ULIS.

³³ *Neumayer Karl H., Ming Catherine.* Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire. (Lausanne: CEDIDAC (dist'b Litec), 1993), 304 [в оригинале: “l’avis de l’article 39 devrait suivre immédiatement la découverte du vice, car l’acheteur n’a, en règle générale, aucune raison de différer sa dénonciation”].

³⁴ Один автор хитроумно заявил, что для того, чтобы избежать слишком большой правовой неопределенности, следует принимать во внимание только обстоятельства, рассматриваемые как типичные, а не все обстоятельства дела (см.: *Magnus U.* Op. cit. (см. сноску 11 настоящей статьи), Art. 39, no. 42).

³⁵ В особенности не следует смешивать уведомление о недостатках товара с заявлением о расторжении договора.

возмещения убытков или уменьшения цены. И наконец, в данном вопросе, как и в прочих, следует принимать во внимание все торговые обычаи и практику, которую стороны установили в своих отношениях.

Несмотря на то, что все данные факторы имеют большое значение, представляется желательным установить среднюю продолжительность такого срока для непортящихся товаров. Несомненно, против этого можно возразить, что, поскольку составители Конвенции не сделали этого, нет оснований делать это и при толковании Конвенции. Однако сегодня Конвенция живет уже собственной жизнью, и те усилия по унификации, которые были предприняты отцами-основателями, заслуживают того, чтобы быть поддержанными. Было бы жаль, если в таком важном вопросе, как срок для подачи уведомления о недостатках, обнаружилась бы и сохранились различия во мнениях. Более того, желательно предоставить судьям и арбитрам более детальное руководство, чем это делает Конвенция. И если относительно просто понять, сколько времени необходимо для осмотра товара в короткий срок, который возможен при данных обстоятельствах, то срок, ограничивающий следующую стадию – подачу извещения, – установить гораздо сложнее.

Попытка ряда исследователей вывести некую среднюю продолжительность этого срока, подлежащую изменению в зависимости от обстоятельств, заслуживает положительной оценки. Конечно, эти авторы ни в коем случае не ставили целью предложить какой-либо жесткий временной

период, поскольку конкретные обстоятельства каждого дела могут оправдать изменение срока, как в сторону увеличения, так и в сторону уменьшения последнего.

Некоторые авторы выступают за срок, примерно равный одной неделе³⁶. Но такие предложения малоубедительны. Прежде всего, это было бы коротким сроком, а Конвенция, по всей видимости, предоставляет покупателю более длительный период времени. И кроме того, такие предложения слишком непосредственно восприняли подход тех правовых систем, к которым принадлежат их авторы. Маловероятно, что такая длительность срока найдет поддержку у судей и арбитров, особенно учитывая существующие различия правовых традиций в данной области, когда во многих странах от продавца не требуется немедленных действий по обнаружении недостатков. При толковании Конвенции следует принимать во внимание ее международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в ее применении (п. 1 ст. 7). Учет различных правовых традиций в данной сфере позволил одному из авторов предложить, чтобы для непортящихся товаров средняя продолжительность срока для дачи извещения о недостатках составляла период около одного месяца³⁷.

Данное предложение заслуживает одобрения за тот компромисс, которого оно стремится достичь, и за большую вероятность того, что ему будут следовать во многих решениях. В настоящей работе мы не ставили своей целью проведение детального анализа судебных и арбитражных решений,

³⁶ *Bulghard Piltz* (см. сноску 27 настоящей статьи), 194, выступает за предельный срок продолжительностью 4–7 рабочих дней; *Ulrich Magnus* (см. в: *Honsell H.* Op. cit. (см. сноску 27 настоящей статьи), Art. 39, no. 21) предлагает одну неделю, *Gert Reinhart* (см.: *Reinhart Gert.* Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (Heidelberg: C.F. Müller, 1991), Art. 39, no. 5) считает, что в течение нескольких дней.

³⁷ *Schwenzer I. // Schlechtriem P.* Op. cit. (см. сноску 11 настоящей статьи), Art. 39, no. 17.

вынесенных на сегодняшний день³⁸, но следует отметить, что наиболее плодородная почва для таких решений существует в Германии, Швейцарии и Австрии. В течение первых лет применения нового унификационного акта решения по существу дела, вынесенные в Германии, характеризовались строгим подходом к оценке предоставленного покупателю разумного срока для дачи извещения, который чаще толковался как короткий срок³⁹. В последующие годы, однако, наметилась тенденция перехода к более гибкому подходу. Федеральный суд Германии прямо подтвердил продолжительность срока в один месяц⁴⁰, которому в предыдущем решении он дал только молчаливую поддержку⁴¹. Апелляционный суд Швейцарии также ясно высказался в поддержку такого толкования продолжительности данного срока⁴². И наоборот, Верховный Суд Австрии не признал данную цифру и высказался за “14-дневный период для осмотра товара и уведомления о недостатках при отсутствии каких-либо особых обстоятельств для продления или сокращения данного срока”, который он считал наиболее подходящим в свете

различных национальных правовых традиций⁴³. Однако такой излишне ограничительный подход кажется наименее убедительным, поскольку смешиваются сроки для осмотра и для подачи извещения, между которыми необходимо проводить различие.

Арбитражные решения демонстрируют более гибкий подход. Так, в отношении договора купли-продажи металлических пластин Международный арбитражный суд Федеральной палаты экономики Австрии указал, что извещение должно быть подано в течение двух месяцев с момента поставки, даже если недостаток в товаре был установлен, только когда конечный получатель распаковал товар⁴⁴. Этот двухмесячный срок, который один из авторов назвал “щедрым”⁴⁵, включает время как для проведения осмотра товара, так и для подачи самого извещения. В решении Арбитражного суда МТП в отношении контракта, в котором был установлен предельный срок в один месяц с даты поставки для предъявления требований, было признано разумным придерживаться этого срока, при условии, что недостатки можно было легко обнаружить⁴⁶. В де-

³⁸ См., в частности: *Linnerz M.* Op. cit. (см. сноску 22 настоящей статьи); *Baasch Andersen C.* Op. cit. (см. сноску 24 настоящей статьи); *Veneziano A.* Op. cit. (см. сноску 24 настоящей статьи); *Witz Claude.* Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale (Paris: LGDJ 1995), 88ff; а также различные сборники судебных решений, указанные в сноске 10 настоящей статьи.

³⁹ См.: *Witz Claude.* Op. cit. (см. сноску 38 настоящей статьи), 88ff. Такая строгость до сих пор может быть обнаружена в некоторых последних решениях: см. Karlsruhe Upper District Court, решение от 25 июня 1997 г., D.1998.Somm.310 (аннотации автора) в поддержку предельного срока для осмотра товара продолжительностью 3–4 дня и для извещения о недостатках продолжительностью приблизительно в одну неделю в отношении непортящихся товаров; Sarrebruck Upper District Court, решение от 3 июня 1998 г., D.1999.Somm.356 (аннотации автора) об извещении, которое должно было быть сделано в тот день, когда хризантемы были доставлены; см. также решение итальянского суда (Coni Civil Court, 31 января 1996 г., D.1997.Somm.222 (аннотации *Nico Spiegel*), который признал извещение, направленное спустя 23 дня после поставки спортивной одежды с легко обнаруживаемыми недостатками, сделанным слишком поздно.

⁴⁰ 3 ноября 1999 г. (см. сноску 23 настоящей статьи).

⁴¹ Federal Court of Justice, 8 марта 1995 г., D.1997. Somm.217 (аннотации автора).

⁴² Upper Court of the Canton of Lucerne, 8 января 1997 г., D.1998.Somm.315 (аннотации автора).

⁴³ Austrian Supreme Court, 15 октября 1998 г. (см. сноску 30 настоящей статьи).

⁴⁴ Арбитражное решение от 15 июня 1994 г., [1995] Recht der Internationalen Wirtschaft 590 (аннотации *P. Schlechtriem*), английская версия доступна на сайте Pace CISG-Database, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a4.html>

⁴⁵ *Slechtriem P.* Op. cit. (см. сноску 20 настоящей статьи), 594.

⁴⁶ ICC Case 7331 (1994), [1995] J.D.I. 1001 (аннотации *Dominique Hascher*), (1995) 6:2 ICC ICArb. Bull. 73.

ле, касающемся поставки контейнеров нескольким фирмам, Арбитражный суд при ТПП Венгрии приходил к различным решениям, допуская в отношении ряда поставок, что уведомление о недостатках в окраске, сделанное спустя более шести недель после получения товаров, было совершено в разумный срок, а в отношении других поставок – заявляя, что извещение, поданное через 32 дня после обнаружения недостатков, было совершено с опозданием, поскольку “дела между сторонами обычно велись более оперативно”⁴⁷. Одно из последних решений демонстрирует относительную жесткость подхода. Так, было признано, что в тех случаях, когда недостатки могли быть обнаружены при приемке товара, “срок дольше одного месяца не может считаться разумным – такой срок должен быть значительно более коротким”⁴⁸. Извещение о недостатках, которые могли быть легко обнаружены, спустя 30 дней после поставки также было сочтено сделанным слишком поздно⁴⁹.

Интересно отметить, что средняя продолжительность времени для уведомления, предлагаемая в доктрине и одобренная Верховными Судами Германии и Австрии, была поддержа-

на в одном из недавних арбитражных решений⁵⁰. Рассмотрев различные предложения комментаторов относительно продолжительности данного срока, состав арбитража указал на вышеупомянутое решение Верховного Суда Австрии⁵¹ в пользу средней продолжительности срока в две недели, которую он поддержал.

Не стоит и говорить о том, что для того, чтобы избежать проблем с оценкой продолжительности срока, предоставленного для уведомления, сторонам настоятельно рекомендуется оговаривать продолжительность такого срока в заключаемых контрактах⁵². Понятно, что в интересах сторон не устанавливать слишком короткий срок, поскольку это влечет риск непризнания его согласно национальному праву, применимому к контракту по вопросам, не регулируемым Конвенцией⁵³.

Как часто отмечают⁵⁴, процесс унификации не прекращается с принятием международной конвенции, создающей единообразные нормы. И те, кто отвечает за применение Венской конвенции, должны удвоить свои усилия, чтобы с помощью доктрины продолжить и завершить работу отцов-создателей Конвенции.

⁴⁷ Арбитражное решение от 5 декабря 1995 г., case VB/94131, доступно на сайте CISG-Online, <http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg/urteile/text/163.htm>; краткое изложение CLOUT no. 164.

⁴⁸ ICC Case 8962 (1997), ICC ICArb. Bull. vol.11/No.2 – fall 2000. P. 76.

⁴⁹ ICC Case 8247 (1996), ICC ICArb. Bull. vol.11/No.2 – fall 2000. P. 53.

⁵⁰ ICC Case 9083 (1999), ICC ICArb. Bull. vol.11/No.2 – fall 2000. P. 78.

⁵¹ См. текст, сопровождающий сноску 43 настоящей статьи.

⁵² См., например, модельный контракт МТП (см. сноску 4 настоящей статьи), статья 11.1 которого гласит: “Покупатель должен осмотреть товар в возможно короткий срок после прибытия в пункт назначения и известить продавца в письменной форме о несоответствии товара в течение 15 дней с даты, когда покупатель обнаружил или должен был обнаружить несоответствие товара...”

⁵³ Согласно статье 4 Венской конвенции, “поскольку иное прямо не предусмотрено в Конвенции, она не касается: а) действительности самого договора или каких-либо из его положений или любого обычая...”

⁵⁴ См., в частности: *Ferrari Franco.* CISG Case Law: A New Challenge For Interpreters? [1998] IBLJ 495.

З. ДУГЛАС,
старший юрист международной юридической
фирмы “Фрешфилдс Брукхаус Дерингер”, Париж

Я.Ю. КЛИМОВ,
старший юрист международной юридической
фирмы “Фрешфилдс Брукхаус Дерингер”, Москва,
кандидат юридических наук, научный сотрудник Института государства
и права Российской академии наук

Инвестиционный арбитраж с участием государств

На сегодняшний день Россия заключила более 30 двухсторонних соглашений о взаимной защите капиталовложений. Настоящая статья посвящена рассмотрению споров из таких инвестиционных договоров, в которых одной из сторон выступает иностранный инвестор, а другой – принимающее его государство. При этом она не затрагивает вопросов, связанных со спорами между государствами.

I. ПРАВО, ПРИМЕНИМОЕ К СУЩЕСТВУ СПОРА МЕЖДУ ИНВЕСТИТОРОМ И ГОСУДАРСТВОМ

A. Источник коллизионной нормы

Некоторые договоры о взаимной защите капиталовложений (далее – инвестиционные договоры) содержат прямую коллизионную норму для определения права, применимого к разрешению инвестиционных споров. В таком случае источник коллизионной нормы очевиден: это сам договор. В ином случае существуют четыре возможных источника коллизионных норм, которые могут повлиять на определение созданным в соответствии с договором арбитражем права, применимого к инвестиционному спору.

Во-первых, если инвестор и принимающее государство вступили в прямые договорные отношения, их инвестиционное соглашение может содержать положения о выборе применимого права.

Во-вторых, арбитражные правила, регулирующие передачу спора на рассмотрение арбитража, могут содержать положения о применимом праве, применяющиеся при отсутствии соглашения сторон (например, статья 42(I) Вашингтонской конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств от 18 марта 1965 г.; далее – Вашингтонская конвенция).

В-третьих, *lex loci arbitri* (право страны арбитража) может служить источником коллизионной нормы при отсутствии таковой в арбитражных правилах (что очень маловероятно) или если коллизионная норма является императивной в соответствии с *lex loci arbitri* (такие случаи фактически неизвестны).

В-четвертых, коллизионная норма может быть почерпнута из правовой системы, которая придает юридическую силу международному договору, – международного публичного права.

B. Право, применимое к инвестиционному спору

Какая бы коллизионная норма ни была в конце концов применена арбитражем, есть три источника материальных правовых норм, которые должны использоваться при решении любого инвестиционного спора: (i) национальное право при-

мающего государства (включая соответствующие международные договоры, обязательные для принимающего государства); (ii) сам инвестиционный договор; и (iii) общие принципы международного права. Это общий знаменатель большинства прямых положений о применимом праве, содержащихся в инвестиционных договорах. Например, Модельный двухсторонний инвестиционный договор экономического союза Бенилюкс предусматривает:

“Арбитраж принимает решение на основе национального права (включая коллизионные нормы) участвующего в споре государства – участника договора, на чьей территории осуществлялись инвестиции, а также на основе положений настоящего соглашения и условий конкретного контракта, который мог быть заключен в связи с инвестициями, и принципов международного права”.

Важно отметить, что материальное право, регулирующее инвестиционные споры, неизбежно представляет собой смесь международного и национального права из-за того, что в основе отправления правосудия по данным вопросам лежат частные или коммерческие интересы. В отличие от этого межгосударственные споры из толкования или применения инвестиционного договора регулируются исключительно международным правом.

Инвестиции представляют собой воплощение прав собственности, в то время как предусмотренные в договорах минимальные стандарты защиты инвестиций выводятся из международного права. Эти различные аспекты инвестиционного спора требуют различного подхода к определению применимого права, что подтверждается прецедентами смешанных арбитражей, которые были созданы после Первой мировой войны для разбирательства международных претензий,

¹ *Nielsen F.* American-Turkish Claims Settlement under the Agreement of 24 December 1923 (1937) 259-60 (цит. по: *Lipstein K.* Conflict of Laws Before International Tribunals (ii). (1949) 29 Transactions of the Grotius Society 51, 54).

связанных с нарушением права собственности иностранцев. Американско-турецкая комиссия по рассмотрению претензий четко изложила этот принцип в деле *Hoachoozo Palestine Land and Development Co (Хоачозо Палестайн Ланд и Девелопмент Ко)*:

“В случае предъявления претензии в связи конфискацией правительственными органами вытекающих из договора прав собственности, предварительный вопрос о правах истца в соответствии с договором решается на основании национального права, регулирующего юридические последствия договора. Следующий подлежащий выяснению вопрос касается того, были ли нарушены вытекающие из договора права в свете правил или принципов международного права”.

Похожий подход к определению применимого права можно встретить в прецедентах Американско-мексиканской комиссии по рассмотрению претензий. В деле *George W. Cook v. United Mexican States (No. 1) (Джордж У. Кук против Мексиканских Соединенных Штатов (№ 1))* комиссар Нильсен утверждал:

“Когда при определении основанных на договорных обязательствах прав перед международным арбитражем поднимаются вопросы... относительно применения права, регулирующего отношения сторон договора, то необходимо принимать во внимание то право, которое подлежит применению в отношении различных аспектов дела. Характер таких договорных прав, а также вещных или обязательственных прав в отношении вещей, которые, по утверждениям истца, были нарушены в каждом конкретном случае, определяется национальным правом, регулирующим правовые последствия договора или иного акта, порождающего такие права. Но ответственность правительства – ответчика определяется исключительно международным правом...”¹.

Наиболее ясное изложение правил, применимых к спорам из инвестиционных договоров, можно найти в решении Комитета *ad hoc* Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (далее – МЦУИС) по делу *Compañía de Aguas del Aconquija, SA and Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal v. Argentine Republic* (Компания де Агуас дел Аконкиха, СА энд Компани Женераль дез О/Вивенди Универсал против Республики Аргентина). Здесь достаточно отметить, что Комитет *ad hoc* провел четкое различие между правом, применимым к инвестиционному контракту, которым он посчитал национальное право, и правом, используемым для оценки того, нарушает ли поведение принимающего государства установленные договором стандарты, каковым является сам договор и международное право. В данном контексте ссылка Комитета *ad hoc* на “поведение” принимающего государства, а не на все элементы инвестиционного спора соответствует подходу, выраженному в приведенных более ранних решениях.

Аналогично, арбитраж МЦУИС в деле *Goetz and Others v. Republic of Burundi* (Гетц и другие против Республики Бурунди) четко отметил сохранение национальным правом своей роли в инвестиционных спорах даже тогда, когда положения инвестиционных договоров о применимом праве (такие, как статья 1131 Договора НАФТА²) отсылают исключительно к международному праву.

Коллизионная норма для оценки действий или бездействия принимающего государства в отношении капиталовложений инвестора систематически применялась арбитражными судами, созданными в соответствии с инвестиционными договорами. Гораздо более спорным было пренебрежение к коллизионной норме для определения применимого права в отношении существования, характера и объема

прав инвестора на предполагаемые инвестиции. Трактовка применимого к данным отношениям права будет рассмотрена в следующем разделе.

С. Роль национального права принимающего государства

Инвестиционные споры касаются собственности, а собственность представляет собой конкретные права на вещи, предоставляемые национальным правом принимающего государства. Обычное международное право не содержит материальных норм по поводу права собственности. Оно не может порождать право собственности. Инвестиционные договоры также не имеют целью установить правила для приобретения вещных прав, которые имеют абсолютную защиту.

Соответственно, именно национальное право принимающего государства определяет, существует ли конкретное вещное право, каков его объем и кому оно принадлежит. Однако именно инвестиционный договор дает понятие капиталовложений (инвестиций) и таким образом определяет, подлежит ли признаваемое национальным правом вещное право защите, предоставляемой инвестиционным договором. Это понятие дается в первой статье большинства двухсторонних инвестиционных договоров в форме определения, такого как нижеприведенное, взятое из Модельного двухстороннего инвестиционного договора США:

“Инвестиция” гражданина или компании означает любой вид капиталовложения, принадлежащий или контролируемый прямо или косвенно этим гражданином или компанией, и включает в себя капиталовложение, представляющее собой или принимающее форму:

- (i) компании;
- (ii) акций, долей и иных форм участия в уставном капитале компании, и облигаций, в том числе

² Северо-Американский договор о свободной торговле, предусматривающий и положения о защите прав инвесторов.

- долгосрочных, иных форм долговых прав к компании;
 - (iii) договорных прав, таких как из договора с генеральным подрядчиком, договора строительного подряда и договора на управление, договора о серийном производстве или разделе прибыли, концессий или иных аналогичных договоров;
 - (iv) прав на вещи, включая недвижимость, и прав на отличные от вещей объекты, включая обязательственные, такие как аренда, ипотека, залог или ручной склад;
 - (v) интеллектуальной собственности, включая: авторское право и смежные права, права на селекционные достижения, промышленные образцы, права на полупроводниковые микросхемы, торговые секреты, в том числе ноу-хау и конфиденциальная деловая информация, товарные знаки и знаки обслуживания, фирменные наименования; и
 - (vi) прав, предоставленных в соответствии с законом, таких как лицензии или разрешения”³.
- Это перечисление видов и категорий инвестиций, которые подпадают под

сферу действия договора, имеет существенное значение для эффективного функционирования правового режима инвестиционного договора. Определение понятия инвестиций не могло быть оставлено за национальным правом договаривающихся государств. В таком случае защита, предоставляемая инвестиционными договорами, например, акциям компаний, могла бы быть сведена на нет путем принятия закона или подзаконного акта в стране регистрации компании, устанавливающего, что акции не являются инвестициями. Соответственно, понятию “инвестиции” дано “объективное” определение в международном договоре. Но данное определение ни в коей мере не выводит вещные права, лежащие в основе этих инвестиций, из сферы действия национального права, которое создает и признает эти права. Инвестиционные договоры не содержат материальных норм о праве собственности. Должна быть отсылка к национальному праву, регулиющему право собственности. Так как инвестиционные договоры предполагают территориальную связь между инвестициями и одним из участвующих в договоре государств, то таким правом будет национальное право страны, в которой, по утверждению инвестора,

³ Интересно сопоставить текст американского Модельного договора с текстом Типового соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений Российской Федерации, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 09.06.01 № 456 “О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений” (с последующими изменениями), ст. 1:

“б) “капиталовложения” – все виды имущественных ценностей, которые вкладываются инвестором одной Договаривающейся Стороны на территории другой Договаривающейся Стороны в соответствии с законодательством последней, и в частности:

- движимое и недвижимое имущество;
- акции, вклады и другие формы участия в капитале коммерческих организаций;
- право требования по денежным средствам, вложенным для создания экономических ценностей, или по договорам, имеющим экономическую ценность и связанным с капиталовложениями;
- исключительные права на объекты интеллектуальной собственности (авторские права, патенты, промышленные образцы, модели, товарные знаки или знаки обслуживания, технологию, информацию, имеющую коммерческую ценность, и ноу-хау);
- права на осуществление предпринимательской деятельности, предоставляемые на основе закона или договора, включая, в частности, связанные с разведкой, разработкой, добычей и эксплуатацией природных ресурсов”.

Как видно из этого сопоставления, понятие “капиталовложения” по российскому Типовому соглашению весьма близко понятию “инвестиции”, предусмотренному американским Модельным договором.

он сделал капиталовложение. Некоторые договоры прямо предусматривают, что инвестиции должны осуществляться в порядке, установленном национальным правом принимающего государства. Но ситуация не изменится даже в отсутствие прямого предписания, так как никакое другое право не может оказаться применимым согласно соответствующей коллизионной норме.

Возвращаясь к вышеупомянутому примеру с акциями, следует отметить, что предоставляемая инвестиционным договором защита зависит от закрепления прав на эти акции в соответствии с национальным правом той страны, где зарегистрирована компания. Если инвестиции в акции осуществляются в Англии, то юридически право собственности возникает при внесении в реестр акционеров. Таким образом, чтобы российскому инвестору в Англии совершить капиталовложения в акции английской компании и попасть под защиту двухстороннего инвестиционного договора между Соединенным Королевством и Россией, недостаточно получить сертификаты акций, как в других юрисдикциях типа Нью-Йорка.

Когда вещное право признано национальным правом принимающего государства, вступает в силу режим инвестиционного договора. Последующие изменения в этом национальном праве или иные акты принимающего государства, затрагивающие совокупность вещных прав, составляющих капиталовложение, должны оцениваться в соответствии с минимальными стандартами защиты, содержащимися в инвестиционном договоре. Это сле-

дует, например, из нормы Комиссии ООН по международному праву, которая гласит:

“Квалификация акта государства как международно-противоправного подчиняется международному праву. Такая квалификация не зависит от квалификации того же акта как правомерного с точки зрения национального права”⁴.

Соответственно, если инвестор ранее приобрел акции на данном (законном) основании, то принимающее государство не сможет избежать ответственности перед инвестором в соответствии с инвестиционным договором путем принятия закона о том, что право на акции, приобретенное путем получения сертификатов акций, больше не признается. С другой стороны, если в соответствии с национальным правом принимающего государства право инвестора на акции остается неизменным, но различные действия принимающего государства *de facto* обесценивают данные акции, то предусмотренный договором арбитраж может посчитать, что принимающее государство нарушило запрет козвенной экспроприации или иной минимальный стандарт обращения с инвестором в соответствии с инвестиционным договором.

Данные рассуждения показывают, что теория о “приобретенных правах” полезна для понимания объекта защиты в соответствии с инвестиционным договором. Яркое изложение данной теории в соотношении с обычаями международного права о защите собственности иностранных граждан можно найти в решении судьи Морелли в деле *Barcelona Traction (Барселона Трэкин)*:

“Международная норма занимает определенное положение в части правовой

системы государства постольку, поскольку она относится только к интересам, которые внутри этой правовой системы уже получили определенный уровень защиты путем присвоения прав или связанных с личностью правовых преимуществ (разрешений, полномочий или преимущественных прав): такое положение в части правовой системы государства, которое само по себе не обязательно с точки зрения международного права.

Исходя из того, что данное положение дел возникло во внутреннем правопорядке, международная норма накладывает на государство обязанность соблюдать определенную линию поведения в отношении рассматриваемых интересов: в отношении, как теперь уже можно сказать, субъективных прав, посредством которых рассматриваемые интересы защищаются во внутреннем правопорядке...

То, что рассматриваемые нормы международного права касаются только тех интересов иностранцев, которые уже представляют собой субъективные права во внутреннем правопорядке, является лишь необходимым следствием самого содержания обязательств, налагаемых этими нормами; обязательств, именно предполагающих существование прав, предоставленных иностранцам правопорядком соответствующего государства”⁵.

Формулировка судьей Морелли принципа обычного международного права критиковалась, так как она не учитывает международно-правовую обязанность принимающего государства уважать вещные права, приобретенные в соответствии с зарубежным правопорядком, когда объекты этих прав попадают в сферу территориальной юрисдикции принимающего государства. Если бы защита обычного международного права распространялась только на права, приобретенные в соответствии с национальным правом принимающего государства, то оно имело бы право принять зако-

нодательство, в соответствии с которым любое имущество с определенными характеристиками, попадающее на территорию принимающего государства, начинает принадлежать этому принимающему государству. По данной причине обычное международное право обязывает государства уважать вещные права, приобретенные в соответствии с предыдущим *lex situs* (место нахождения вещи), кроме случаев, когда такое приобретение противоречит публичному порядку или международному праву.

Однако данная критика теории приобретенных прав не имеет отношения к режиму инвестиционного договора. Предоставляемая инвестиционными договорами защита зависит от факта осуществления гражданином или юридическим лицом инвестиций в принимающее государство. Это необходимая предпосылка; экономическая цель инвестиционных договоров – способствовать и стимулировать прямые иностранные инвестиции в экономику договаривающихся государств. В отличие от более широких целей обычного международного права, касающегося защиты права собственности иностранцев, целью инвестиционных договоров является защита вещных прав, приобретенных в соответствии с национальным правом принимающего государства, которые представляют собой инвестиции в соответствии с определением соответствующего международного договора. Формулировка судьи Морелли в деле *Барселона Трэкин* отражает действующее в отношении инвестиционных договоров право.

Сразу может возникнуть вопрос: достаточно ли для выполнения территориального условия лишь осуществить правомерные инвестиции в одно из государств – участников инвестиционного договора (принимающее государст-

⁴ Article 3 of the ILC's Articles on State Responsibility; текст с официальным комментарием см. в: Crawford J. The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries (2002) 61. (Статьи об ответственности государств Комиссии ООН по международному праву были утверждены на 53-й сессии этой Комиссии и рекомендованы 12.12.01 Генеральной Ассамблеей ООН для имплементации в законодательстве отдельных государств. – Прим. ред.)

⁵ (1970) ICJ Rep. 233-4.

во)? В отношении вещей их *situs* (местонахождение) представляет собой лишь вопрос факта, например: располагается ли участок для размещения отходов, арендуемый инвестором, на территории принимающего государства? Но нетрудно предсказать возникновение проблем при определении *situs* отличных от вещей объектов прав. Коллизионные нормы национального права принимающего государства могут помочь в решении этой проблемы. Например, долговое обязательство может считаться имеющим *situs* в месте жительства должника в соответствии с коллизионными нормами государства X. Таким образом, если должник имеет место жительства в государстве X, то инвестиция считается осуществленной на территории государства X, если долговое обязательство подпадает под соответствующее определение инвестиций в договоре. Аналогично, если коллизионные нормы государства Y определяют *situs* акций как место, где ведется реестр акционеров, и соответствующая компания ведет свой реестр в государстве Y, то покупка акций той компании является правомерными инвестициями в государство Y. Однако как быть, если международное частное право не содержит фикции *situs* для иных типов отличных от вещей объектов прав, таких как интеллектуальная собственность? В таком случае надо напрямую обращаться к соответствующим материальным нормам предполагаемого принимающего государства и, применяя эти нормы, определять, признает ли национальное право принимающего государства соответствующие права на отличные от вещей объекты или вынуждено ли их признавать в соответствии с международным договором. Инвестиционные договоры не обязывают договаривающиеся государства защищать права на отличные от вещей объекты, не признаваемые в правовом порядке договаривающегося государства.

Анализ арбитражных решений по спорам, возникающим из инвестиционных договоров, показывает, что когда характер или существование вещных прав, составляющих инвестиции, является предметом спора между сторонами, то арбитражи (и сами спорящие стороны) или игнорировали соответствующие положения национального права, или исходили из того, что данные вопросы имеют отношение только к установлению их юрисдикции *ratione materiae* (то есть при определении наличия инвестиции, осуществленной надлежащим образом в соответствии с национальным правом принимающего государства). Наиболее ярким примером является решение арбитража ЮНСИТРАЛ в деле *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. Czech Republic (CME Чешская республика Б.В. (Нидерланды) против Чешской республики)*.

В 1993 году Советом по средствам массовой информации Чехии была предоставлена публичная лицензия на вещание компании CET 21, чешскому юридическому лицу, которое совместно с немецкой компанией учредила Чешскую компанию телевизионных услуг, названную ЧНТС. Учредительный договор ЧНТС признал CET 21 обладателем лицензии, а ЧНТС – оператором вещательной станции ТВ Нова. Истец, СМЕ (голландское юридическое лицо), в конце концов получил долю 99 процентов в ЧНТС и таким образом был квалифицирован как инвестор в соответствии с нидерландско-чешским двухсторонним инвестиционным договором.

В 1996 году в чешский Закон о средствах массовой информации были внесены такие изменения, что Совет по средствам массовой информации был лишен основных инструментов надзора и регулирования деятельности владельцев лицензий на телевидение.

Чтобы установить определенный контроль над ЧНТС вне законодательных рамок и ослабить обеспокоенность общественности по поводу иностранного контроля над чешским телевидением, Совет по средствам массовой информации оказал давление на ЧНТС, чтобы она изменила характеристику участия CET 21, данную в учредительном договоре, с “использования лицензии” на “использование ноу-хау лицензии” и заключила договор оказания услуг с CET 21. Арбитраж ЮНСИТРАЛ в деле СМЕ сделал вывод, что целью новой формулировки было подтвердить толкование инвестиционной структуры, в то время как CET 21 не вносила вклада в натуре в уставный капитал ЧНТС.

В 1999 году CET 21 явно недобросовестно расторгла договор оказания услуг на основании того, что ЧНТС в предшествующий день не предоставила дневной программный логин. Данное расторжение позволило бывшему партнеру ЧНТС по совместному предприятию заключить более выгодные договоры с другими услугодателями. Коммерческий интерес СМЕ в ЧНТС обесценился из-за отсутствия лицензии на право управлять ставшей очень прибыльной компанией ТВ Нова. До расторжения договора д-р Железни, который занимал ведущие управленческие позиции как в CET 21, так и в ЧНТС и который получил наибольшие выгоды от отделения CET 21 от ЧНТС, получил от Совета по средствам массовой информации письмо, которое якобы поддерживало его позицию в надвигающемся конфликте между CET 21 и ЧНТС. Тем не менее, так как данное письмо не содержало никакого обязательного предписания какого бы то ни было рода, оно не могло быть правовым основанием для расторжения договора оказания услуг со стороны CET 21.

Возможно, д-р Железни спровоцировал расторжение договора от имени

CET 21 по причинам, связанным с личной имущественной выгодой. Он никогда не был государственным служащим Чехии и его поведение не могло приписываться Чешской республике в соответствии с международным правом. Соответственно, чтобы Чешская республика могла нести ответственность за якобы имевшее место “уничтожение” инвестиций СМЕ в ЧНТС, надо установить причинно-следственную связь или с действиями Совета по средствам массовой информации по осуществлению изменений инвестиционной структуры в 1996 году, или с письмом Совета по средствам массовой информации в 1999 году. Арбитраж ЮНСИТРАЛ посчитал, что оба акта представляли собой нарушение нидерландско-чешского двухстороннего инвестиционного договора. Однако арбитраж уточнил, что причина потерь СМЕ была скорее прямо связана с изменением в 1996 году, чем с письмом 1999 года, характеризуя письмо как “увеличивающее и завершающее участие Совета [по средствам массовой информации] в уничтожении инвестиций СМЕ, а не непосредственную причину “уничтожения”.

Таким образом, арбитраж посчитал, что Совет по средствам массовой информации незаконно принудил ЧНТС поменять инвестиционную структуру в 1996 году и что это подвергло ЧНТС опасности потерять право на телевизионную лицензию из-за действий CET 21. Основное значение для мотивировки арбитража имел его вывод, повторенный в нескольких местах по тексту решения, что “использование “ноу-хау” лицензии на вещание бессмысленно и не имеет ценности”. Если бы, напротив, изменение текста учредительного договора не имело влияния на права ЧНТС, тогда бы принуждение со стороны Совета по средствам массовой информации не могло быть причиной потерь СМЕ.

Единственным правом порядком, который мог бы определять право ЧНТС на лицензию во время первоначальных инвестиций в 1993 году и непосредственно после изменений 1996 году, было чешское право. Но в мотивировке арбитража нет ссылки на какое-либо относящееся к данному вопросу положение чешского права, как, конечно, и какого-либо другого порядка. Критика данного упущения может быть смягчена тем соображением, что Чешская республика необъяснимым образом не представляла экспертных заключений, касающихся вопросов чешского права, при решении вопросов ответственности в арбитражных разбирательствах. Это создало настоящую дилемму для арбитража, которую тот разрешил большинством голосов путем включения ряда немотивированных утверждений по поводу “правового” изменения в 1996 году:

“Изменение учредительного договора путем замены внесения лицензиатом своей лицензии на бессмысленное “использование ноу-хау лицензии” является не чем иным, как уничтожением правовой основы... инвестиций истца”⁶.

“Внесение права на использование лицензии в соответствии с учредительным договором с правовой точки зрения предоставляет существенно более сильные позиции, чем договор оказания услуг...”⁷.

“Совет по средствам массовой информации нарушил договор, когда подорвал правовую основу капиталовложений иностранного инвестора путем принуждения ЧНТС – совместного предприятия инвестора – отказать от важных приобретенных прав”⁸.

Данный аспект решения арбитража был изучен Апелляционным судом в Стокгольме на основании жалобы

Чешской республики на решение, основанной на конкретном основании в статье 34 Закона Швеции об арбитраже, который предусматривает, что вынесенное в Швеции арбитражное решение может быть полностью или частично отменено по просьбе стороны, если “при отсутствии вины стороны в процессе разбирательства было допущено нарушение, которое могло повлиять на исход дела”.

Апелляционный суд сформулировал критерий “нарушения” в отношении к данному коллизионному вопросу следующим образом:

“Или арбитраж не применял источники права, перечисленные в оговорке о применимом праве, или вообще не обосновывал свое решение на каком-либо законе, а принимал его в соответствии со здравым смыслом”⁹.

Суд нашел, что арбитраж не нарушил оговорку о применимом праве в нидерландско-чешском двухстороннем инвестиционном договоре, когда применил соответствующие источники права, “прежде всего международное право”.

Этот вывод представляется неудачным, так как он не учитывает коллизионной нормы по поводу вопросов, относящихся к существованию, природе и размеру инвестиций. Право принимающего государства должно определенным образом учитываться в инвестиционном споре, в частности именно при разрешении таких вопросов. Как уже говорилось выше, общее международное право не может претендовать на регулирование сложных проблем права собственности и договорных прав на телевизионную лицензию. Вывод суда, что арбитраж правомерно применил “прежде всего международное право”, обнаруживает сла-

⁶ CME Partial Award, para. 593.

⁷ Там же, para. 473.

⁸ Там же, para. 520.

⁹ Czech Republic v. CME Czech Republic B.V. (Svea Court of Appeals, 15 May 2003); воспроизведено и переведено в (2003) 42 ILM 919, 965.

бое место решения, так как просто не существует международного права, касающегося лицензий, и арбитраж ЮНСИТРАЛ не делал попыток отыскать таковое. Как бы мы ни сочувствовали затруднительному положению суда в связи с отсутствием экспертных заключений по поводу чешского права, сложно согласиться с тем, что арбитраж всего лишь вынес решение в соответствии со здравым смыслом.

Иной известный случай игнорирования коллизионной нормы *lex situs* в отношении существования и объема инвестиций имел место в решении арбитража МЦУИС в деле *Wena Hotels Ltd v. Arab Republic of Egypt (Вена Хотельз Лтд против Арабской республики Египет)*.

Компания “Вена” (далее – Вена) утверждала, что Египет нарушил несколько положений британско-египетского двухстороннего инвестиционного договора, когда государственная компания “Египетская гостиничная компания” (далее – ЕГК) присвоила два отеля (“Люксор отель” и “Нил отель”), которые были предметом двух отдельных договоров аренды между Вена и ЕГК. В соответствии с положениями инвестиционного договора Вена решила предъявить свои вытекающие из договора иски требования в международный арбитраж, созданный в соответствии с Вашингтонской конвенцией.

Договоры (контракты) аренды между Вена и ЕГК предусматривали, что споры между сторонами должны передаваться арбитражу *ad hoc* в Каире.

После присвоения отелей, 2 декабря 1993 г., Вена предъявила в арбитраж контрактный иск против ЕГК в связи с нарушением договора аренды “Нил отеля”. Компании “Вена” были присуждены 1,5 миллиона египетских фунтов в качестве возмещения вреда за присвоение “Нил отеля”; однако

данный арбитраж *ad hoc* одновременно приказал Вена передать отель ЕГК в связи с нарушением договора аренды уже с ее стороны. Вена продолжала управлять “Нил отелем” до 1995 года, когда он был изъят в соответствии с решением арбитража.

Вена подала в арбитраж аналогичный контрактный иск против ЕГК в отношении аренды “Люксор отеля” 12 января 1994 г. Второй арбитраж *ad hoc* также вынес решение в пользу Вена и присудил ей 9,06 миллиона египетских фунтов в качестве возмещения вреда и также приказал Вена передать отель ЕГК. Решение было впоследствии отменено Апелляционным судом Каира. Вена сохраняла свое владение до 1999 года, когда “Люксор отель” был подвергнут процедуре судебного управления в связи с неуплатой Вена арендной платы.

Арбитраж МЦУИС при разрешении дела по существу не учел выводы созданных в соответствии с контрактами арбитражей. Это рассматривалось как одно из возможных оснований для отмены решений, на которой настаивал Египет при последующих процедурах обжалования. Комитет *ad hoc* МЦУИС полностью оставил в силе решение арбитража и подтвердил правильность игнорирования предшествующих решений арбитражей по следующим причинам:

“В споре, рассматриваемом арбитражем, были другие стороны, а именно инвестор и государство Египет, и он касался предмета, полностью отличного от коммерческих вопросов договоров аренды...”¹⁰.

“Аренда касается отношений, которые по определению являются коммерческими. [Двухсторонний инвестиционный договор] касается отношений, по существу являющихся публичными, а именно стандартов поведения государства по отношению к иностранным инвесторам”¹¹.

¹⁰ (Decision on Annulment, 5 February 2002) Case No. ARB/98/4, 6 ICSID Rep. 129, para. 29.

¹¹ Там же, para. 31.

Простая дихотомия “коммерческих” отношений и отношений “из двухстороннего инвестиционного договора” является неточным упрощением. Арбитражные разбирательства, осуществляемые в соответствии с контрактами, и разбирательство, осуществляемое в соответствии с инвестиционным договором, не имели “полностью различных” предметов, а касались абсолютно одной и той же вещи, а именно инвестиций Вена в Египте. Данные инвестиции имели форму владения двумя отелями на правах аренды. Если бы Вена нарушила свои обязательства в соответствии с договорами аренды таким образом, что Египет получил бы право расторгнуть договоры аренды в соответствии с действующим правом, тогда уже не существовало бы никаких инвестиций, которые можно было бы экспроприировать. На данный довод Египта арбитраж ответил неясной формулировкой: “...в данном процессе достаточно признать, что, как соглашаются обе стороны, имелись серьезные разногласия между Вена и ЕГК по поводу их соответствующих обязательств в соответствии с договорами аренды”. Но этого было совсем не достаточно. Арбитражный суд должен был исследовать существование и объект инвестиций Вена в соответствии с договорами аренды на момент присвоения отелей. При исследовании данного вопроса арбитраж должен был рассмотреть решения арбитражей, созданных в соответствии с контрактами, или сделать собственные выводы по поводу существования и объекта инвестиций Вена в соответствии с правом, регулирующим договоры аренды. И арбитраж МЦУИС, и Комитет *ad hoc* МЦУИС не признали значимость договоров аренды, заключенных в соответствии с египетским правом, для решения вопроса

об ответственности Египта в соответствии с двухсторонним инвестиционным договором, хотя договоры аренды являлись единственным правовым основанием существования инвестиций Вена. Однако арбитраж МЦУИС и Комитет *ad hoc* МЦУИС признали значимость договоров аренды для однозначного установления юрисдикции арбитража и решения вопроса об убытках, вытекающих из существенного нарушения Египтом двухстороннего инвестиционного договора. По первому вопросу Комитет *ad hoc* МЦУИС установил: “Комитет, конечно, не может не учитывать, что есть связь между договорами аренды и [двухсторонним инвестиционным договором], так как предполагалось, что договоры аренды, будучи материализацией инвестиций, будут действовать под защитой [двухстороннего инвестиционного договора]. Но это всего лишь предпосылка применения [двухстороннего инвестиционного договора]”¹².

Таким образом, Комитет *ad hoc* МЦУИС фактически признал, что реальное существование договоров аренды является основанием титула Вена как полноправного инвестора в соответствии с условиями двухстороннего инвестиционного договора, но значение этих договоров этим ограничивается и они упоминаются только в той части решения, которая касается цены иска, после вопроса определения ответственности. Рассматривая предыдущее получение Вена возмещения убытков в проводимых в соответствии с контрактом арбитражных разбирательствах относительно “Нил отель”, Комитет *ad hoc* МЦУИС пересмотрел свою предшествующую позицию относительно значения договоров аренды: “Данное дело представляет собой пример, когда становится значимой связь между двумя спорами. Окончательная цель притязаний, удовлетворения кото-

рых добивается Вена, – получить возмещение потерь. В той мере, в которой притязания частично были удовлетворены внутренним арбитражем, данный арбитраж при присуждении убытков в соответствии с [двухсторонним инвестиционным договором] учел данное частичное возмещение, чтобы предотвратить повторное возмещение убытков в пользу инвестора. Это все равно два отдельных спора, но их конечный результат – возмещение инвестору за правонарушения, которые нанесли вред его бизнесу”¹³.

Таким образом, арбитраж и Комитет *ad hoc* МЦУИС были готовы признать решение по поводу “Нил отеля” в части возмещения убытков, но не вывод арбитража *ad hoc* о том, что договор аренды был правомерно расторгнут.

Арбитраж МЦУИС в деле *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (Мухали Интернэйшнл Корпорэйшн против Демократической Социалистической Республики Шри-Ланка)*, кажется, пришел к верному выводу об отсутствии у него юрисдикции *ratione materiae*, но его аргументация не вполне убедительна. Проблема началась с квалификации арбитражем вопроса о том, охватывает ли определение “инвестиции” прединвестиционные расходы. Данная формулировка указывает на спорность вопроса о том, когда осуществление инвестиций считается завершенным. Затраты на инвестиционный проект в принимающем государстве становятся инвестициями тогда и только тогда, когда инвестор в результате получает правовой интерес, который подпадает под определение инвестиций в соответствующем двухстороннем инвестиционном договоре. Данный правовой интерес должен быть приобретен в соответствии с *lex situs*.

В противоречие с данными принципами арбитраж поставил целью исследовать “источники международного права”, чтобы определить, могут ли “в обстоятельствах данного дела доинвестиционные и связанные с развитием расходы автоматически быть признаны “инвестициями”. Арбитраж не анализировал различные документы, связанные с отношениями между предполагаемым инвестором и властями Шри-Ланки, с целью определить, возник ли в результате данных сделок в соответствии с правом Шри-Ланки имущественный интерес, подпадающий под определение инвестиций, данное в двухстороннем инвестиционном договоре между США и Шри-Ланкой (это ключевое положение двухстороннего инвестиционного договора даже не было процитировано в решении). Тем не менее арбитраж исследовал три относящихся к делу документа (письмо о намерениях, письмо о соглашении и письмо о пролонгации) и установил, что ни одно из них не создавало каких-либо договорных обязательств в отношении строительства, владения и эксплуатации электростанции. Это заключение кажется правильным, так как в документах имелись положения о том, что требуется заключить окончательный договор. Но данное интуитивное предположение не было проверено с точки зрения права Шри-Ланки или какого-либо другого права. Единственный вопрос, который арбитраж должен был исследовать, касался того, признавал ли правопорядок Шри-Ланки каким-либо образом субъективное право предполагаемого инвестора на строящуюся электростанцию, основанное на сделках сторон, и можно ли инвестора соответственно охарактеризовать как “имеющего любое субъективное право в соответствии с договорным правом” для целей статьи I(i)(a)(v)

¹² (Decision on Annulment, 5 February 2002) Case No. ARB/98/4, 6 ICSID Rep. 129, para. 35.

¹³ (Decision on Annulment, 5 February 2002) Case No. ARB/98/4, 6 ICSID Rep. 129, para. 49.

двухстороннего инвестиционного договора между США и Шри-Ланкой. Данный вопрос не был поднят ни арбитражем, ни сторонами.

Арбитраж МЦУИС в деле *Marvin Feldman v. Mexico (Марвин Фельдман против Мексики)* также противился применению национального права принимающего государства к вопросам, относящимся к инвестициям истца. Гражданин США, г-н Фельдман, владел мексиканским предприятием “СЕМСА”, специализирующемся на экспорте. Значительная часть деятельности “СЕМСА” заключалась в закупке сигарет в Мексике у оптовых поставщиков и их перепродаже в третьих странах. Мексика облагала налогами производство и продажу сигарет на внутреннем рынке, но в некоторых случаях применяла нулевую ставку налога к экспортируемым сигаретам. В 1991 году Мексика приняла новое законодательство с целью обеспечить, чтобы на применение нулевой ставки имели право только производители-экспортеры мексиканских сигарет, а не экспортеры-посредники типа “СЕМСА”. Это законодательство было обжаловано как нарушающее принцип “равенства налогоплательщиков” и потом было изменено таким образом, что нулевая ставка применялась ко всем экспортерам сигарет. Данное налоговое законодательство (далее – Налоговое законодательство) не менялось в период между 1992 и 1997 годами, который соответствовал выдвинутому Фельдманом требованиям.

Нулевая ставка применялась в качестве налоговой скидки, применяемой на основании заявления экспортеров сигарет. Производители сигарет изначально платили 85-процентный налог на производство сигарет, который перекладывался на покупателей путем его включения в покупную цену сигарет. Налоговое законодательство пред-

усматривало, что налог на производство сигарет должен быть указан “прямо и отдельной строкой в счетах-фактурах”, чтобы экспортеры могли претендовать на налоговую скидку. Последствием требования о счете-фактуре, которое имелось в Налоговом законодательстве с самого начала, было применение различных налоговых ставок к экспорту сигарет со стороны производителей и посредников, несмотря на изменение законодательства 1992 года. Тем не менее налоговая дискриминация на данном основании соответствует международной практике; арбитраж отметил, что это было “рациональной налоговой политикой и разумным правовым требованием” и само по себе не могло представлять собой нарушение международного права.

Поскольку “СЕМСА” покупала сигареты по цене, в которую был включен налог на производство сигарет, у оптовых распространителей, а не у производителей, то налог отдельно не указывался в счете-фактуре. Следовательно, в соответствии с налоговым режимом Налогового законодательства “СЕМСА” не имела права на налоговую скидку. Тем не менее фирме “СЕМСА” предоставлялись налоговые скидки в течение шестнадцати месяцев в 1996-м и 1997 годах.

Фельдман утверждал, что отказ Мексики в предоставлении налоговых скидок на экспортируемые “СЕМСА” сигареты представлял собой экспроприацию в соответствии со статьей 1110 Договора НАФТА. При анализе данного иска арбитраж МЦУИС установил, что Налоговое законодательство не предоставляло “СЕМСА” права экспортировать сигареты и что ни обычное международное право, ни Договор НАФТА не требовали этого от Мексики. Более того, как указал арбитраж, инвестиции Фельдмана, состоявшие в специализирующемся на экспорте предприятии “СЕМСА”,

оставались под полным контролем Фельдмана. И наконец, арбитраж отметил, что прибыльность основанного на “сером рынке” экспортного бизнеса Фельдмана (“СЕМСА” не была уполномоченным в Мексике посредником по продаже сигарет) полностью зависела от предоставления налоговой скидки, так как иначе совокупная налоговая нагрузка на “СЕМСА”, состоящая из мексиканского налога на производство и акцизов импортирующего государства, привела бы к вытеснению “СЕМСА” с рынка из-за слишком высокой цены перепродаваемых ею сигарет. Иск, в основании которого лежал довод об экспроприации, был отклонен арбитражем.

Фельдман также сослался на статью 1102 Договора НАФТА, утверждая, что, несмотря на требование Налогового законодательства о счете-фактуре, определенные мексиканские посредники получали налоговую скидку от мексиканских властей в различные периоды времени, когда “СЕМСА” было отказано в предоставлении скидки, и что это представляло собой нарушение Мексикой правила о предоставлении “СЕМСА” национального режима.

Арбитраж установил, что: (i) для целей исследования действительного предоставления национального режима имеется только одна мексиканская компания, находившаяся в сходных с “СЕМСА” условиях (“Поблано Групп”); (ii) “Поблано Групп” предоставлялись налоговые скидки в тот период, когда “СЕМСА” в них было отказано; (iii) “СЕМСА” была подвергнута аудиту со стороны мексиканских налоговых властей, и ей было предписано вернуть полученные ею скидки, в то время как нет ясных свидетельств о проведении аналогичного аудита в отношении “Поблано

Групп”; и (iv) данная дискриминация была следствием гражданства Фельдмана. Большинство голосов арбитража МЦУИС пришел к заключению, что Мексика нарушила статью 1102 Договора НАФТА.

Основным вопросом рассмотрения в особом мнении, приложенном к решению по делу *Марвин Фельдман против Мексики*, было то, что заключение большинства состава арбитража о наличии дискриминации не было подкреплено доказательствами. Мы оставим данное разногласие в стороне. Нижеследующий анализ вместо этого исследует противоречие между выводами арбитража по поводу природы инвестиций при рассмотрении вытекающего из экспроприации иска и заключением большинства состава арбитража о национальном режиме.

В отношении инвестиций Фельдмана арбитраж установил:

“Единственным значительным активом, составляющим инвестиции в виде предприятия “СЕМСА”, является предполагаемое право данного предприятия на получение налоговых скидок на экспорт сигарет и доход от этого бизнеса”¹⁴.

Тем не менее арбитраж установил: “Истец никогда не имел “права” на получение налоговых скидок на экспорт сигарет...”¹⁵.

Следовательно, право на получение налоговой скидки на экспорт сигарет не фигурировало в совокупности прав, составляющих инвестиции Фельдмана в “СЕМСА” в соответствии с мексиканским правом. Так как Мексика не могла экспроприировать то, что никогда не принадлежало инвестору, арбитраж правомерно отклонил требование Фельдмана, основанное на статье 1110 Договора НАФТА. Но арбитры не должны были игнорировать проведенный арбитражем анализ природы инвестиций Фельдмана при рас-

¹⁴ (Award, 16 December 2002) Case No. ARB (AF)/99/1, (2003) 42 ILM 625, para. 118.

¹⁵ Там же.

смотрении национального режима в соответствии со статьей 1102 Договора НАФТА. Существо жалобы Фельдмана состояло в том, что его *инвестиции*, “СЕМСА”, были дискриминированы по сравнению с инвестициями мексиканских инвесторов.

Если инвестиции Фельдмана в “СЕМСА” не включали прав на получение налоговых скидок и тем не менее их получение имело решающее значение для коммерческой жизнеспособности “СЕМСА” как экспортера сигарет (и, естественно, являлось единственным активом “СЕМСА”, о наличии которого утверждал истец), то трудно понять, каким образом нерегулярное предоставление Мексикой налоговых скидок мексиканскому посреднику по продаже сигарет представляло собой дискриминацию по отношению к *инвестициям* Фельдмана.

Озабоченность также возникает при рассмотрении того, как большинство арбитров оценило убытки, наличие которых вытекает из вывода о дискриминации. Большинство решило, что Фельдман через “СЕМСА” имел право на определенные налоговые скидки, в которых ему было отказано. Если обобщить данное заключение, то получится, что если налоговые власти неверно рассчитали размер налоговой ответственности X, в результате чего X получает выгоду, то Y, его конкурент, имеет право потребовать возмещения убытков на основании неполучения такой выгоды со своей стороны. Результатом решения большинства является, таким образом, принуждение Мексики нарушить свое собственное законодательство (к которому у арбитража не было претензий) и присуждение инвестору незаконной выгоды.

Если бы Фельдман действительно имел инвестиции в Мексике (то есть бизнес, жизнеспособность которого не зависит от неправильного применения законодательства Мексики) и если

бы было установлено, что Мексика регулярно нарушает свое собственное законодательство в интересах мексиканских конкурентов Фельдмана, находящихся в похожих обстоятельствах, то убытки требовалось бы исчислять исходя из вреда, нанесенного бизнесу Фельдмана такими нарушениями. Он мог бы, например, включать вред, представляющий собой потерю доли на рынке в результате конкурентного преимущества, приобретенного конкурентами Фельдмана.

D. Заключение по вопросу о применении материальном праве

Различные коллизийные нормы применяются к различным логическим стадиям рассмотрения иска, основанного на инвестиционном договоре. На первой стадии учрежденный на основании такого договора арбитраж должен решить, если это является предметом спора, существуют ли конкретные вещные права, которые составляют предполагаемые инвестиции, каков их объем и кому они принадлежат. Применительно к инвестициям, состоящим из прав собственности на вещи в принимающем государстве, коллизийная норма *lex situs* отсылает к национальному праву принимающего государства. Что же касается отличных от вещей объектов, то из требования об осуществлении инвестиций на территории принимающего государства следует, что лежащие в основе инвестиций права на эти объекты должны быть признаны национальным правом принимающего государства, как минимум в момент завершения осуществления инвестиций. Следовательно, требование наличия связи инвестиций с территорией также ведет к необходимости применения национального права принимающего государства к вопросам, связанным с правами на отличные от вещей объекты. На первой стадии анализа уч-

режденный на основании инвестиционного договора арбитраж должен также определить, представляют ли собой установленные в соответствии с национальным правом принимающего государства вещные права инвестиции согласно определению инвестиционного договора. Это вопрос толкования такого договора, который в конечном счете регулируется принципами международного права.

На второй логической стадии рассмотрения иска, основанного на инвестиционном договоре, поведение принимающего государства (якобы нанесшее вред инвестициям, как они определены на первой логической стадии) исследуется на основе минимальных стандартов, изложенных в договоре. Таким образом, такой договор, дополненный общими принципами международного права, является применимым правом на второй логической стадии.

Вопросы, относящиеся к лежащим в основе инвестиций вещным правам, могут иметь значение при установлении юрисдикции суда *ratione materiae*, ответственности и цены иска. Если, как оно часто происходит, учрежденный на основании инвестиционного договора арбитраж решит отдельно рассмотреть касающиеся юрисдикции разногласия сторон и существо иска инвестора, тогда могут возникнуть определенные проблемы, связанные со временем и координацией рассмотрения соответствующих вопросов. На стадии рассмотрения юрисдикционных вопросов инвестору достаточно продемонстрировать, что у него есть хотя бы одно вещное право, подпадающее под определение инвестиций. Созданный на основании инвестиционного договора арбитраж может отложить окончательное решение вопроса о конкретном объеме таких прав до рассмотрения дела по существу, и это благоразумно сделать, если заявления сторон обнаруживают сложные и спорные вопросы факта и права

по данному поводу. Однако арбитражу целесообразно определенно решить, соответствует ли доказанный *prima facie* правовой интерес, о наличии которого утверждает инвестор, определению инвестиций в соответствии с инвестиционным договором, потому что данный вопрос не будет рассматриваться снова на стадии рассмотрения существа дела и размера требований. С другой стороны, если юрисдикционные вопросы связаны с существом дела, то арбитражу целесообразно рассмотреть относящиеся к предполагаемым инвестициям вопросы как предварительные (а не как связанные с юрисдикцией или существом дела) в отдельной части решения.

Решение арбитража МЦУИС по делу *Technicas Medioambientales TECMED S.A. v. United Mexican States (Техникас Медиаамбиенталес ТЕКМЕД С.А. против Мексиканских Соединенных Штатов)* иллюстрирует предложенный подход к предварительным вопросам, относящимся к составляющим инвестиции вещным правам. Истцом была испанская материнская компания мексиканской компании “Текмед”, которая, в свою очередь, владела другой мексиканской компанией – “Ситрар”. На аукционе по продаже коммунальных сооружений, проводимом мексиканским муниципальным агентством “Промотора”, “Текмед” купила права на полигон для опасных промышленных отходов. Эти права впоследствии были переданы от “Текмед” к “Ситрар” с согласия соответствующего мексиканского органа власти “ИНЕ”. Когда “ИНЕ” выдала новую лицензию на функционирование полигона на имя “Ситрар”, то в ней было указано, что она действительна в течение года и подлежит возобновлению впоследствии ежегодно. Это отличалось от лицензии на эксплуатацию, которая была первоначально выдана “Текмед” без ограничения продолжительности.

Лицензия “Ситрар” была возобновлена после первого года. “ИНЕ” отказалась возобновлять ее впоследствии.

Основным доводом истца было то, что невозобновление лицензии “Ситрар” на эксплуатацию является экспроприацией инвестиций в соответствии с испано-мексиканским двухсторонним инвестиционным договором, так как привело к прекращению эксплуатации полигона со стороны “Ситрар”.

Если истец (через “Текмед” или “Ситрар”) приобрел составляющие инвестиции права, будучи осведомленным о положениях мексиканского права о выдаче лицензий на один год и возможности их прекращения после этого по усмотрению мексиканских властей, то сложно понять, каким образом использование Мексикой своих регулирующих полномочий может являться экспроприацией. Если же истец вместе с вещными правами на полигон приобрел определенные права на отличные от вещей объекты, включая право на требующиеся для эксплуатации полигона лицензии, то последующее вмешательство в права истца также может быть оправдано.

Истец предъявил иск на указанном основании, и арбитраж МЦУИС решил рассмотреть “цену и объем приобретения компаниями “Текмед” и “Ситрар” объектов, относящихся к полигону Лас Виборас”, в качестве “предварительного вопроса”. Далее последовало тщательное исследование арбитражем договорных документов, относящихся к приобретению полигона, чтобы установить, соответствовали ли предоставляемому “Текмед” встречному удовлетворению права на неимущественные объекты данного типа. На этот вопрос в конце концов был дан положительный ответ, и арбитраж в следующей, отдельной части решения, касающейся существа дела, сделал вывод, что Мексика использовала свои регулятивные полномочия

для отмены лицензии “Ситрар” (тем самым лишая “Ситрар” своего права на нее) таким образом, который не соответствует ее обязательствам из инвестиционного договора.

II. ПРАВО, ПРИМЕНИМОЕ К ПРОЦЕДУРЕ РАССМОТРЕНИЯ СПОРА МЕЖДУ ИНВЕСТОРОМ И ГОСУДАРСТВОМ

A. Введение

Национальная правовая система страны места арбитража в соответствии с международным правом может регулировать действительность и сферу арбитражного соглашения, процедуру арбитражных разбирательств и определять окончательную действительность арбитражного решения с учетом обязательств из международных договоров, которые связывают суверена соответствующей территории. Это лучше всего объяснимо с точки зрения международно-правовой юрисдикции государства в сфере гражданского судопроизводства, основанной на интересе страны суда в отношении предмета спора, вытекающем из соглашения сторон касательно конкретного места разбирательства. Международное право, регулирующее подсудность, признает соглашение сторон из соображений оптимизации осуществления международного правосудия, так как очень важно, чтобы определенная национально-правовая система была изначально установлена как обладающая преимущественным правом контроля в отношении процедуры международного арбитража. Наиболее важным и общепризнанным обязательством, связывающим суверена соответствующей территории, имеющего юрисдикцию над международной арбитражной процедурой, является статья II Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностран-

ных арбитражных решений, которая обязывает ее участников признавать арбитражные соглашения и воздерживаться от осуществления юрисдикции по поводу споров, охватываемых такими соглашениями.

Хотя концепция юрисдикции в международном праве в общем признает судебную компетенцию государства места арбитража, этот принцип имеет серьезное исключение в отношении арбитражных разбирательств с участием государств. В той мере, в какой арбитражные разбирательства с участием государств регулируются международным публичным правом, данные разбирательства и выносимые в результате них решения основываются и регулируются только международным правопорядком и не подпадают под действие национальной правовой системы страны арбитражного разбирательства или какой-либо иной. Из отсутствия юрисдикции суверена определенной территории над арбитражными разбирательствами, регулируемые международным публичным правом, следует принцип, что международная ответственность суверена определенной территории не может иметь в своей основе какой-либо аспект данных разбирательств.

Феномен исключения арбитражных разбирательств из сферы действия национальной правовой системы страны места арбитража является следствием предписания международного права, и поэтому его надо отличать от ситуаций, когда национальная правовая система добровольно отказывается или ограничивает свои судебные или надзорные полномочия по отношению к международным коммерческим арбитражным разбирательствам, проводимым под ее юрисдикцией. Конечно, сейчас в национальных законах о международном арбитраже имеет место общая тенденция к сокращению полномочий национальных судов места арбитража в отношении толкования,

оценки действительности арбитражных соглашений, регулирования процедуры арбитража и определения окончательной действительности арбитражного решения. Феномен исключения в соответствии с международным правом надо также отличать от случаев “оторванных от места арбитражных решений”, спор по поводу которых, в сущности, касается возможности того, что действия национальных судов в соответствии с *lex loci arbitri* в отношении процедуры арбитража и арбитражного решения могут быть не признаны национальной правовой системой третьего государства для целей исполнения данного решения.

Исключение судебной компетенции государств в отношении проводимых на их территории арбитражных разбирательств в соответствии с международным правом, как было сказано, имеет место *только в той мере*, в какой арбитражные разбирательства с участием государств регулируются международным публичным правом. Общеизвестно, что арбитражные разбирательства между государствами всегда регулируются международным публичным правом в соответствии с действующим *a priori* правилом, но сомнительно, что данное правило всегда действует. Государства свободны заключать между собой сделки на коммерческой основе (например, по поводу поставки товаров для граждан) и при этом подчинять свой договор национальной правовой системе или *lex mercatoria* и передавать вытекающие из договора споры в арбитраж. В таком случае в принципе нет основания полагать, что международное публичное право будет регулировать арбитражные разбирательства только потому, что обеими их сторонами являются суверенные государства. Соответственно, является очевидным, что право, применимое к арбитражным разбирательствам с участием

государств, может в определенной мере зависеть от предмета спора, характеристик арбитражного соглашения или компромисса.

Объем регулирования международным публичным правом арбитражных разбирательств можно в конце концов свести к существованию международного обязательства национального суда уважать прямо выраженный или подразумеваемый выбор сторонами разбирательства международного публичного права в качестве применимого права и вытекающие из такого выбора последствия (например, невмешательство в процесс арбитражных разбирательств). Ввиду той огромной свободы, которую национальные законы о международном арбитраже часто предоставляют арбитражам в сфере установления собственной процедуры, выбор сторонами международного публичного права в качестве регулирующего их арбитражные разбирательства или вывод арбитража о регулировании арбитражных разбирательств международным публичным правом, скорее всего, будет незначительно влиять или вообще не будет влиять на проведение арбитражных разбирательств или вынесение решения, пока одна из сторон не использует наличие юрисдикции национального суда в отношении данных разбирательств. *Обязан ли национальный суд в соответствии с международным правом отклонять в данном случае свою юрисдикцию?*

Одним из источников обязанности национального суда воздерживаться от осуществления юрисдикции в отношении арбитражных разбирательств с участием государства может быть участие в договоре о разрешении споров. Например, статья 54 Вашингтонской конвенции предусматривает: «Каждое договаривающееся государство признает вынесенное в соответствии с данной Конвенцией решение в качестве обязательного и приводит

в исполнение решение о денежных взысканиях на своей территории, как если бы это было окончательное решение суда данного государства». Следовательно, национальный суд договаривающегося государства обязан признать окончательность арбитражного решения, если сторона проводимого в соответствии с Вашингтонской конвенцией арбитражного разбирательства пытается получить другое судебное решение по тем же требованиям и на тех же основаниях. С другой стороны, если инвестор обращается в национальный суд государства, не являющегося участником Вашингтонской конвенции, то суд не будет обязан в соответствии с международным договором или обычным правом отказаться от своей юрисдикции в отношении существа дела.

Именно такая ситуация возникла в связи с делом *Dallal v. Bank Mellat* (*Даллал против Банка Меллат*), рассмотренным Трибуналом по Ирано-Американским спорам, где американский истец инициировал производство в английском суде после того, как решением арбитража ему было отказано в удовлетворении его требований. Так как Соединенное Королевство не является участником Алжирских соглашений, создавших Трибунал по Ирано-Американским Спорам, то его суды не связаны обязательствами в отношении признания окончательности вынесенных в соответствии с ними арбитражных решений. Более того, английский суд выразил мнение, что Нью-Йоркская конвенция неприменима к решениям данного арбитража. Тем не менее он признал это решение на основании принципов международной вежливости и юрисдикции английского суда в отношении предотвращения процессуальных злоупотреблений. Однако на английском суде не лежала международно-правовая обязанность делать это.

Менее специфическим источником международных обязательств, урезающих юрисдикцию национальных судов в отношении арбитражных разбирательств с участием государств, является право суверенного судебного иммунитета, имеющееся в обычном международном праве или международных договорах и национальных законах, вводящих в действие данные международные правила.

В. Суверенный судебный иммунитет и арбитражные разбирательства с участием государств как таковые

Если государство суда придерживается теории абсолютного суверенного иммунитета, тогда статус ответчика как суверенного государства будет достаточным для того, чтобы национальный суд не признал свою юрисдикцию. Однако применение теории ограниченного суверенного иммунитета требует от национального суда рассмотреть характер предмета спора. Вопрос сводится к тому, вытекает ли лежащее в основе спора правоотношение из действий *jure imperii* (действий суверенной власти), к которым применяется суверенный иммунитет, или из актов *jure gestionis* (актов частного или коммерческого характера), к которым он не применяется.

Значит, суверенный иммунитет должен применяться к арбитражным разбирательствам между государствами, касающимся разногласий, вытекающих из существующих между суверенными государствами правоотношений, таких как споры о дипломатических иммунитетах, иски о дипломатической защите, территориальные споры. Следовательно, правом, применимым к процедуре таких арбитражных разбирательств, должно быть международное публичное право.

Можно предположить, что будут редки случаи, когда *lex arbitri* межгосударственных арбитражных разбира-

тельств будет отличным от международного публичного права. Следовательно, критерий определения применимого процессуального права приобретает более важное функциональное значение в случае смешанных арбитражных разбирательств между государствами и частными субъектами.

Стало уже традиционным при обсуждении вопросов процессуального права, применимого к смешанным арбитражным разбирательствам, упоминать крупнейшие «нефтяные» арбитражные разбирательства *ad hoc* с участием государств Ближнего Востока и западных нефтяных компаний, включая: *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co.* («*ARAMCO*») (*Саудовская Аравия против Арабиан Американ Ойл Ко.* («*АРАМКО*»), *Sapphire International Petroleum v. National Iranian Oil Co.* (*Сапфире Интернэйшнл Петролеумс против Нэйшнл Ираниан Ойл Ко.*), *British Petroleum Exploration Co. v. Libyan Arab Republic* (*Бритиш Петролеум Эксплорэйшн Ко. против Ливийской Арабской Республики*), *Texaco Overseas Petroleum & California Asiatic Oil Co. v. Libya* (*ТОПКО*) (*Тексако Оверсис Петролеум и Калифорния Азиатик Ойл Ко. против Ливии* («*ТОПКО*»), *Libyan American Oil Co. v. Libyan Arab Republic* («*ЛИАМКО*») (*Либан Американ Ойл Ко. против Ливийской Арабской Республики* («*ЛИАМКО*»). Сейчас нецелесообразно проводить еще один подробный анализ данных арбитражных решений, но будет полезно вывести из них ряд принципов, важных для настоящей работы.

Арбитраж, рассматривавший дело «*АРАМКО*», вынесший свое решение на территории Швейцарии, решил, что арбитражные разбирательства между частным субъектом и суверенным государством регулируются международным правом, а не швейцарским правом как *lex loci arbitri*, в отличие

от судебного иммунитета Саудовской Аравии перед швейцарскими судами:

“Судебный иммунитет государств... исключает возможность судебных властей государства места арбитража использовать их право надзора и вмешательства в арбитражные разбирательства, которое они имеют в определенных случаях...”

Рассматривая судебный иммунитет иностранных государств, признанный международным правом, в духе уважения неотъемлемого достоинства суверенной власти, арбитраж не может считать, что арбитражные разбирательства с участием суверенного государства могут регулироваться правом другого государства¹⁶.

Следовательно, данный прецедент явно следует предложенному подходу, считающему основным критерием применения международного публичного права к арбитражной процедуре наличие юрисдикции или ее отсутствие в связи с суверенным иммунитетом. Решение арбитража *ad hoc* применять международное право, кажется, является следствием склонения арбитража к доктрине абсолютного суверенного иммунитета, несмотря на то, что Швейцария в то время признавала доктрину ограниченного суверенного иммунитета:

“Это верно, что судебная практика швейцарских судов ограничительно толкует судебный иммунитет государств и не защищает этот иммунитет в спорах частного характера, когда правоотношения между сторонами возникли или обязательства должны быть исполнены в Швейцарии. Тем не менее арбитраж должен учесть данный иммунитет при определении применимого к арбитражным разбирательствам права, которые окончатся вынесением решения только по вопросу о признании права. Соглашаясь установить место арбитража в Швейцарии, иностранное государство – участник разбирательства не должно считать-

ся отказавшимся от своего судебного иммунитета в случае споров, касающихся реализации самого арбитражного соглашения”¹⁷.

Хотя подход арбитража к данной проблеме в деле “АРАМКО” является верным, однако есть основания сомневаться в том, что изучение практики государств в отношении суверенного иммунитета сегодня приведет к тому же самому результату. 15 лет спустя судья Лагергрэн, единоличный арбитр в деле *БП против Ливии*, сделал подробную ссылку на арбитражное решение по делу “АРАМКО”, не смог “разделить взгляда, что применение национального процессуального права к такого рода арбитражным разбирательствам нарушит привилегии государства – стороны разбирательства, которые последнее может иметь в соответствии со своим суверенным статусом”. Соответственно, по мнению судьи Лагергрэна, доктрина ограниченного суверенного иммунитета более полно отражает обычное международное право, и у него не было колебаний в связи с применением к арбитражным разбирательствам датского права как *lex loci arbitri*, а не международного публичного права.

После дела *БП против Ливии* маятник опять качнулся в сторону применения международного процессуального права в деле “ТОПКО”, рассмотренном единоличным арбитром Дупуи, который был под впечатлением рассмотрения проблемы суверенного иммунитета в деле “АРАМКО”. Этот арбитр поддержал выбор международного права как права, регулирующего процедуру, ссылаясь на факт назначения его арбитром президентом Международного суда правосудия и на то, что стороны арбитражного разбирательства не сделали возражений в связи с его формулировкой правил про-

¹⁶ (1958) 27 ILR 117, 155-6.

¹⁷ (1958) 27 ILR 117, 156.

цедуры как исключających применение *lex loci arbitri*. Тем не менее проведенный Дупуи анализ процессуального права не касается ключевого вопроса об обязанности судов по месту арбитража воздерживаться от осуществления юрисдикции в отношении арбитражных разбирательств.

Ситуация в деле “ЛИАМКО” представляется более интересной, так как вынесенное единоличным арбитром Махмассани решение фигурировало в исполнительных производствах в национальных судах нескольких стран. Махмассани по-другому определил *lex arbitri*, прямо установив, что местом арбитража является Женева. Но в то же время он указал, что он “будет в максимальной степени руководствоваться общими принципами, содержащимися в проекте Конвенции об арбитражной процедуре, разработанном Комиссией по международному праву ООН в 1958 году”. Большинство комментаторов истолковало эти замечания как указывающие на применение ненационального, или международно-го, права. Бесплезность исследования арбитражем абстрактного вопроса определения применимого к своим разбирательствам процессуального права может быть прекрасно продемонстрирована тем, что суды Швейцарии, США, Франции и Швеции тем не менее исходили из того, что арбитражное разбирательство регулировалось швейцарским правом как *lex loci arbitri*.

С. Суверенный иммунитет и арбитражное разбирательство из инвестиционного договора

Надо начать с разграничения арбитражных разбирательств в рамках МЦУИС, которые регулируются автономными процессуальными правилами, установленными международным договором, и других типов арбитражных разбирательств из инвестици-

онных договоров. В случае арбитражных разбирательств МЦУИС национальные суды договаривающихся государств, участвующих в Вашингтонской конвенции, обязаны воздерживаться от осуществления юрисдикции по поводу толкования арбитражного соглашения, арбитражной процедуры, обжалования и приведения в исполнение арбитражного решения. Следовательно, отсутствуют отношения, к которым можно было бы применить *lex loci arbitri*, так как содержащиеся в Вашингтонской конвенции процедурные правила и другие “базовые документы”, изданные МЦУИС, создавались как автономная система с внутренним контрольным механизмом, который исполняет функцию национальных судов по месту арбитражного разбирательства и приведения решения в исполнение.

Что касается арбитражных разбирательств из инвестиционных договоров, проводимых вне сферы действия Вашингтонской конвенции, коллизонная норма в отношении процедурных вопросов определяется исходя из того, может ли государство – участник инвестиционного договора ожидать от национальных судов по месту проведения арбитражных разбирательств предоставления судебного иммунитета в отношении проведения данных разбирательств или действительности вынесенного в их результате решения. Если государство – сторона разбирательства имеет такое право в соответствии с международным правом, а национальный суд – корреспондирующую этому праву обязанность, то тогда существует твердая презумпция, что арбитражное разбирательство будет регулироваться международным правом и, таким образом, будет исключено из сферы действия *lex loci arbitri*.

В соответствии с господствующей в литературе точкой зрения, основанной на тенденциях практики государств, мы будем исходить из того, что доктрина ограниченного суверенного

иммунитета отражает современное состояние обычного международного права. Наиболее четкое изложение доктрины ограниченного суверенного иммунитета применительно к арбитражным разбирательствам можно найти в статье 12 Европейской конвенции о государственном иммунитете:

“1. Если договаривающееся государство в письменной форме согласилось передать в арбитраж спор, который возник или может возникнуть в связи с гражданскими или коммерческими отношениями, данное государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции суда другого договаривающегося государства, на территории или в соответствии с правом которого арбитражные разбирательства имели место или будут иметь место, в судебных процессах, касающихся:

- (а) действительности или толкования арбитражного соглашения;
 - (б) арбитражной процедуры;
 - (с) отмены арбитражного решения;
- если арбитражное соглашение не предусматривает иного.

2. Параграф 1 не применяется к арбитражному соглашению между государствами”¹⁸.

При применении отраженных в процитированном документе принципов к арбитражным разбирательствам из инвестиционных договоров сначала надо предупредить и отвергнуть довод о том, что арбитражные разбирательства из инвестиционных договоров являются следствием “арбитражного соглашения между государствами” для целей статьи 12(2) Европейской конвенции о государственном иммунитете. Ссылка на возможность рассмотрения споров между инвестором и принимающим государством в арбитраже, обычная для многих инвестиционных договоров, является предложением (офертой) арбитражного разбирательства спора, а не соглашением о нем. Соглашение об арбитражном разбира-

тельстве заключается путем направления инвестором извещения об арбитражном разбирательстве спора, и при таком положении дел именно принимающее государство и инвестор участвуют в данном соглашении, а не два государства – участника инвестиционного договора. В качестве следующего предварительного замечания следует отметить, что ни сами инвестиционные договоры, ни арбитражные соглашения, заключенные путем акцепта инвестором оферты государства об арбитражном рассмотрении спора, не содержат прямо выраженных положений о суверенном иммунитете. Следовательно, ключевым вопросом, к которому требуется обратиться в соответствии со статьей 12(1) Европейской конвенции, является вопрос о том, можно ли арбитражные разбирательства из инвестиционных договоров охарактеризовать как споры, “возникающие в связи с гражданскими или коммерческими отношениями”.

Д. Практика государственных судов по вопросам, связанным с правовой природой арбитражных разбирательств из инвестиционных договоров

Уже имеется достаточная практика государств, выраженная в текстах инвестиционных договоров и решениях национальных судов, для того чтобы сделать заключение, что инвестиционные споры должны рассматриваться как “возникающие в связи с гражданскими или коммерческими отношениями” для целей права, регулирующего суверенный иммунитет. Из нижеследующего обзора практики государственных судов становится ясно, что в основном составителей инвестиционных договоров волновала характеристика юридической силы выносимых в результате инвестиционных

¹⁸ Европейская конвенция о государственном иммунитете (1972) ETS No 74.

споров арбитражных решений для целей их обжалования и приведения в исполнение. Будет абсолютно правомерно вывести из приведенного выше определения общую характеристику споров из инвестиционных договоров как носящих “частный или коммерческий”, а не “международно-правовой” характер, так как характеристика арбитражных разбирательств не может варьироваться на различных стадиях процесса. Таким образом, например, арбитражное разбирательство из инвестиционного договора не может быть охарактеризовано как международно-правовая процедура, исключенная из сферы влияния *lex loci arbitri* для целей обеспечения иска, и в то же время может считаться возникающим в связи с гражданскими или коммерческими отношениями и, таким образом, подпадающим под сферу действия режимов приведения в исполнение, действующих для иностранных арбитражных решений.

Начиная с соответствующих положений инвестиционных договоров, касающихся приведения в исполнение вынесенных в соответствии с ними арбитражных решений, статья 1136(7) Договора НАФТА предусматривает, что иск в соответствии с главой II “считается вытекающим из коммерческих отношений или сделки для целей статьи I Нью-Йоркской конвенции и статьи 1 Межамериканской конвенции”. Почти идентичное положение содержится в статье 26(5)(b) Договора к Энергетической хартии и в нескольких модельных двухсторонних инвестиционных договорах. Иным свидетельством того, что Нью-Йоркская конвенция применяется к вынесенным в соответствии с инвестиционными договорами арбитражным решениям, является общее положение в двухсторонних инвестиционных договорах о том, что соглашение инвестора и принимающего государства и пере-

дача ими спора на рассмотрение международного арбитража удовлетворяет требованию статьи II Нью-Йоркской конвенции о наличии “письменного соглашения”, или что арбитражные разбирательства должны быть проведены в государстве – участнике Нью-Йоркской конвенции.

В настоящее время имеется четыре решения национальных судов, касающихся обжалования вынесенных в соответствии с инвестиционными договорами арбитражных решений. Первым было решение Верховного Суда Британской Колумбии (Канада) в деле *United Mexican States v. Metalclad Corporation (Мексиканские Соединенные Штаты против Металклад Корпорэйшн)*. Предварительный вопрос возник в отношении законодательной основы осуществляемой судом проверки арбитражного решения ввиду неопределенности того, применяется ли канадский Закон о международном коммерческом арбитраже или же канадский Закон о коммерческом арбитраже. Подразумеваемой причиной долгих прений сторон по данному вопросу были более широкие пределы проверки, осуществляемой в соответствии с Законом о коммерческом арбитраже, которая распространялась также на исследование вопросов права. Верховный Суд Британской Колумбии решил, что арбитражное решение НАФТА было результатом “коммерческого арбитража” для целей Закона о международном коммерческом арбитраже, так как оно соответствует следующему определению, содержащемуся в статье 1(6) этого Закона:

“Арбитражные разбирательства носят коммерческий характер, если они вытекают из правоотношений коммерческого характера, например из инвестиций”¹⁹.

¹⁹ (Judgment, 2 May 2001) (2001 BCSC 664), 5 ICSID Rep. 236, para. 41.

В данном случае пересмотр арбитражного решения НАФТА в отношении вопросов права допущен не был.

Мексика утверждала, что спор с Металклад в действительности возник из “отношений государственного регулирования”, так как главный вопрос, которого касалось арбитражное решение НАФТА, относился к бюрократическим препятствиям, мешающим Металклад получить разрешение государства на строительство полигона для опасных отходов и таким образом развивать свои инвестиции. Мексика также использовала терминологию “деривативной” теории исков из инвестиционных договоров, утверждая, что с точки зрения процесса истцы были “представителями” своих государств и использовали имеющиеся у последних права. Канадский суд отклонил данный довод, и его оценка природы правоотношений между принимающим государством и инвестором заслуживает полной цитаты:

“Действительно, спор между Металклад и муниципалитетом возник из-за попыток муниципалитета осуществлять регулируемую функцию. Однако первичное правоотношение между Металклад и муниципалитетом касалось инвестиций и осуществление регулирующей функции было идентично с данным первичным правоотношением. Арбитражное разбирательство не возникло из соглашения между Металклад и муниципалитетом в связи с вопросами публично-правового регулирования. Наоборот, арбитражные разбирательства имели место между Металклад и Мексикой в соответствии с соглашением, регулирующим поведение государства по отношению к инвесторам²⁰.”

Кроме того, следует помнить, что Металклад имел право подавать иск против Мексики путем инициирования арбитражных разбирательств в соответствии с главой II, потому что он осуществлял

инвестиции в Мексику. Если бы Металклад не рассматривался как осуществляющий инвестиции в Мексику, то арбитражное разбирательство не могло бы иметь места²¹.

Мы смеем утверждать, что канадский суд правильно выделил коммерческий характер первичных правоотношений между инвестором и принимающим государством. Если логически развить утверждение Мексики, то арбитражное решение НАФТА будет “по природе публично-правовым” для целей обжалования, но тем не менее “коммерческим” в контексте приведения в исполнение с точки зрения статьи 1136(7) Договора НАФТА.

Следующий случай обжалования вынесенного в соответствии с договором арбитражного решения имеется в деле *Республика Чехия против СМЕ Республика Чехия Б.В.*, рассматривавшемся Апелляционным судом в Стокгольме. Без осуществления обстоятельного анализа суд исходил из того, что арбитражное решение было частью шведского правопорядка, потому что местом арбитражного разбирательства был Стокгольм. Следовательно, процедура обжалования регулировалась Законом Швеции об арбитраже, “несмотря на то, что спор носит международный характер”.

Аналогично этому в деле *Мексиканские Соединенные Штаты против Марвин Рой Фельдман Карна* Высший суд справедливости Онтарио (Канада) применил Акт о международном коммерческом арбитраже провинции Онтарио на основании того, что стороны определили Оттаву местом арбитражного разбирательства Договора НАФТА. В деле *Attorney General of Canada v. S.D. Myers, Inc. (Министр юстиции Канады против С.Д. Миерс, Инк.)* Федеральный суд в Оттаве просто отметил, что канадский Закон о ком-

мерческом арбитраже “прямо применяется к арбитражному иску на основании главы II Договора НАФТА”.

Таким образом, в четырех различных делах национальный суд места арбитражного разбирательства осуществил юрисдикцию в отношении вынесенного в соответствии с инвестиционным договором арбитражного решения на основании национального законодательства о коммерческом арбитраже. Данная практика государств является свидетельством того, что инвестиционные споры “возникают в связи с гражданскими или коммерческими отношениями” для целей статьи 15 Европейской конвенции о государственном иммунитете и норм обычного международного права, которые данная статья, вероятно, точно отражает. Из этого следует, что государство – участник арбитражных разбирательств из инвестиционного договора не может ссылаться на свой суверенный иммунитет в отношении юрисдикции национального суда, в который надлежащим образом было подано заявление относительно данного разбирательства, вне зависимости от того, представляет ли собой участие данного государства в арбитражных разбирательствах отказ от иммунитета. В свою очередь, этот вывод ведет к очень твердой презумпции, что регулирующим арбитражные разбирательства из инвестиционных договоров процессуальным правом является *lex loci arbitri*, потому что национальные суды соответствующей правовой системы не имеют международно-правовой обязанности отрицать свою юрисдикцию в отношении таких арбитражных разбирательств. Следовательно, в отсутствие конкретных свидетельств иного намерения государств – участников инвестиционного договора международное публичное право не является процессуальным правом, регулирующим арбитражные

разбирательства из инвестиционных договоров.

Есть также иные свидетельства, подтверждающие данный вывод. Многие инвестиционные договоры содержат оферту разбирательства в арбитраже *ad hoc* в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, разработанным для международного коммерческого арбитража. Пункт 2 статьи 1 регламента предусматривает, что “настоящий Регламент регулирует арбитражное разбирательство, за тем исключением, что в случае, когда какое-либо из его правил противоречит норме применимого к арбитражу закона, от которой стороны не вправе отступать, применяется эта норма закона”. Является общепризнанным, что пункт 2 статьи 1 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ предусматривает применение императивных норм *lex loci arbitri*, и это несовместимо с выбором международного публичного права в качестве права, регулирующего арбитражные разбирательства.

Договаривающиеся государства – участники инвестиционных договоров могли в своей оферте инвесторам, касающейся арбитражного рассмотрения спора, предусмотреть применение процессуальных правил, разработанных для межгосударственных арбитражных разбирательств, таких как проект Конвенции ООН об арбитражной процедуре. Но наоборот, большинство инвестиционных договоров отдают предпочтение арбитражным правилам, созданным для международного коммерческого арбитража в отношении споров между государством и инвестором, но это не распространяется на межгосударственные арбитражные разбирательства. Наиболее наглядным примером является разница в выборе процессуальных правил для споров между инвестором и государством в главе II Договора НАФТА и правил для межгосударственных споров в его главе XX.

²⁰ (2001 BCSC 664), 5 ICSID Rep. 236, para. 46 (Judgment, 2 May 2001).

²¹ Там же, para. 47.

Е. Значимость процессуального права для практики

Арбитражные разбирательства из инвестиционных договоров между инвестором и государством регулируются положениями инвестиционного договора, соответствующими процессуальными правилами, выбранными сторонами (например, Регламентом ЮНСИТРАЛ) и национальным правом места арбитражных разбирательств (*lex loci arbitri*). Национальные суды по месту арбитражных разбирательств имеют право осуществлять надзорную юрисдикцию в отношении арбитражных разбирательств и рассматривать заявления сторон по поводу вмешательства в них, например в отношении обеспечительных или охранительных мер или назначения арбитра. Они также могут рассматривать жалобы на арбитражные решения, вынесенные созданным в соответствии с договором арбитражем, что и имело место в делах *Мексиканские Соединенные Штаты против Металклад, Республика Чехия против СМЕ Республика Чехия Б.В., Мексиканские Соединенные Штаты против Марвин Рой Фельдман Карна, Министр юстиции Канады против С.Д. Миерс, Инк.* Кроме того, вынесенные в соответствии с инвестиционными договорами арбитражные решения не подпадают под режим международного публичного права и могут быть приведены в исполнение в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией и другими международными документами, касающимися признания и исполнения иностранных арбитражных решений.

Ф. Арбитражные разбирательства МЦУИС

В данном контексте необходимо коротко обратиться к особой природе арбитражных разбирательств, про-

водимых в соответствии с Вашингтонской конвенцией и Арбитражными правилами МЦУИС. Обычно считается, что для арбитражных разбирательств МЦУИС *lex arbitri* является международное право. Но что действительно скрывается под этим простым обозначением? Означает ли это, например, что обычное международное право в отношении допустимости исков дополняет Вашингтонскую конвенцию и Арбитражные правила МЦУИС?

Арбитражное разбирательство МЦУИС является “международным” в том смысле, что на него не распространяется никакая система национального права. В основном это утверждение является бесспорным. Но в обобщенном утверждении, что *lex arbitri* арбитражных разбирательств МЦУИС является “международное право”, кроется действительная опасность. Международные процессуальные правила в отношении допустимости исков, например касающиеся национальности исков и исчерпания национальных средств защиты, возникли в связи с дипломатической защитой. Нет основания распространять названные нормы на арбитражные разбирательства из инвестиционных договоров. Анализ *lex arbitri* арбитражных разбирательств МЦУИС, таким образом, требует гораздо менее однозначного подхода для того, чтобы отразить все нюансы их особой природы. Например, из *travaux préparatoires* для Вашингтонской конвенции ясно, что международные правила в отношении национальности исков, как планировалось при составлении Конвенции, не должны дополнять прямое предписание статьи 25 Вашингтонской конвенции. Характеризуя различие правил о национальности, применяемых для целей дипломатической защиты и Вашингтонской конвенции, профессор Эмерэсиндж писал:

“В случае Вашингтонской конвенции национальность играет другую роль.

Она служит средством водворения частного лица в границы юрисдикции Центра. Это не является ни вопросом дипломатической защиты, ни способностью частного лица участвовать в разбирательствах перед Центром как следствие права государства осуществлять дипломатическую защиту этого лица”²².

Арбитражи МЦУИС часто учитывали особую природу данного режима арбитражных разбирательств. В деле *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. Slovak Republic (Сескословенска Обходни Банка, А.С. против Словацкой республики)* арбитраж МЦУИС столкнулся с оспариванием юрисдикции со стороны ответчика, который утверждал, что истец в действительности больше не является заинтересованной стороной, так как он после начала арбитражных разбирательств уступил право на выгоду от положительного исхода дела своему государству, Республике Чехия. Арбитраж не применил правило обычного международного права о том, что иностранное лицо должно иметь право на выгоду из договорных требований, которые представляют собой фактическую основу требования его государства о дипломатической защите:

“Отсутствие права истца на выгоду от положительного исхода дела или перенесение экономического риска исхода дела не затрагивают и не должны затрагивать права истца в арбитражных разбирательствах МЦУИС, вне зависимости от того, принадлежит ли право на выгоду государству или частному лицу”²³.

Из существующих судебных решений в делах о дипломатической защите ясно, что процитированный вывод противоречит правилу общего международного права и может быть оправдан только особой природой режима арбитражных разбирательств МЦУИС.

²² *Amerasinghe C. Jurisdiction Ratione Materiae Under the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States. (1976) 244-5, 247, 249, 256.*

²³ (Decision on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999) Case No. ARB/97/4, 5 ICSID Rep. 300, para. 32.

III. ОБЖАЛОВАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ В ИСПОЛНЕНИЕ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ

А. Введение

Судебная практика по вопросу обжалования исполнения арбитражных решений была рассмотрена в части II, в результате чего был сделан вывод, что договоры и решения национальных судов отмечают “частноправовые”, или “коммерческие”, аспекты вынесенных на основании инвестиционных договоров арбитражных решений, противопоставляемые их международно-правовым элементам или элементам, вытекающим из отношений государственного регулирования.

Судебная практика по данному вопросу ограничена четырьмя судебными решениями, касающимися обжалования вынесенных на основании инвестиционных договоров арбитражных решений, а именно в деле *Мексиканские Соединенные Штаты против Металклад Корпорэйшн*, рассмотренном Верховным Судом Британской Колумбии, в деле *Республика Чехия против СМЕ Республика Чехия Б.В.*, рассмотренном Апелляционным судом в Стокгольме, в деле *Мексиканские Соединенные Штаты против Марвин Рой Фельдман Карна*, рассмотренном Высшим судом справедливости Онтарио, в деле *Министр юстиции Канады против С.Д. Миерс, Инк.*, рассмотренном Федеральным судом Оттавы. В настоящее время нет прецедентов в отношении признания и приведения в исполнение вынесенных на основании инвестиционных договоров арбитражных решений. В данном контексте было бы интересным исследовать проблемы, возникшие при при-

знании и приведении в исполнение арбитражных решений, вынесенных Трибуналом по Ирано-Американским Спорам, так как многие моменты в тексте судебных решений окажут неоценимую помощь при определении режима, применимого для приведения в исполнение вынесенных на основании инвестиционных договоров арбитражных решений.

В. Прецеденты Трибунала по Ирано-Американским Спорам

Алжирские соглашения предусматривают четкую процедуру для приведения в исполнение арбитражных решений против Ирана, причем платежи в соответствии с такими решениями осуществляются из страхового фонда, состоящего из замороженных США иранских активов. Таким образом, с практической точки зрения при вынесении решений против Ирана они исполняются без необходимости их признания. С другой стороны, учредительные документы Трибунала по Ирано-Американским Спорам не касаются вопросов процедуры приведения в исполнение арбитражных решений против граждан США, кроме общих положений о том, что “все постановления и решения арбитража являются окончательными и обязательными” и что государства-участники обязаны “без задержки исполнять арбитражные решения”.

Вскоре после создания Трибунала по Ирано-Американским Спорам Иран потребовал толкования пленумом этого Трибунала природы обязанности США быстро исполнять любые арбитражные решения, вынесенные Трибуналом по Ирано-Американским Спорам против граждан США.

В деле A/21 пленум Трибунала посчитал, что, в соответствии с другими

относящимися к международному арбитражу документами, правило об “окончателности и обязательности” арбитражных решений не предполагает, что данные арбитражные решения исполняются без необходимости их признания. Более того, неисполнение в добровольном порядке подлежащего исполнению арбитражного решения со стороны обязанного в соответствии с данным решением лица дает возможность другой стороне принудить его к исполнению через соответствующие процедуры в национальных судах. Пленум Трибунала также отверг утверждение Ирана о том, что на США лежит обязанность вступать в дело и платить по арбитражным решениям, вынесенным против своих граждан, если те отказываются сделать это добровольно, основанная на “взаимной системе обязательств”, созданной Алжирскими соглашениями:

“Арбитраж не может признать, что какое-либо обязательство США платить по решениям арбитража, вынесенным против своих граждан, вытекает из “международного” характера арбитража или из какого-либо принципа обычного международного права в совокупности с тем фактом, что США были участником договора, на основании которого был создан арбитраж”²⁴.

Это утверждение было подкреплено ссылкой на предыдущее толкование, содержащееся в решении пленума Трибунала по делу A/18, где имеются попутные высказывания касательно того, что “арбитраж принимает решение по поводу прав истца, а не его государства”.

Далее пленум Трибунала в решении по делу A/21 представил важные выводы относительно содержания обязательства США уважать окончательный и обязательный характер решений Трибунала по Ирано-Американ-

ским Спорам в соответствии с Алжирскими соглашениями:

“Акт добросовестного вступления в договор влечет обязанность исполнять объект и цель данного договора – другими словами, принимать меры к обеспечению его эффективности. В данном отношении Алжирские декларации налагают на США обязанность добросовестно имплементировать Алжирские декларации таким образом, чтобы уважались юрисдикция и власть арбитража. Стороны Алжирских деклараций обязаны имплементировать их таким образом, чтобы решения арбитража рассматривались как действительные и подлежащие исполнению в их соответствующих национальных юрисдикциях.

Данное вытекающее из принципа добросовестности обязательство оставляет государствам-участникам серьезную свободу действий в отношении природы разбирательства и механизмов исполнения решений арбитража, вынесенных против их граждан. В соответствии с Алжирскими декларациями арбитраж не имеет полномочий предписывать средства, с помощью которых каждое из государств обеспечит такое исполнение. Конечно, если бы никакая процедура исполнения не могла бы быть использована в государстве-участнике или если бы обращение к ней в конечном счете привело бы к отказу в исполнении решений арбитража или к чрезмерной задержке их исполнения, то это нарушало бы обязательства государства в соответствии с Алжирскими декларациями. Соответственно, каждое государство-участник обязано предусмотреть определенную процедуру или механизм, посредством которых решение могло бы быть исполнено в рамках их национальных юрисдикций, и обеспечить доступ к ним выигравшей стороне. Если такие процедуры уже не существовали в рамках правовой системы государства, тогда они должны быть созданы законодательным или каким-либо иным подходящим путем. Данные процедуры должны быть как мини-

мум настолько же доступны, как процедуры, к которым может обратиться лицо, которое добивается признания или приведения в исполнение иностранных арбитражных решений”²⁵.

Дело A/21 было столь подробно процитировано потому, что выводы пленума Трибунала о природе и содержании обязательства государств-участников исполнять решения арбитража применимы и к таким же обязательствам государств-участников в контексте вынесенных на основании инвестиционных договоров арбитражных решений. Последнее предложение вышеприведенной цитаты указывает, что режим Нью-Йоркской конвенции является подходящим механизмом исполнения решений Трибунала по Ирано-Американским Спорам, и это соответствует положениям многих инвестиционных договоров, отсылающих к Нью-Йоркской конвенции.

Можно сказать, что проблема исполнения более остро стоит в отношении Трибунала по Ирано-Американским Спорам, чем в отношении арбитражных разбирательств на основании инвестиционных договоров, потому что деятельность первого более часто касалась арбитражных решений *против частных лиц*. Тем не менее, как показывают попытки обжаловать арбитражные решения в делах *Мексиканские Соединенные Штаты против Металклад, Республика Чехия против СМЕ Республика Чехия Б.В., Мексиканские Соединенные Штаты против Марвин Рой Фельдман Карна, Министр юстиции Канады против С.Д. Миерс, Инк.*, государства – участники инвестиционных споров не хуже частных лиц могут оспаривать исполнение неблагоприятных для них решений. Более того, разумно ожидать в будущем прецедента, когда созданные в соответствии с инвестиционными договорами арбитражи присудят взыскание с инвестора убытков, удов-

²⁴ Islamic Republic of Iran and United States (Case A/21) (4 May 1987) DEC 62-A21-FT, 13 Iran/US CTR 324, para. 13.

²⁵ Islamic Republic of Iran and United States (Case A/21) (4 May 1987) DEC 62-A21-FT, 13 Iran/US CTR 324, paras. 14, 15.

летворя поданный государством встречный иск.

Возникают два вопроса в связи с применением Нью-Йоркской конвенции и других международных или национальных режимов исполнения иностранных арбитражных решений к решениям, вынесенным созданными в соответствии с инвестиционными договорами арбитражами. Первый касается того, могут ли суды государства, в котором испрашивается исполнение, рассматривать и принимать во внимание такие возражения против исполнения, какие перечислены в статье V Нью-Йоркской конвенции. Иными словами, имеют ли вынесенные в соответствии с инвестиционными договорами арбитражные решения особенности, которые вели бы к применению другого подхода? Другой вопрос касается того, может ли у инвестора быть средство защиты против неправомерного отказа от приведения в исполнение вынесенного на основании инвестиционного договора арбитражного решения, например, в судах государства-ответчика. Дела Трибунала по Ирано-Американским Спорам коснулись обоих этих вопросов.

Первый случай неприведения решения в исполнение имел место в деле *Gould Marketing Inc. v. Ministry of Defence of the Islamic Republic of Iran* (Гаулд Маркетинг Инк. против Министерства обороны Исламской республики Иран). Апелляционный суд США, в соответствии со сделанными в деле A/21 выводами, решил, что он имеет юрисдикцию на основании Нью-Йоркской конвенции. Он подтвердил арбитражное решение в отношении уплаты возмещения убытков Ирану в размере 3,6 миллиона долларов (что требовалось во встречном иске), но отказался исполнить решение в части обязанности Гаулд Маркетинг передать Ирану находящееся у нее определенное коммуникационное оборудо-

дование. Отказ был обоснован необходимостью соблюдать американские экспортные правила, которые были бы нарушены, если бы коммуникационное оборудование было транспортировано в Иран. Иран обжаловал данную часть решения Апелляционного суда, однако до слушаний стороны заключили мировое соглашение.

Второй случай касался арбитражного решения в деле *Avco Corp. v. Iran Aircraft Industries* (Авко Корп. против Иран Экрафт Индустриз), в соответствии с которым арбитраж поддержал встречный иск иранской стороны на 3,5 миллиона долларов. Компания “Иран Экрафт Индустриз” начала исполнительное производство в американском Окружном суде штата Коннектикут, который также постановил, что обладает юрисдикцией в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией. В удовлетворении ходатайства о приведении в исполнение было отказано на основании статьи V(1)(b) Нью-Йоркской конвенции в связи с якобы имевшим место препятствием, которое помешало Авко изложить свои доводы и было обусловлено тем, что Авко полагалась на неверные процессуальные указания арбитража. Суть данных указаний, сформулированных первоначальным составом арбитража, заключалась в том, что Авко могла обойтись без представления многочисленных томов счетов-фактур в поддержку своего иска, а представить вместо этого экспертное заключение. Заново образованный состав арбитража потом в своем окончательном решении истолковал данный доказательственный пробел не в пользу Авко. Апелляционный суд США подтвердил решение Окружного суда. Он прямо отклонил утверждение компании “Иран Экрафт” о том, что решения Трибунала по Ирано-Американским Спорам исполнимы в американских судах без необходимости их признания, и решил, что “даже “окончательное”

и “обязательное” арбитражное решение может быть не приведено в исполнение на основании возражений, предусмотренных Нью-Йоркской конвенцией”.

Тогда Иран попытался иначе истолковать обязательства США в соответствии с Алжирскими соглашениями в свете двух данных случаев. Пленум Трибунала в деле A/27 столкнулся с дилеммой, которая уже имелась в выводах, сделанных ранее в отношении дела A/21, в которых подразумевалось, что Нью-Йоркская конвенция является надлежащим механизмом для признания и приведения в исполнение вынесенного Трибуналом по Ирано-Американским Спорам решения, что вытекает из утверждения о том, что процедуры приведения в исполнение “должны быть как минимум настолько же доступны, как процедуры, к которым может обратиться лицо, которое добивается признания или приведения в исполнение иностранных арбитражных решений”. С другой стороны, пленум Трибунала в деле A/21 предположил возможность нарушения Алжирских соглашений, если обращение к данному механизму ведет к “отказу в исполнении решений арбитража”. Если США имеет право использовать Нью-Йоркскую конвенцию как механизм приведения в исполнение, то, конечно, нельзя исключить возможность неприведения в исполнение, если рассматривающий дело суд согласится с возражением против приведения в исполнение по одному из оснований, приведенных в статье V? Ответ пленума на данный вопрос не совсем убедителен:

“Конечно, параграф 1 статьи IV Декларации об урегулировании претензий, который предусматривает, что “все постановления и решения арбитража являются окончательными и обязательными”, исключает возможность пересмотра национальным судом существа реше-

ний арбитража, будь то на основании статьи V Нью-Йоркской конвенции или на каком-либо другом основании”²⁶.

Проблема заключается в том, что, конечно, Нью-Йоркская конвенция не позволяет национальным судам, которые рассматривают заявление о приведении в исполнение, пересматривать существо иностранного арбитражного решения. Апелляционный суд США подтвердил решение об отказе в приведении в исполнение в деле *Авко* по причине выявленного процессуального нарушения в арбитражной процедуре. Пленум Трибунала, по сути, пересмотрел существо *того* решения, прямо указав, что Апелляционный суд США неверно оценил процессуальное нарушение. Как указал пленум, непредставление счетов-фактур со стороны Авко не имело существенного значения для решения арбитража отказать в его иске, и отсюда решение американского суда об обратном являлось “пересмотром дела, рассмотренного и разрешенного арбитражем”. В свою очередь, это представляло собой неисполнение обязанности рассматривать арбитражное решение в качестве “окончательного и обязательного” в соответствии с Декларацией об урегулировании претензий. Далее пленум Трибунала установил, что это являлось нарушением распространяющегося на США международного права, за которое США было обязано предоставить возмещение.

Даже соглашаясь с тем, что пленум Трибунала правильно истолковал решение арбитража по делу *Авко*, очевидно, что решение американского суда не может быть рассмотрено с позиций обычного международного права как отказ в правосудии, потому что нет данных, свидетельствующих о том, что имелись серьезные процедурные нарушения при осуществлении право-

²⁶ Islamic Republic of Iran and United States (Case A/21) (4 May 1987) DEC 62-A21-FT, 13 Iran/US CTR 324, para. 15.

судия американскими судами. Тем не менее пленум Трибунала решил, что США нарушили Алжирские соглашения.

При вынесении данного решения пленум Трибунала рассмотрел возможность того, что правило Декларации об урегулировании претензий об “окончательном и обязательном” характере решений арбитража исключало осуществление американскими судами их юрисдикции в отношении пересмотра решений на основании статьи V Нью-Йоркской конвенции. Такой вывод противоречил бы предыдущему выводу о том, что Нью-Йоркская конвенция является надлежащим механизмом приведения в исполнение на территории США решений Трибунала по Ирано-Американским Спорам. Если применяется Нью-Йоркская конвенция, то сторона, пытающаяся воспрепятствовать приведению в исполнение решения на территории США, может сослаться на предусмотренные статьей V основания, если Алжирские соглашения не предусматривают исключения в соответствии со статьей VII(1) Нью-Йоркской конвенции. Вряд ли это относится к рассматриваемому случаю, так как в большинстве арбитражных правил предусмотрено, что вынесенное арбитражем решение является “окончательным и обязательным”, но на основании этого никто не делает вывод, что, например, решению арбитража МТП не может быть отказано в исполнении на основании статьи V Нью-Йоркской конвенции.

Другая связанная с данным подходом проблема заключается в том, что он приводил бы к исполнению арбитражного решения, несмотря на наличие процедурных нарушений или мошенничества, которые могли иметь место в процессе разбирательства де-

ла. В соответствии с обычным международным правом арбитражное решение, вынесенное в результате мошенничества, принуждения или разбирательств, нарушающих фундаментальные нормы добросовестности, является ничтожным. Было бы удивительным, если бы особый характер Трибунала по Ирано-Американским Спорам влек бы возможность исполнения таких решений. Пленум Трибунала в действительности коснулся данного вопроса в сноске к своему решению и предложил возможный выход из создавшейся ситуации:

“Арбитраж признает, что никакой третейский суд не может считать себя гарантированным от процессуальной ошибки или возможности применения мошенничества, подлога или дачи заведомо ложных показаний, которую он не сможет обнаружить. *В данных гипотетических случаях, однако, пересмотр арбитражного решения может быть осуществлен только самим арбитражем, если он придет к выводу о наличии у себя соответствующей компетенции, а не каким-либо другим судом*” (выделено нами. – З.Д., Я.К.)²⁷.

Таким образом, пленум Трибунала, по всей видимости, не допускает выдвигаемых сторонами в национальных судах данных фундаментальных оснований для признания недействительности решений Трибунала по Ирано-Американским Спорам, в то же время оставляя за собой право пересмотреть решение “при наличии у себя таковой компетенции”.

В Алжирских соглашениях нет положений, касающихся полномочий Трибунала по Ирано-Американским Спорам пересматривать свои собственные решения, и для созданного международным договором арбитража было бы беспрецедентным предоставлять самому себе подразумеваемые полномочия по осуществлению

такого пересмотра в отсутствие прямого предписания в международном договоре. В отличие от Алжирских соглашений Вашингтонская конвенция содержит внутренний механизм пересмотра решений, но было бы неубедительным предположить, что секретариат МЦУИС мог бы осуществлять подразумеваемую юрисдикцию и устанавливать контрольный механизм в отсутствие статьи 52.

Наконец, арбитраж отказался от окончательного решения вопроса о том, что является законным путем пересмотра решения, не удовлетворив просьбу Ирана предписать США установить соответствующую процедуру исполнения всех будущих решений против граждан США. Пленум арбитража тем самым оставил нетронутым применение механизма Нью-Йоркской конвенции для исполнения решений, но признал за собой право проверять соответствие решений американских судов, касающихся перечисленных в статье V оснований отказа в исполнении решений, обязанности США уважать положение Декларации об урегулировании претензий о том, что “все постановления и решения арбитража являются окончательными и обязательными”.

Проблема исполнения вынесенных Трибуналом по Ирано-Американским Спорам решений была так подробно рассмотрена в связи с ее важным значением для надлежащего анализа того, как подобные вопросы должны решаться в контексте вынесенных в соответствии с инвестиционными договорами решений. В частности, рассмотрение более оптимального подхода к ситуации, с которой столкнулся пленум Трибунала в деле A/27, показывает форму защиты, к которой инвестор или государство могут обратиться в случае отмены или неисполнения национальным судом вынесенных в соответствии с инвестиционными договорами решений.

При рассмотрении возникшей в деле A/27 проблемы прежде всего необходимо выяснить значение положения договора о том, что арбитражные решения являются “окончательными и обязательными”. В связи с Трибуналом по Ирано-Американским Спорам такое положение служит обеспечением того, что решения арбитража по спорным вопросам являются *res judicata* между сторонами в международных судах и в отношении американских и иранских судов. Однако “окончательность и обязательность” арбитражного решения не означает, что действительность этого решения не может быть поколеблена возможностью его пересмотра по узкому кругу оснований, относящихся к процессуальным нарушениям или международному публичному порядку. Более того, как отмечалось выше, большинство арбитражных правил содержат положение, что решения являются “окончательными и обязательными”, и тем не менее арбитражные решения, вынесенные в соответствии с арбитражными регламентами ЮНСИТРАЛ или МТП, могут быть подвергнуты попытке пересмотра национальными судами по месту исполнения в соответствии со статьей V Нью-Йоркской конвенции.

Соответственно, Апелляционный суд США не нарушил Алжирские соглашения, осуществляя свою юрисдикцию по изучению арбитражного решения в деле *Авко* в соответствии с основаниями, изложенными в статье V Нью-Йоркской конвенции, и решение пленума арбитража не основывалось на таком выводе. При этом пленум Трибунала истолковал Алжирские соглашения как “исключающие возможность пересмотра существа решений арбитража... в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией” и установил, что решение американского суда вылилось в такой пересмотр, когда он стал проверять заключения арбитража в отношении процессуального зна-

²⁷ Islamic Republic of Iran and United States (Case A/27) (5 June 1998) 586-A27-FT< para. 64 at note 6, доступно на сайте <http://www.iusct.org/awards/award-586-927-ft-eng.pdf>

чения счетов-фактур. Данный вывод, ограниченный конкретным случаем применения американским судом статьи V Нью-Йоркской конвенции, гораздо более оправдан, чем обобщенное толкование пленума Трибунала о невозможности любого пересмотра решений Трибунала по Ирано-Американским Спорам по перечисленным в статье V Нью-Йоркской конвенции основаниям. Тем не менее мы признаем, что для пленума Трибунала было бы предпочтительнее менее двусмысленно сформулировать свою позицию по поводу законности права американского суда пересматривать решения Трибунала по Ирано-Американским Спорам в соответствии со статьей V Нью-Йоркской конвенции и контролировать соблюдение американским судом его обязанностей, вытекающих из этого международного договора, а не из Алжирских соглашений. Нью-Йоркская конвенция содержит более детальные и конкретные положения

по поводу объема проверки арбитражных решений, и имеется достаточное количество судебных прецедентов, которые могут задать направление толкования. Следовательно, Нью-Йоркская конвенция является более стабильной основой для обоснования международной ответственности США, если нарушение будет обнаружено. Если было действительно с первого взгляда ясно, что непредставление оригинальных счетов-фактур со стороны Авко не повлияло на отклонение арбитражем части его иска, тогда непризнание американским судом окончательного характера данного вывода по поводу значения счетов-фактур вместе с последующей неправомерной ссылкой на статью V(1)(b) Нью-Йоркской конвенции может представлять собой нарушение статьи III этой Конвенции.

Мы уже знакомили наших читателей с новейшими проблемами толкования и применения Нью-Йоркской конвенции 1958 года (см. статью К. Ламм и Ф. Спуренберга, опубликованную в № 2 за 2004 год). Публикуемая ниже статья продолжает эту тему и исследует вопрос о том, каким образом в рамках Конвенции могут приводиться в исполнение арбитражные решения, основанные на неформальных арбитражных соглашениях, которым не была придана письменная форма, требуемая статьей II Конвенции.

Кому-то обращение к такой тематике в России, где степень знакомства судов и адвокатов даже со стандартными подходами Конвенции оставляет желать лучшего, может показаться преждевременным. Более того, российское законодательство о форме арбитражного соглашения основано на Типовом законе ЮНСИТРАЛ 1985 года и достаточно близко примыкает к нормам статьи II Конвенции. Предвосхищая такую критику, обратим внимание читателей на два момента, в силу которых публикация по этой проблеме имеет практическое значение и для российских специалистов: во-первых, статья предоставляет обширную информацию об изменении отношения законодателей многих стран к жестким требованиям к форме фиксации арбитражного соглашения, предусмот-

ренным Конвенцией. Эта информация может оказаться весьма полезной, так как российские компании весьма часто соглашались на проведение арбитража в Швеции, Англии, Германии. Во-вторых, и российские суды при оценке действительности арбитражного соглашения на основании коллизионных норм подпункта "а" пункта 1 статьи V Конвенции могут столкнуться с необходимостью применения не российского права, регулирующего требования к форме арбитражного соглашения привычным для них образом, а иностранного права, избранного сторонами в силу установления места проведения арбитража за пределами Российской Федерации. В этом случае российский суд не сможет, не нарушив Конвенцию, избежать применения иностранного права.

Тем не менее отметим, что ряд высказанных автором соображений (например, о соотношении норм статей IV и V Конвенции, о соответствии Конвенции арбитражных соглашений, заключенных по электронной почте) носит весьма дискуссионный характер. Это также подтверждает опубликованное в нашем журнале (см. № 4 за 2004 год) недавнее решение норвежского суда, отказавшегося исполнить арбитражное решение, основанное на таком "электронном" арбитражном соглашении. Так что вопросы, затронутые в статье, не исчерпывают всей глубины стоящих за ними проблем, и проблемы эти носят отнюдь не академический характер. Пока, наверное, все-таки не стоит заключать арбитражные соглашения по электронной почте, особенно если исполнять вынесенные на их основе арбитражные решения предполагается в России...

*Дж. К. МОСС,
доцент Университета Осло,
кандидат юридических наук (Россия), доктор права (Норвегия)*

© Stockholm Arbitration Report, 2003:2;
Juris Publishing Inc. in association with the
Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
© "Международный коммерческий арбитраж", перевод на русский язык, 2005

Существует ли риск коллизии между Нью-Йоркской конвенцией и принятым после нее национальным законодательством о поддержке арбитража?

1. Введение¹

Хорошо известны преимущества, которыми обладает международный арбитраж по сравнению с разбирательством в национальных судах. К таким преимуществам относятся воз-

можность для сторон условиться о проведении арбитражного процесса, который больше соответствует их потребностям, а также простая и универсальная процедура принудительного исполнения арбитражного решения. В то же время складывается впечатле-

¹ Статья основана на материале лекции, прочитанной автором на юридическом факультете Free International University for Social Studies, Рим, в рамках интенсивной программы бизнес-права. К сфере интересов автора относятся международное коммерческое право, международный процесс и международное частное право. Г-жа Мосс консультирует по вопросам ведения международного бизнеса почти 20 лет, допущена к юридической практике в Италии, Норвегии и России.

ние, что широкое распространение в международном бизнесе новых технологий ставит под угрозу оба указанных преимущества.

В частности, это относится к все более распространяемой практике оформления договорных отношений по электронной почте вместо подписания единого документа или обмена письмами или факсами. Если контракт включает в себя арбитражную оговорку, получается, что эта оговорка также зафиксирована в электронной форме. Все это создает различные сложности для толкования такого рода ситуаций.

Первой сложностью является установление того, соответствует ли заключенная электронным способом арбитражная оговорка требованиям письменной формы, установленным Нью-Йоркской конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. На этот вопрос, видимо, можно достаточно спокойно дать положительный ответ с учетом широкого толкования Нью-Йоркской конвенции (см. пункт 2.1.3 настоящей статьи).

Вторая сложность возникает в результате попытки некоторых национальных законов адаптировать их арбитражное право к применению новых технологий, и вытекающего из этого отказа от [закрепленных в прежнем законодательстве] требований к форме фиксации арбитражного соглашения (как это будет разъяснено ниже в пункте 2.1.1). Можно ли привести в исполнение в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией арбитражное решение, если оно основано на арбитражной оговорке, которая действительна по применимому к ней национальному праву, но недействительна по Нью-Йоркской конвенции? Достаточно единообразное толкование Нью-Йоркской конвенции (см. пункт 3.1 настоящей статьи) состоит в том, чтобы требования к форме [фиксации

арбитражного соглашения], установленные в этой Конвенции, имели бы преимущественную силу перед любыми требованиями к форме, которые могут быть установлены применимым правом. Это толкование было продиктовано “дружественным по отношению к арбитражу” (arbitration-friendly) отношением, так как традиционно Нью-Йоркская конвенция предусматривала более выгодный для арбитража режим, нежели различные национальные законы об арбитраже. Теперь некоторые национальные законы (например, шведский, а если правительственный законопроект будет принят, то и норвежский) стали более дружественными по отношению к арбитражу, нежели Нью-Йоркская конвенция, по вопросу о форме [фиксации арбитражного соглашения], и следует подумать, не пора ли изменить указанное выше единообразное толкование Нью-Йоркской конвенции, придав национальным законам преимущественную силу.

Третья сложность возникает в связи с возможным различием в толковании Нью-Йоркской конвенции, зависящим от того, стоит ли лицо, которое занимается таким толкованием, на дружественных по отношению к арбитражу позициях, и от того, являются ли предусмотренные в Нью-Йоркской конвенции требования к форме [фиксации арбитражного соглашения] более дружественными по отношению к арбитражу по сравнению с требованиями применимого национального законодательства. С точки зрения возможности принудительного исполнения по Нью-Йоркской конвенции связанных с этими сложностями риск не следует недооценивать.

2. Действительность арбитражных соглашений

Как известно, действительность арбитражных соглашений имеет значе-

ние в следующих двух основных аспектах: с одной стороны, действительное арбитражное соглашение обладает эффектом исключения охваченного им спора из юрисдикции национальных судов². С другой стороны, действительность арбитражного соглашения представляет собой условие приведения в исполнение арбитражного решения, которое было вынесено по спору, относящемуся к сфере этого соглашения. Если речь идет о транснациональных спорах, то арбитражные решения обычно приводятся в исполнение судами других стран, нежели страны, где было вынесено арбитражное решение, и такие суды должны применять Нью-Йоркскую конвенцию. Статья V Конвенции устанавливает исчерпывающий перечень оснований для отказа в приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, и среди таких оснований есть норма подпункта “а” пункта 1 статьи V: “...соглашение, указанное в статье II... недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону страны, где решение было вынесено”. Ссылка на статью II означает ссылку на норму об арбитражном соглашении.

Таким образом, мы установили, что действительность арбитражного соглашения является предварительным условием как наличия у состава арбитража юрисдикции [по разрешению спора], так и возможности принудительного исполнения арбитражного решения. Теперь надо ответить на вопрос о том, какие критерии применяются для определения действительности арбитражного соглашения.

2.1. Критерии для определения действительности арбитражного соглашения

2.1.1. Национальное арбитражное законодательство

Подпункт “а” пункта 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции устанавливает, казалось бы, четкую ссылку на национальное законодательство: в соответствии с текстом этой статьи действительность арбитражного соглашения регулируется законом, которому стороны подчинили арбитражное соглашение (причем совсем не обязательно это будет тот же закон, которому стороны подчинили свои договорные отношения), а если стороны такого выбора применимого права не сделали, – то закон страны, где было вынесено арбитражное решение. Вторым вариантом, согласно которому применяется *lex arbitri*, является наиболее часто практикуемый, так как стороны очень редко избирают право, регулирующее их арбитражное соглашение.

Таким образом, буквальное толкование подпункта “а” пункта 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции ведет к применению к вопросу об определении действительности арбитражного соглашения национального закона, который обычно будет законом страны, где проводится арбитраж. При этом требования национального законодательства в отношении формы арбитражного соглашения могут значительно отличаться друг от друга. В некоторых законах установлены весьма жесткие требования, в других требования к форме арбитражного соглашения мягче или даже вовсе не закреплены. Например, статья 807 ГПК Ита-

² Это значение арбитражного соглашения единообразно закреплено для 133 стран – участниц Нью-Йоркской конвенции в пункте 3 ее статьи II: “Суд Договаривающегося Государства, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили соглашение, предусматриваемое настоящей статьей, должен, по просьбе одной из сторон, направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено”.

лии устанавливает такие же жесткие требования к письменной форме [арбитражного соглашения], как и к действительности договоров, которые регулируют отношения, выходящие за рамки осуществления обычной хозяйственной деятельности³. Пункт 1 статьи 187 Закона Швейцарии “О международном частном праве” требует, чтобы арбитражное соглашение было заключено в письменной форме, что включает в себя обмен телеграммами, факсами или другими средствами телекоммуникации, которые приводят к записи соглашения⁴. Аналогичные требования сформулированы в статье 1031 ГПК Германии, которая, однако, идет дальше по пути дефини-

цирования письменной формы и указывает, что требование к наличию письменной формы будет считаться соблюденным, если арбитражное соглашение включено в документ, посланный одной стороной другой стороне, в отношении которого такая другая сторона в пределах разумного срока не заявила возражений⁵. Закон об арбитраже Англии в статье 5 требует, чтобы арбитражное соглашение было заключено в письменной форме, и относит к числу письменных заключенных соглашений, которые заключены, засвидетельствованы или содержатся в письменных обменах корреспонденцией⁶. Однако пункты 3–5 статьи 5 относят к числу письмен-

³ Статья 807 ГПК Италии устанавливает: “Арбитражное соглашение под страхом его ничтожности должно быть закреплено в письменной форме и должно указывать предмет спора. Требования к письменной форме будут считаться соблюденными, если намерения сторон выражены в телеграмме или телексе.

Требования к арбитражному соглашению совпадают с требованиями к действительности договоров, которые регулируют отношения, выходящие за рамки осуществления обычной хозяйственной деятельности”.

⁴ Пункт 1 статьи 187 Закона Швейцарии “О международном частном праве” гласит: “Арбитражное соглашение должно быть заключено в письменной форме, включая телеграммы, телексы, телефаксы или другие средства телекоммуникаций, которые приводят к записи соглашения”.

⁵ Статья 1031 ГПК Германии:

“Арбитражное соглашение должно быть включено либо в документ, подписанный сторонами, либо в обмен письмами, телефаксами, телеграммами или иными средствами телекоммуникаций, которые приводят к записи соглашения.

Требования к форме [предусмотренные выше] будут считаться удовлетворенными, если арбитражное соглашение включено в документ, переданный одной стороной другой стороне или третьим лицом обеим сторонам, в отношении которого в разумные сроки не было заявлено возражений, содержание коего документа считается в соответствии с обычаями делового оборота частью контракта”.

⁶ Статья 5 Закона Англии “Об арбитраже”:

“1. Положения настоящей части [Закона] подлежат применению только тогда, когда арбитражное соглашение составлено в письменной форме и любое другое соглашение между сторонами по любым вопросам, регулируемым этой частью, составлено в письменной форме. Термины “соглашение”, “соглашаться” и “согласовано” подлежат толкованию соответствующим образом.

2. Соглашение в письменной форме имеет место, когда:

(а) соглашение заключено в письменной форме (независимо от того, подписано оно сторонами или нет);

(б) соглашение заключено путем обмена письменными средствами телекоммуникаций; или

(с) соглашение подтверждено в письменной форме.

3. Если стороны заключают соглашение иным образом, нежели в письменной форме, посредством ссылки на письменные условия, они должны составить об этом соглашение в письменной форме.

4. Соглашение считается подтвержденным в письменной форме, если соглашение, заключенное не в письменной форме, записано одной из сторон или третьим лицом, которому [соответствующие] полномочия были предоставлены сторонами соглашения.

5. Обмен письменными заявлениями в ходе арбитражного или судебного разбирательства, в ходе которого одна из сторон заявляет о наличии соглашения, зафиксированного в неписьменной форме, а другая сторона в своем ответе это не отрицает, приводит к возникновению между сторонами письменного арбитражного соглашения, обладающего силой в соответствии со сделанным первой стороной заявлением.

6. Ссылки этой части на что-либо письменное или записанное включают в себя любые формы записи”.

заключенных такие другие письменные соглашения, которые содержат ссылки на письменные условия или соглашения, которые были записаны только одной стороной. Более того, пункт 6 статьи 5 указывает, что ссылка на письменный источник включает в себя любую форму записи. Еще более либеральным является подход шведского Закона об арбитраже, который в статье 1 признает любое арбитражное соглашение постольку, поскольку оно было согласовано сторонами⁷. При этом шведский закон не устанавливает каких-либо требований к форме такого соглашения. Аналогичная норма включена в норвежский проект закона об арбитраже, принятие которого ожидается в скором времени⁸.

На заданный выше вопрос о том, будет ли арбитражное соглашение, заключенное в электронной форме, удовлетворять требованиям, предъявляемым к его форме, возможно, таким образом, дать различные ответы в зависимости от того, какое право будет применяться. Ответ на него, несомненно, будет положительным в случае применения закона, устанавливающего либеральные требования к форме арбитражного соглашения или вовсе не устанавливающего таких требований. Если же применимый закон не содержит прямой ссылки на любые средства телекоммуникаций (такой, например, как в пункте 2 статьи 7 Закона Российской Федерации “О международном коммерческом арбитраже”: “...с использованием иных средств электросвязи, обеспечиваю-

щих фиксацию такого соглашения” – *Ред.*), для получения ответа на поставленный вопрос придется использовать правовую конструкцию о “письменной” форме. К ней же придется прибегать и в связи со статьей II Нью-Йоркской конвенции, о которой речь шла выше.

2.1.2. Статья 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ

Типовой закон ЮНСИТРАЛ “О международном коммерческом арбитраже” наряду с Нью-Йоркской конвенцией представляет собой один из наиболее успешных продуктов Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ); он был принят в более чем 30 странах и использовался в качестве отправной точки и в тех странах, где не был воспринят непосредственно. Типовой закон явился средством гармонизации в сфере международного арбитража, он сознательно формулировался последовательно с положениями Нью-Йоркской конвенции, задумываясь как ее продолжение⁹. Пункт 2 статьи 7 Типового закона закрепляет пределы требований к письменной форме арбитражного соглашения: “Соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения”. Типовой закон, вслед за Нью-Йоркской конвенцией, требу-

⁷ Статья 1 Закона Швеции “Об арбитраже”: “Споры, которые могут быть урегулированы между сторонами, могут на основании соглашения передаваться для разрешения на рассмотрение одного или нескольких арбитров”.

⁸ Статья 2-2 норвежского проекта закона “Об арбитраже”: “1. Стороны могут согласиться передавать на рассмотрение в арбитраж споры, которые уже возникли, равно как и все или некоторые споры, которые могут возникнуть в отношении определенного правоотношения”.

⁹ См. пояснительную записку Секретариата ЮНСИТРАЛ о Типовом законе “О международном коммерческом арбитраже” (<http://uncitral.org/english/texts/arbitration/ml-arb.htm>).

ет письменного оформления арбитражных соглашений и поясняет, что дефиниция письменного соглашения включает в себя как технологические средства, известные в период написания Типового закона, так и технологические открытия, которые будут доступны в будущем, постольку, поскольку они приведут к записи соглашения (к его “фиксации”, как это сформулировано в русском переводе Типового закона, положенном в основу российского закона “О международном коммерческом арбитраже”. – *Ред.*).

Это подтверждает преемственность первоначального подхода, в соответствии с которым придавалась сила любому арбитражному соглашению, заключенному с применением технических средств связи, которые используются в обычной деловой практике. Иными словами, текст правовых норм не должен становиться для сторон фактором, сдерживающим их в применении тех достижений в сфере технологии, которые не были доступны на момент написания соответствующих нормативных актов.

В рамках ЮНСИТРАЛ действует несколько рабочих групп, в числе которых и группа по арбитражу, которая сейчас (в числе прочих вопросов) рассматривает также вопрос о требованиях к письменной форме арбитражного соглашения¹⁰. Эта группа в настоящее время готовит предложение, которое представляет собой новый проект текста статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ¹¹, а также проект документа, содержащего толкование пункта 2 статьи II Нью-Йоркской конвенции (эти предложения обсуждаются ниже).

Это имеет отношение к затронутой нами теме, а именно к вопросу о квалификации арбитражного соглашения, заключенного в электронной форме, как письменного соглашения. Рабочая группа подчеркивает, что ее предложения не меняют существующую в настоящее время либеральную традицию в толковании Типового закона, а просто подтверждают такое толкование¹².

Рабочая группа предлагает текст, который в значительной степени основывается на пункте 1 статьи 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ “Об электронной торговле” и гласит следующее: “Арбитражное соглашение заключается в письменной форме. “Письменная” форма включает в себя любую форму, которая ведет к [осязаемой] записи соглашения или [иным образом] доступна в качестве сообщения, содержащего информацию, на которое впоследствии можно сослаться”. Далее следует неисчерпывающий перечень примеров, включающий в себя электронную почту, телеграмму, телекс или телекопию.

Дискуссии в рамках рабочей группы ЮНСИТРАЛ по арбитражу могут квалифицироваться как подтверждение того, что требование о письменной форме не должно рассматриваться как препятствие на пути использования средств коммуникации, обычно применяемых в бизнесе.

2.1.3. Статья II Нью-Йоркской конвенции

Статья II Нью-Йоркской конвенции требует признания арбитражного соглашения, которое (помимо соблюдения других требований) было заключено в письменной форме. Пункт 2

статьи II уточняет, что “термин “письменное соглашение” включает арбитражную оговорку в договоре или арбитражное соглашение, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами или телеграммами”. Следует проанализировать требования пункта 2 статьи II с целью определения того, охватывает ли эта дефиниция также соглашения, заключаемые в электронной форме.

Очевидно, что в тексте отсутствует прямая ссылка на электронные средства телекоммуникаций, но в этом нет ничего удивительного, так как в 1958 году, когда писалась Конвенция, никто не мог предположить, что развитие технологии позволит осуществлять обмен информацией в электронной форме между различными частями света и что международный бизнес сможет на ежедневной основе пользоваться такими достижениями.

Текст Конвенции должен толковаться в том технологическом контексте, в котором он был составлен. Ссылка на обмен письмами или телеграммами вобрала в себя наиболее современные средства телекоммуникаций, доступные в то время. Поэтому в намерения Конвенции входило признание арбитражных соглашений, заключенных между отсутствующими сторонами с использованием средств коммуникаций, которые употреблялись ими в их повседневном бизнесе. В 1958 году это были письма и телеграммы. Позже к числу этих средств прибавился телекс. Хотя обмен телексами в пункте 2 статьи II Нью-Йоркской конвенции непосредственно не упомянут, существует серия судебных решений, вынесенных в разных странах, указывающих на то, что пункт 2 статьи II также должен толковаться та-

ким образом, чтобы включать в себя обмен телексами¹³. Дальнейшее развитие технологии ввело в обиход использование телефакса; и хотя обмен телефаксами не упомянут в пункте 2 статьи II Нью-Йоркской конвенции, суды толкуют Конвенцию таким образом, чтобы она охватывала также и арбитражные соглашения, заключенные по телефаксу¹⁴.

Сегодня развитие технологии привело к возникновению обыкновения в использовании электронной почты. По этой причине представляется естественным опять расширить толкование пункта 2 статьи II Конвенции, чтобы распространить его на наиболее современные средства сообщения, широко используемые для заключения контрактов. Противоположный подход будет противоречить духу Конвенции, направленному на признание арбитражных соглашений постольку, поскольку они заключены в форме, которая в целом принята для заключения контрактов.

Такое толкование будет не только естественным продолжением толкования пункта 2 статьи II Конвенции, которое давалось судами, когда бы ни входили в оборот новые средства телекоммуникаций (сперва телекс, потом телефакс, теперь электронные средства связи), но и найдет свое подтверждение в формулировках, к которым решила прибегнуть ЮНСИТРАЛ при установлении ее требований к форме фиксации арбитражных соглашений, закрепленных в Типовом законе 1985 года, о чем уже шла речь выше. Типовой закон ЮНСИТРАЛ не является формальным инструментом для толкования Нью-Йоркской конвенции, но было бы естественным толковать эту Конвенцию в свете Ти-

¹³ См., например, австрийское решение, опубликованное в *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. I (1976), p. 183, и швейцарские решения, опубликованные в *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XII (1987), p. 502, и vol. XXI (1996), p. 681.

¹⁴ См. швейцарское судебное решение, опубликованное в *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XXI (1996), p. 685.

¹⁰ См.: Official Records of the General Assembly, Fifty-fourth Session, Supplement No. 17 (A/54/17), paras. 344–350.

¹¹ См.: A/CN.9/WG.II/WP.118, paras. 8–24.

¹² См.: A/CN.9/WG.II/WP.118, para. 11.

пового закона ЮНСИТРАЛ, представляющего собой развитие тех мыслей, на основе которых базируется Конвенция¹⁵.

Такое толкование, однако, не является всеобщим, и уже прозвучали некоторые просьбы о разъяснении этого вопроса¹⁶ с целью предотвращения непоследовательного толкования Нью-Йоркской конвенции различными судами, которое могло бы подорвать единство ее применения, являющееся одним из наиболее ценных достижений Нью-Йоркской конвенции.

По этой причине вышеуказанная рабочая группа по арбитражу ЮНСИТРАЛ разработала некоторые предложения с целью обеспечения единообразного толкования пункта 2 статьи II Нью-Йоркской конвенции, а также с той целью, чтобы это толкование отражало современную практику¹⁷.

Рабочая группа разработала Декларацию по вопросу о толковании пункта 2 статьи II Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, Нью-Йорк, 10 июня 1958 г., Комиссией ООН по праву международной торговли¹⁸, которая задумана как инструмент для толкования [Конвенции].

Эта декларация, в частности, указывает в пункте 4, что она подготовлена в рамках мандата Комиссии по осуществлению гармонизации и унификации международного торгового права. В соответствии со ссылками, которые включены в декларацию, она основана на следующих отправных точках:

¹⁵ Швейцарский Верховный Суд прямо указал, что пункт 2 статьи II Конвенции должен читаться в свете пункта 2 статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ, см.: *van den Berg, A.-J. The Application of the New York Convention by the Courts/van den Berg, A.-J. (ed.) Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series, No. 9, The Hague, Kluwer, 1999. P. 32.*

¹⁶ См. общие соображения и дискуссию в ходе работы рабочей группы ЮНСИТРАЛ по арбитражу, в особенности на ее 32-й сессии (A/CN.9.468, para. 88-106).

¹⁷ См. документацию о работе 32–36-й сессий рабочей группы по арбитражу, особенно A/CN.9.468, para. 88–99; A/CN.9/WG.II/WP.110, paras. 10–14; A/CN.9.465, para. 21–77; A/CN.9.467, para. 22–63; A/CN.9/WG.II/WP.118, paras. 1–33. Полный список документов ЮНСИТРАЛ, отражающих дискуссию по этому вопросу, см. в A/CN.9/WG.II/WP.118, para. 7.

¹⁸ A/CN.9/WG.II/WP.118, paras. 25–30.

(i) необходимость достижения единообразного толкования термина “письменное соглашение” для придания большей устойчивости международным торговым сделкам (п. 9);

(ii) требование о том, чтобы Конвенция толковалась с учетом ее международного происхождения и потребности в достижении единообразия в ее применении (п. 10);

(iii) необходимость принятия во внимание последующих правовых инструментов, таких как Типовые законы ЮНСИТРАЛ “О международном коммерческом арбитраже” и “Об электронном арбитраже”.

Рабочая группа предложила разработать “применимое” толкование, которое будет основано на подходе, принятом в измененном тексте статьи 7 Типового закона “О международном коммерческом арбитраже”, предложенном рабочей группой. На этой стадии предварительные предложения предусматривают, что ЮНСИТРАЛ: “[Рекомендует] или [Заявляет], что определение “письменного соглашения”, использованное в пункте 2 статьи II Конвенции, должно толковаться таким образом, чтобы включать в себя [формулировки, которые основываются на измененном тексте статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ “О международном коммерческом арбитраже”]”.

Декларация ЮНСИТРАЛ не будет иметь обязательной силы для правительств и, разумеется, для судей национальных судов, осуществляющих толкование Нью-Йоркской конвенции. Вызывает сомнения даже то, мо-

жет ли такой инструмент рассматриваться как авторитетный источник толкования Конвенции в строгом значении этого слова, так как вряд ли ЮНСИТРАЛ может считаться органом, уполномоченным разрабатывать или принимать такие инструменты. Однако такой инструмент, несомненно, будет иметь силу официальной точки зрения органа ООН, которому предоставлен мандат по координации деятельности ООН в сфере международной торговли, представляющей собой важную экономическую и правовую систему мира, включающую в себя как развитые, так и развивающиеся государства.

Поэтому толкование ЮНСИТРАЛ может иметь значительный вес при применении Нью-Йоркской конвенции. Остается посмотреть, будет ли такой инструмент, как декларация, достаточным для толкования пункта 2 статьи II Конвенции, которое может оказаться весьма отличающимся от того, которое в настоящее время практикуется в некоторых странах¹⁹.

Толкование этого положения с тем, чтобы включить в него арбитражные соглашения, заключенные в электронной форме, не выходит за рамки обычного широкого толкования, которое, как это указывалось выше, уже использовалось в связи с технологическими достижениями. Поэтому декларация ЮНСИТРАЛ в этом контексте станет еще одним авторитетным голосом, подтверждающим правильность такого подхода.

3. Применение национального закона или статьи II Нью-Йоркской конвенции: существует ли риск потери координации?

Мы установили, что требования к форме фиксации арбитражного со-

глашения значительно отличаются в разных странах, и даже универсальная формулировка, содержащаяся в Нью-Йоркской конвенции, вызывает некоторые затруднения в связи с необходимостью толкования ее текста таким образом, чтобы он охватывал новые технологические достижения. Требования к форме арбитражного соглашения варьируются от полного отсутствия таковых (как, например, в шведском законе и готовящемся норвежском законе) до весьма строгих правовых конструкций (как это установлено в итальянском законе).

Как уже указывалось, действительность арбитражного соглашения имеет значение в двух различных аспектах: в начальной фазе разбирательства, когда должна быть установлена юрисдикция состава арбитража, и на завершающей стадии, когда арбитражное решение должно приводиться в принудительное исполнение (если в этом есть необходимость).

Если арбитражное соглашение признано недействительным на первой из указанных стадий, то в результате этого состав арбитража не будет иметь юрисдикции по рассмотрению спора, который, таким образом, поступит в ведение обычных судов. Если же арбитражное решение будет признано недействительным на последней стадии разбирательства, то арбитражное решение будет невозможно привести в принудительное исполнение.

Теперь изучим вопрос о том, затрагивает ли эффективность арбитража инвариантность критериев для определения действительности арбитражного соглашения. Иными словами, возможна ли ситуация, когда арбитражное соглашение признается недействительным на стадии принудительного исполнения (что делает принудитель-

¹⁹ Этот вопрос обсуждался в ходе дискуссии, отраженной в документе ЮНСИТРАЛ A/CN.9/487, но эта дискуссия была в первую очередь направлена на обсуждение вопроса о возможности замены предъявления арбитражного соглашения предъявлением арбитражных правил или закона об арбитраже.

ное исполнение невозможным), тогда как на первоначальной стадии разбирательства оно было признано действительным (что не позволило обычным судам признать наличие у них юрисдикции по рассмотрению спора)? Такая потеря координации будет, несомненно, невыгодна стороне, выигравшей арбитраж, которая не сможет привести арбитражное решение в принудительное исполнение и не сможет добиться рассмотрения дела обычными судами.

Для того чтобы выяснить, возможна ли такая потеря координации, необходимо изучить критерии, по которым на каждой из указанных стадий оценивается действительность арбитражного соглашения.

3.1. Практика признает статью II Нью-Йоркской конвенции в качестве критерия

Уже давно и авторитетно было заявлено, что выполнение требования о письменной форме арбитражного соглашения должно оцениваться на основе критериев, предусмотренных пунктом 2 статьи II Нью-Йоркской конвенции, независимо от того, на какой стадии разбирательства осуществляется такая оценка²⁰. Иными словами, стандарт, заложенный пунктом 2 статьи II, традиционно считается подлежащим применению, независимо от того, каким национальным арбитражным законодательством надлежит руководствоваться, и при решении вопроса о юрисдикции арбитража, и при

решении вопроса о принудительном исполнении арбитражного решения²¹.

Последний вывод противоречит буквальному толкованию Нью-Йоркской конвенции, так как подпункт “а” пункта 1 статьи V, регулирующий принудительное исполнение арбитражных решений, предусматривает, что в принудительном исполнении может быть отказано, если “...соглашение, указанное в статье II... недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону страны, где решение было вынесено”. Несмотря на формулировку подпункта “а” пункта 1 статьи V, отсылающего к национальному законодательству для оценки действительности арбитражного соглашения, юридическая практика традиционно использует пункт 2 статьи II в качестве критерия, подлежащего применению в этом случае, и лишь отдельные судебные решения, вынесенные в Италии, настаивают на том, что на разных стадиях разбирательства применяются различные критерии, а статья II неприменима на стадии принудительного исполнения²².

Причина такого расширенного применения Нью-Йоркской конвенции состоит в том, что на протяжении более чем 40 лет (а особенно в течение первых десятилетий ее применения) эта Конвенция представляла собой принятый на международном уровне стандарт, который часто являл собой более простой и менее обременительный законодательный акт об арбитраже по сравнению с требованиями на-

циональных законов. Предпочтение, отдаваемое пункту 2 статьи II, другими словами, следует из стремления применять более дружественное по отношению к арбитражу законодательство, нежели то, которое предлагалось национальными законами.

3.2. Остается ли пункт 2 статьи II по-прежнему более дружественной по отношению к арбитражу нормой по сравнению с национальным законодательством?

Мы уже увидели, что стандарт [правового акта], дружественного по отношению к арбитражу, значительно изменился за последние годы в связи с тем, что был предпринят ряд реформ национального законодательства²³. Несколько десятилетий назад вполне можно было заявить, что “значение универсальной роли нормы пункта 2 статьи II состоит в том, что она представляет собой одновременно минимальные и максимальные требования, которые имеют преимущественную силу перед большими или меньшими требованиями, предъявляемыми местным законодательством”²⁴. Теперь же характер нормы пункта 2 статьи II Конвенции как содержащей минимальные требования к форме арбитражного соглашения все чаще оспаривается.

Мы установили, что пункт 2 статьи II требует соблюдения письменной формы и описывает соблюдение этого критерия на примере обмена письмами или телеграммами. С точки зрения буквального толкования эта статья не должна позволять заключения арбитра-

жного соглашения по телексу, телефаксу или электронными средствами коммуникации. Тем не менее мы видели, что судебная практика выработала расширительное толкование, которое в любом случае распространяется на арбитражные соглашения, заключенные по телексу или телефаксу, и что ожидается дальнейшее распространение такого толкования, которое охватит и электронные средства связи. Некоторые национальные законы, в том числе и те, которые основаны на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, не оставляют никаких сомнений в том, что арбитражные соглашения, заключаемые в электронной форме, допустимы. Такое расширение стандарта соблюдения требования о письменной форме арбитражного соглашения не представляется особенно существенным изменением ситуации, так как мы уже убедились в том, что оно не создаст особых проблем для того, чтобы считать Нью-Йоркскую конвенцию охватывающей и арбитражные соглашения, заключенные в электронной форме.

Напротив, серьезные изменения в стандарт соблюдения требования о письменной форме привносятся теми законами, которые допускают заключение арбитражных соглашений в неявной форме (как, например, в Германии) или вообще не содержат никаких требований в отношении формы арбитражного соглашения (как, например, это сделано в шведском законе и в норвежском законопроекте).

Когда национальные арбитражные законы становятся более дружественными по отношению к арбитражу по сравнению с Нью-Йоркской конвенцией, возникает вопрос о том, про-

²⁰ Наиболее авторитетный комментарий к Нью-Йоркской конвенции см.: *van den Berg, A.-J. The New York Convention of 1958*, 1981. P. 170. Второе издание этой отличной книги уже давно ожидается, но автор имел возможность подтвердить изложенные в ней выводы в анализе рассматриваемых в этой статье вопросов, предпринятый в *The Application of the New York Convention by the Courts*, p. 31.

²¹ Конкретно о применимости критерия пункта 2 статьи II Конвенции на стадии принудительного исполнения арбитражного решения см.: *van den Berg, A.-J. The New York Convention of 1958*, 1981. P. 284; эти же выводы были недавно подтверждены ссылками на практику в кн.: *van den Berg, A.-J. Consolidated Commentary on Volumes XX–XXI, Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XXI (1996). P. 485.

²² См., напр.: Supreme Court decision No. 637, 20 January 1995, *Rivista dell'Arbitrato*, 1995, 449, and *Yearbook Commercial Arbitration*, vol. XXI (1996). P. 602.

²³ Либеральные требования к форме арбитражного соглашения за последние годы были внедрены в следующих странах: Англия, где в 1996 году был принят новый Закон об арбитраже; Германия, где в 1997 году изменению подверглась соответствующая глава ГПК; Швеция, где в 1999 году был принят новый Закон об арбитраже. Норвегия находится в стадии принятия нового законодательства. Швейцария еще раньше приняла либеральное направление, изменив свое арбитражное законодательство в 1987 году, а Типовой закон ЮНСИТРАЛ был разработан еще раньше, в 1985 году.

²⁴ *Van den Berg, A.-J. The Application of the New York Convention by the Courts*. P. 31.

должать ли применять критерии, предусмотренные пунктом 2 статьи II Конвенции, или следует обратиться к более либеральным критериям, закрепленным в национальном законодательстве. На начальной стадии арбитражного разбирательства преимущество национальных законов может быть поставлено под сомнение, так как их применение может быть расценено как нарушение пункта 2 статьи II Конвенции²⁵, но на стадии принудительного исполнения арбитражных решений применение таких национальных законов несомненно оправданно, если применение стандарта, заложенного в пункте 2 статьи II, приведет к нарушению норм подпункта “а” пункта 1 статьи V Конвенции. На этой стадии сама причина неприменения норм подпункта “а” пункта 1 статьи V Конвенции исчезает, если подлежащий применению национальный закон более дружелюбен по отношению к арбитражу, нежели пункт 2 статьи II Конвенции.

Таким образом, дружелюбный по отношению к арбитражу характер некоторых национальных законов ставит под вопрос применимость критерия, предусмотренного пунктом 2 статьи II, по крайней мере – на стадии принудительного исполнения арбитражного решения.

3.3. Оговорка статьи VII Конвенции о более выгодной норме

Статья VII Конвенции о так называемой “более выгодной норме” является другим фактором, который может подорвать значение пункта 2 статьи II как универсального правила. Статья VII Конвенции предусматривает, что постановления этой Конвенции “...не лишают никакую заинтересованную сто-

рону права воспользоваться любым арбитражным решением в том порядке и в тех пределах, которые допускаются законом или международными договорами страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение такого арбитражного решения”. Если применение национального закона более выгодно с точки зрения принудительного исполнения, то этот национальный закон подлежит применению вместо критериев, содержащихся в самой Нью-Йоркской конвенции.

Однако буквальное толкование этой нормы не разрешает всех проблем, которые могут возникнуть вследствие коллизии стандартов, применяемых к форме арбитражного соглашения. Статья VII поможет только в том случае, если более выгодная норма предусмотрена законом той страны, где испрашивается приведение арбитражного решения в исполнение. Если же такая более выгодная норма включена в закон страны, где проводится арбитражное разбирательство, то формулировки статьи VII окажутся бесполезными (если только суд, рассматривающий ходатайство о принудительном исполнении, не станет применять нормы подпункта “а” пункта 1 статьи V Конвенции буквально, а не так, как их применяют в сложившейся практике).

4. Последствия применения различных критериев

Если на различных стадиях арбитражного процесса используются различные критерии оценки действительности арбитражного соглашения, то возможно представить себе ряд ситуаций, когда отсутствие координации между различными стадиями процесса будет иметь существенные последствия.

4.1. Применение национальных законов: координация со статьей IV Нью-Йоркской конвенции

Сначала представим себе, что арбитражное соглашение было заключено в неявной форме. Но если оно регулируется, например, шведским или германским правом, то оно будет действительным. Представим себе, что проигравшая арбитраж сторона не исполняет решения добровольно и победитель обращается в государственные суды страны, где у проигравшей стороны есть активы, за принудительным исполнением.

Мы знаем, что арбитражное решение подлежит принудительному исполнению, если только не наличествует хотя бы одно из тех оснований для отказа в принудительном исполнении, которые перечислены в статье V Нью-Йоркской конвенции.

Если суд решит толковать подпункт “а” пункта 1 статьи V Конвенции в соответствии со сложившейся практикой, то есть как содержащий внутреннюю отсылку к пункту 2 статьи II Конвенции, в данном случае это станет препятствием к исполнению арбитражного решения. Однако есть основания полагать, что суд, перед которым испрашивается принудительное исполнение, будет толковать подпункт “а” пункта 1 статьи V буквально (то есть не в соответствии с общим подходом, обычно применяемым на практике), и посчитает арбитражное соглашение действительным (хотя оно и недействительно по пункту 2 статьи II Конвенции), так как оно действительно по праву, которому это соглашение было подчинено.

Тем не менее у взыскателя возникнет еще одно осложнение, на этот раз связанное со статьей IV Нью-Йоркской конвенции. Эта статья перечисляет те процессуальные требования, которые должны быть соблюдены для осуществления принудительного

исполнения арбитражного решения. Одним из таких требований является то, что сторона, испрашивающая признание и приведение в исполнение, при подаче такой просьбы представляет в суд “подлинное соглашение, упомянутое в статье II, или должным образом заверенную копию такового”.

Если же соглашение было устным, то очевидно, что ни его подлинник, ни его копия представлены суду быть не могут. Но это препятствие не является непреодолимым, так как оно более представляет собой проблему иерархии между статьями IV и V Нью-Йоркской конвенции.

Можно предположить, что статья V является главной статьей Конвенции, так как она перечисляет исчерпывающим образом основания для отказа в принудительном исполнении. Если требования к действительности арбитражного соглашения, предусмотренные подпунктом “а” пункта 1 статьи V Конвенции, соблюдаются, то можно спорить о том, что статья IV не может заключать в себе дополнительных требований к действительности арбитражного соглашения, так как она содержит “лишь” некоторые процессуальные правила, которые не могут ограничивать защиту, предоставленную управомоченному лицу статьей V.

Тем не менее все-таки вряд ли можно так просто полностью игнорировать одно из всего двух процессуальных правил, предусмотренных Нью-Йоркской конвенцией.

4.2. Применение статьи II Нью-Йоркской конвенции: координация с национальным правом

Теперь предположим, что в описанной выше ситуации (неформальное арбитражное соглашение действительно по праву, которому оно подчинено) суд, рассматривающий ходатайство о принудительном исполнении,


²⁵ См., однако, решения Верховного Суда Германии, опубликованные в Yearbook Commercial Arbitration, vol. II (1977), p. 242, и Yearbook Commercial Arbitration, vol. XX (1995), p. 666, подтверждающие, что пункт 2 статьи II допускает применение национального законодательства, прокомментированные в: van den Berg, A.-J. The Application of the New York Convention by the Courts. P. 32.

принимает решение не отказываться от общепринятого толкования подпункта "а" пункта 1 статьи V, которое предполагает отсылку к пункту 2 статьи II Конвенции при решении вопроса о действительности арбитражного соглашения.

Тогда такой суд откажет в принудительном исполнении арбитражного решения, так как арбитражное соглашение не соответствовало требованиям к его форме, предъявляемым пунктом 2 статьи II Нью-Йоркской конвенции. Если у проигравшей стороны есть активы в других странах, то взыскатель может попытаться принудительно исполнить арбитражное решение в таких странах. Но если суды этих стран придерживаются такого же толкования подпункта "а" пункта 1 статьи V или если у проигравшей стороны нет активов в других странах, то выигравшая арбитраж сторона останется с неисполнимым арбитражным решением на руках.

Тогда выигравшая сторона может попытаться обратиться в обычные государственные суды с иском с целью получить судебное решение вместо арбитражного решения, которое оказалось непригодным к принудительному исполнению. Однако, учитывая законодательство места такого обращения, истец может столкнуться с отказом судов в признании наличия у них юрисдикции по рассмотрению спора, так как предмет спора охвачен арбитражным соглашением, могущим быть действительным по закону, который применяет такой суд.

5. Заключение

Ситуации, рассмотренные непосредственно выше, несомненно, удручают. Существует риск того, что сторона, которая пройдет через долгие и дорогостоящие процедуры арбитражного разбирательства, останется с арбитраж-


ражным решением, которое не может быть исполнено.

Однако такие ситуации являются не единственными негативными последствиями инвариантности меняющихся требований к форме арбитражного соглашения. Другим последствием – и также негативным – является то, что процедура приведения в принудительное исполнение арбитражных решений становится все менее и менее предсказуемой.

Если Нью-Йоркская конвенция будет толковаться различным образом, стороне, желающей исполнить арбитражное решение, придется взвешивать и иметь в виду целый ряд изменяющихся факторов, влияющих на дружественность по отношению к арбитражу органов, которым придется толковать Конвенцию: является ли подход того или иного суда дружественным по отношению к арбитражу, а если да, то пожелает ли этот суд применять подпункт "а" пункта 1 статьи V с учетом ссылки на пункт 2 статьи II, или в праве, применимом к арбитражному соглашению, установлены более строгие требования к его форме? При этом, если в применимом праве существует более либеральный подход к требованиям, предъявляемым к форме арбитражного соглашения [по сравнению со статьей II Конвенции], суд может пожелать применить такое право. Если же суд, перед которым испрашивается принудительное исполнение, настроен по отношению к арбитражу недружественно, два перечисленных выше варианта его поведения будут, по всей видимости, противоположными.

Все это, несомненно, наносит ущерб единообразию применения Нью-Йоркской конвенции.

В заключение отметим, что получается, что более либеральные требования к форме арбитражных соглашений, предусмотренные новым законодательством, принимавшиеся с целью

облегчения обращения в арбитраж, могут вызвать к жизни противоположный результат, затруднив использование такого полезного инструмента, как Нью-Йоркская конвенция.

Разумеется, это не означает, что с целью упрощения применения арбитража следует воздержаться от любо-

го улучшения арбитражного законодательства. Мы только хотели обратить внимание сторон на трудности, с которыми они могут встретиться, если пожелают воспользоваться нормами о форме фиксации арбитражного соглашения, отличающимися от стандартов, заложенных в Нью-Йоркской конвенции.

Вопросы, связанные с соотношением понятий "исключительная компетенция государственных судов" и "арбитрабельность", в последнее время стали предметом горячих дискуссий. Высказываются зачастую полярные суждения – от мнения о том, что статья 248 АПК РФ 2002 года вообще не касается вопроса об арбитрабельности споров, до мнения о том, что закрепление в исключительной компетенции арбитражных судов Российской Федерации какой-либо категории споров согласно этой статье исключает возможность их передачи в арбитраж даже при наличии арбитражного соглашения, охватывающего стороны спора и его предмет. В обоснование правильности своих подходов авторы часто ссылаются на нормы иностранного права. Предлагаем вниманию читателей мнение германского специалиста по этому вопросу.

*Александр ТРУНК,
профессор, доктор юридических наук,
директор Института восточноевропейского права
Университета Кристиана-Альбрехта, г. Киль, ФРГ*

Объективная арбитрабельность споров и исключительная компетенция государственных судов по германскому праву

В последнее время специалисты в области международного частного права стали уделять все большее внимание сопоставлению норм законодательства различных государств

об объективной арбитрабельности споров (то есть их возможности быть переданными на рассмотрение третейских судов, в том числе и международных) и об исключительной компетен-

ции государственных судов по рассмотрению отдельных категорий дел, в первую очередь – споров, связанных с недвижимым имуществом. Высказываются различные суждения о соотношении указанных правовых институтов и их возможном взаимопроникновении. Целью настоящей небольшой статьи является описание соответствующих норм германского права и изучение практики германских судов, связанной с их применением.

Глава ГПК Германии, посвященная арбитражу (параграфы 1025–1066), была изменена в 1998 году и теперь основывается на нормах, соответствующих (с небольшими отличиями) положениям Типового закона ЮНСИТРАЛ “О международном коммерческом арбитраже” 1985 года. Вопросы объективной арбитрабельности регулируются параграфом 1030 ГПК, который гласит:

“1. Любое требование **имущественного характера** (здесь и далее выделено мною. – А.Т.) (*vermögensrechtlicher Anspruch*) может быть предметом арбитражного соглашения. Арбитражное соглашение, касающееся **требований неимущественного характера**, имеет юридическую силу в той мере, в которой стороны вправе заключить мировое соглашение в отношении предмета спора.

2. Арбитражные соглашения, касающиеся правовых споров о существовании договоров о найме жилого помещения в Германии, ничтожны. Ука-

занное не относится к жилым помещениям, упомянутым в подп. 1–3 п. 2 § 549 Гражданского кодекса Германии¹.

3. Положения законодательства, не входящие в настоящую Книгу (то есть в параграфы 1025–1066 ГПК. – А.Т.), в соответствии с которыми споры не могут быть переданы на рассмотрение арбитражей или могут быть переданы на рассмотрение арбитражей при соблюдении определенных условий, сохраняют свою силу”.

Споры, касающиеся недвижимого имущества, проистекают из прав, связанных с экономикой или имеющих экономическую направленность. Поэтому они относятся к категории споров имущественного характера и их можно считать охваченными нормами первого предложения пункта 1 параграфа 1030 ГПК Германии.

По общему мнению современных германских специалистов в области арбитража, *следует четко отличать* вопросы объективной арбитрабельности от исключительной компетенции государственных судов². Такой подход также нашел подтверждение в судебной практике³. Споры, связанные с недвижимостью (например, по вопросам продажи недвижимости, права собственности на недвижимость или вещных прав для обеспечения кредитов), прямо указаны в комментариях в качестве примера споров, которые могут передаваться на рассмотрение в арбитраж⁴.

¹ В некоторых переводах используется устаревший термин “Германское гражданское уложение”.

² См.: Geimer, in: Zöller (Hrsg.). Zivilprozessordnung, 23. Aufl. (2002), § 1030 Rdz. 4; Münch, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3, 2. Aufl. (2001), § 1030 Rdz. 2, 17; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 2. Aufl. (2002) Rdz. 207; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit Kommentar, 6. Aufl. (2000) S. 37; Schlosser, in: Stein-Jonas (Hrsg.). Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 7/II, 21. Aufl. (1994), § 1025 Rdz. 27d. Сравнительно-правовой анализ данной проблематики представлен в: Poudret/Besson. Droit Comparé de l'arbitrage international (2002), note 345 et suiv.

³ См. решение Федерального Верховного Суда от 29 марта 1996 г. BGHZ 132, 278 (282) по корпоративно-правовому спору (в отличие от предыдущей судебной практики).

⁴ См.: Geimer, in: Zöller (Hrsg.). Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl. (2002), § 1030 Rdz.22; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 4. Aufl. (2001) Rdz.3813; Hausmann, in: Reithman/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 5. Aufl. (1996) Rdz.2480.

Из указанного правила об объективной арбитрабельности существует одно явно выраженное исключение, касающееся недвижимости: пункт 2 параграфа 1030 ГПК Германии исключает из предмета арбитражных споров споры, касающиеся отношений между арендаторами и арендодателями жилых помещений. Такое исключение корреспондирует норме параграфа 29а ГПК Германии об исключительной компетенции государственных судов по данной категории споров⁵. Причиной такого исключения является специальный подход германского материального права, изложенный в Гражданском кодексе Германии, направленный на защиту прав арендаторов в спорах с арендодателями. Но все наиболее известные комментаторы сходятся во мнении, что пункт 2 параграфа 1030 ГПК не может применяться по аналогии к другим категориям споров, когда законом предусмотрена исключительная компетенция государственных судов⁶.

В соответствии с пунктом 3 параграфа 1030 ГПК Германии допускается существование законодательства, не входящего в главу ГПК, посвященную арбитражу (параграфы 1025–1066), которое может предусматривать исключения из объективной арбитрабельности споров. Но при этом немецкие ученые согласны с тем, что нормы об исключительной компетенции государственных судов не могут толковаться как ограничивающие объективную арбитрабельность, так как арбитраж и государственные суды касаются различных правовых механизмов и ценностей. Положения об исключительной компетенции государственных судов обусловлены различными политико-правовыми причинами и це-

лями, например, территориальная близость суда к доказательствам, защита одной из сторон или цель публичного контроля. В отличие от этого правила об объективной арбитрабельности посвящены вопросу о том, по каким категориям дел государство хочет сохранить возможность разрешения споров исключительно государственными органами. Подход к объективной арбитрабельности может быть основан (но не обязательно основывается) на тех же основаниях, что и исключительная компетенция внутри системы государственных судов. Третейский суд (или арбитраж) может, при определенных обстоятельствах, защищать охраняемые интересы (например, территориальная близость к доказательствам, гарантия эффективности исполнения решения и т.д.) даже лучше, чем государственные суды. В то же время комментаторы считают, что в отдельных случаях законодательство может содержать правила об исключениях из объективной арбитрабельности, сформулированные либо непосредственно в законодательных нормах, либо на основе их системного толкования.

Германское гражданско-процессуальное законодательство предусматривает ряд случаев, когда определенные категории споров закрепляются в исключительной компетенции государственных судов: это споры о недвижимом имуществе (параграф 24 ГПК), споры между арендатором и арендодателем (параграф 29а ГПК), определенные виды потребительских споров (параграф 29с ГПК), некоторые споры в области природопользования (параграф 32а ГПК), споры, вытекающие из семейного права (параграфы 60б, 621, 640а ГПК), споры по определен-

⁵ Сфера действия параграфа 29а ГПК несколько шире, чем пункта 3 параграфа 1030 ГПК, так как параграф 29а предусматривает исключительную компетенцию даже в отношении найма нежилых помещений. Это является дополнительным доказательством того, что немецкое право отличает правила об исключительной компетенции от правил об арбитрабельности.

⁶ См.: Münch, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2. Aufl. (2002), § 1030 Rdz.2.

ным вопросам исполнения судебных решений (параграф 802 ГПК). Некоторые положения об исключительной компетенции германских государственных судов включены в законодательство, не входящее непосредственно в ГПК Германии, например в Кодекс о несостоятельности, в корпоративное законодательство (в законы об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью). Также иногда отмечается различие между исключительной компетенцией по отдельным категориям споров и исключительной территориальной компетенцией⁷.

Также очень важны правила о международной исключительной компетенции, основанные либо на аналогичном применении правил территориальной компетенции, предусмотренных ГПК, либо на нормах отдельных международных договоров или законодательства Европейского Союза. Например, Директива ЕС № 44/2001 от 22 декабря 2001 г. о компетенции и признании и исполнении судебных решений по гражданско-правовым и коммерческим спорам (пришедшая на смену так называемой Брюссельской конвенции 1968 года) предусматривает некоторые случаи исключительной или полусключительной компетенции (статья 22, а также ста-

тьи 8–14 – в отношении споров о страховании, статьи 15–17 – в отношении споров о защите прав потребителей, частично статьи 18–21 – в отношении трудовых споров).

Однако, как указывалось выше, такие правила об исключительной компетенции государственных судов (по определенным категориям споров, территориальной или международной) не рассматриваются в Германии в качестве запрета на передачу в арбитраж таких споров.

В то же время германская судебная практика и специальная литература выделяют отдельные случаи объективной неарбитрабельности споров, затрагивающих экономические интересы. Такими, например, являются споры из семейного права, по вопросам, связанным с действием патентов (за исключением споров о нарушении прав патентообладателей), и большинство дел, связанных с так называемой добровольной подсудностью (особое производство, например, споры с органами, ведущими Государственный реестр юридических лиц или недвижимости)⁸. Также считаются неарбитрабельными некоторые корпоративные споры, хотя и в судебной практике, и в специальной литературе просматривается тенденция, направленная на сокращение их числа⁹.

Из практики судов различных государств по приведению в исполнение и оспариванию решений международных арбитражей

Интересное дело, в котором решение международного коммерческого арбитража фигурирует в качестве юридического факта, а не процессуального документа в рамках глав 30 или 31 АПК РФ.

ФЕДЕРАЛЬНЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД СЕВЕРО-ЗАПАДНОГО ОКРУГА

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

от 15 декабря 2004 г.

Дело № А56-5143/04

Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа в составе председательствующего Лавриненко Н.В., судей Казанцевой Р.В. и Матлиной Е.О., при участии от ОАО “Криница” Розанцевой Л.В. (доверенность от 01.03.2004), от ЗАО “РоСко” Ткачевой Л.Н. (доверенность от 01.12.2004 № 53), рассмотрев 09.12.2004 в открытом судебном заседании кассационную жалобу открытого акционерного общества “Криница” на решение от 15.04.2004 (судья Виноградова Л.В.) и постановление апелляционной инстанции от 09.08.2004 (судьи Алексеев С.Н., Полубехина Н.С., Сергиенко А.Н.) Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области по делу № А56-5143/04,

у с т а н о в и л:

Открытое акционерное общество “Криница” (далее – ОАО “Криница”) обратилось в Арбитражный суд города Санкт-Петербурга и Ленинградской области с иском к акционерному обществу закрытого типа “РоСко” (далее – АОЗТ “РоСко”) о взыскании 3 270 966 руб. 65 коп., из которых 2 298 571 руб. 65 коп. – основной долг, 229 857 руб. – пени за нарушение сроков выполнения обязательств, 37 020 руб. – убытки, понесенные ОАО “Криница” в связи со взысканием по решению Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее – МКАС) процентов по займу от 14.08.2001 № 1/Р.

К участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора, привлечено открытое акционерное общество “Пивоваренная компания “Балтика” (далее – Пивоваренная компания).

⁷ См.: Putzina, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, 2. Aufl. (2000), § 40 Rdz.7 ff.

⁸ Однако даже в этих областях ведутся горячие дискуссии о том, могут ли такие дела быть переданы в арбитраж. См. Voit, in: Musielak (Hrsg.). Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Aufl. (2005), § 1030 Rdz.2 ff.

⁹ См.: Geimer, in: Zöller (Hrsg.). Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl. (2002), § 1030 Rdz.9 ff.

В порядке статьи 49 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации истец уточнил иски требования и просил взыскать 2 298 571 руб. 65 коп. основного долга, 229 857 руб. пеней за нарушение сроков выполнения обязательств, 37 606 руб. 98 коп. убытков, понесенных ОАО “Креница” в связи со взысканием по решению МКАС процентов по займу от 14.08.2001 № 1/Р, 30 303 руб. 82 коп. арбитражного сбора, 674 627 руб. 20 коп. неустойки за период с 01.01.2002 по 01.01.2004.

Решением от 15.04.2004 в удовлетворении исковых требований отказано. Постановлением апелляции от 09.08.2004 решение оставлено без изменений.

В кассационной жалобе ОАО “Креница” просит решение и постановление апелляции отменить, принять новое решение, удовлетворив иски требования. Податель жалобы считает, что выводы судов не соответствуют материалам дела и противоречат статьям 779 и 780 Гражданского кодекса Российской Федерации. По мнению подателя жалобы, также является ошибочным вывод суда апелляции о том, что ОАО “Креница” не производило оплаты по данному договору и, следовательно, не понесло убытков.

В судебном заседании представитель ОАО “Креница” поддержал доводы, изложенные в жалобе, и просил удовлетворить ее.

Представитель АОЗТ “РоСко” с доводами жалобы не согласился и просил отказать в ее удовлетворении.

Законность обжалуемых судебных актов проверена кассационной инстанцией.

Как следует из материалов дела, 03.12.2001 между АОЗТ “РоСко” (исполнитель) и ОАО “Креница” (заказчик) был заключен договор № 54 на оказание услуг по организации перевозки крупногабаритных, тяжеловесных грузов по маршруту, указанному в заявлениях заказчика, поступающих в ОАО “Креница” (л.д. 11–12).

Пунктом 2.2 договора предусмотрена возможность осуществления платежей за ОАО “Креница” по данному договору Пивоваренной компанией. Счет от 03.12.2001 № 224, выставленный АОЗТ “РоСко” на сумму 2 704 201 руб. 94 коп. (л.д. 21), оплачен Пивоваренной компанией платежным поручением от 05.12.2001 № 20258 (л.д. 22) с указанием назначения платежа: “предоплата за услуги по оказанию перевозки по сч. 224 от 03.12.2001 за вычетом налога на доход 6% в счет займа, предоставленного ОАО “Креница” по договору займа от 14.08.2001 № 1/Р” (л.д. 22).

ОАО “Креница” признало указанный платеж своим долгом перед Пивоваренной компанией.

Полагая, что услуги по договору от 03.12.2001 № 54 не были оказаны, ОАО “Креница” обратилось в арбитражный суд с иском к ЗАО “РоСко” о взыскании предоплаты по договору.

Отказывая в удовлетворении исковых требований, суд первой инстанции исходил из того, что ответчик выполнил условия договора, получил и оплатил все необходимые разрешения и согласования на транспортировку груза. Услуги по перевозке груза не входили в предмет договора. Оставляя без изменений решение, апелляция исходила из того, что по заключенному сторонами договору истец не производил оплаты, услуги фактически не были оказаны, договор не был исполнен обеими сторонами. Следовательно, стороны не понесли убытков от неисполнения договора и иски требования являются необоснованными.

Согласно статье 779 Гражданского кодекса Российской Федерации по договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги.

Предметом договора от 03.12.2001 № 54 являлись услуги АОЗТ “РоСко” по организации перевозки крупногабаритных, тяжеловесных грузов по маршруту, указанному ОАО “Креница”.

Следовательно, суду надлежало установить, оказаны ли эти услуги. Суд первой инстанции в обоснование вывода о выполнении ответчиком обязательств по договору сослался на материалы, содержащиеся во втором томе настоящего дела. Между тем из этих материалов следует, что услуги оказывались ответчиком Пивоваренной компании. Данное обстоятельство подтверждено и третьим лицом в отзыве (л.д. 51, т. 1).

Апелляционная инстанция сделала вывод о том, что услуги по договору не оказывались.

Что касается убытков, то суды первой и апелляционной инстанций пришли к выводу об их отсутствии у истца. Причем апелляция указала на то, что убытки по невыполненному договору перевозки могла понести Пивоваренная компания.

Между тем истец просил взыскать предоплату и убытки по договору оказания услуг, а перевозка в предмет договора от 03.12.2001 № 54 не входила.

Оплата услуг по договору должна была производиться самим заказчиком или Пивоваренной компанией на основании счета и копии документов, подтверждающих понесенные исполнителем расходы.

Платежным поручением от 05.12.2001 № 20258 Пивоваренная компания оплатила названный счет со ссылкой на то, что оплата производится в счет займа, предоставленного ОАО “Креница” по договору займа от 14.08.2001 № 1/Р.

Решением МКАС от 03.09.2002 с ОАО “Креница” в пользу Пивоваренной компании взыскана сумма займа, предоставленного истцу по договору от 14.08.2001 № 1/Р.

Указанное обстоятельство не было предметом исследования и оценки суда. Кроме того, к кассационной жалобе истец приложил постановление хозяйственного суда города Минска от 09.04.2004 о завершении работы по исполнительным производствам, возбужденным на основании решения МКАС, которое также не исследовалось судом.

С учетом изложенного кассационная инстанция считает обжалуемые судебные акты подлежащими отмене с направлением дела на новое рассмотрение.

При новом рассмотрении суду надлежит тщательно исследовать, были ли ответчиком оказаны услуги именно истцу и какие именно, были ли истцу представлены акты выполненных работ, как того требует пункт 3.2.2 договора от 03.12.2001 № 54, а также исследовать обстоятельства, связанные с расчетами по договору, с учетом решения МКАС и постановления хозяйственного суда города Минска и разрешить спор в соответствии с добытыми доказательствами и требованиями закона.

Руководствуясь статьями 286 – 289 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа

п о с т а н о в и л:

решение от 15.04.2004 и постановление апелляции от 09.08.2004 Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области по делу № А56-5143/04 отменить.

Дело направить на новое рассмотрение в арбитражный суд первой инстанции.

Председательствующий

Н.В. ЛАВРИНЕНКО

Судьи

Р.В. КАЗАНЦЕВА
Е.О. МАТЛИНА

Суд удовлетворил заявление иностранного юридического лица о признании и приведении в исполнение решения Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма о взыскании с ООО долга и процентов по договору поставки рыбных кормов, а также судебных расходов, отклонив довод ООО о том, что указанное решение противоречит публичному порядку Российской Федерации в связи с его незаконностью и несоответствием практике взыскания неустойки в Российской Федерации, поскольку государственный арбитражный суд не вправе пересматривать решение, вынесенное иностранным арбитражем.

ФЕДЕРАЛЬНЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД СЕВЕРО-ЗАПАДНОГО ОКРУГА

ПОСТАНОВЛЕНИЕ

от 9 декабря 2004 г.

Дело № А42-4747/04-13

Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа в составе председательствующего Изотовой С.В., судей Афанасьева С.В. и Кирилловой И.И., при участии от АО “Дана Фид А/С” Самойлова С.Г. (доверенность от 04.06.2003), от ООО “Арктик-Салмон” генерального директора Шияновой А.Г., Паршиной Л.Г. (доверенность от 26.11.2004), рассмотрев 02.12.2004 в открытом судебном заседании кассационную жалобу общества с ограниченной ответственностью “Арктик-Салмон” на определение Арбитражного суда Мурманской области от 27.09.2004 по делу № А42-4747/04-13 (судья Семенов Е.Ю.),

у с т а н о в и л:

Акционерное общество по законодательству Королевства Дании “Дана Фид А/С” (далее – Компания) обратилось в Арбитражный суд Мурманской области с заявлением о признании и приведении в исполнение решения Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма от 30.03.2004 по делу № 133/2003 о взыскании с общества с ограниченной ответственностью “Арктик-Салмон” (далее – ООО “Арктик-Салмон”) в пользу Компании 3 387 565,36 датской кроны (в том числе, 2 262 921 датской кроны основного долга и 1 124 644,36 датской кроны процентов за период по 25.02.2004 включительно) с добавлением в дальнейшем 2 процентов в месяц от суммы основного долга (2 262 921 датской кроны) до даты получения указанной суммы Компанией, а также о взыскании 5250 евро и 1200 шведских крон совокупных арбитражных расходов и 294 694,94 датской кроны расходов на юридическое представительство.

Определением Арбитражного суда Мурманской области от 27.09.2004 заявление удовлетворено.

В кассационной жалобе ООО “Арктик-Салмон” просит отменить определение, направить дело на новое рассмотрение. Податель жалобы считает, что вывод суда о надлежащем уведомлении ответчика о рассмотрении дела не соответствует материалам дела; суд не применил положения статьи 10 Конвенции о направлении за границу судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам 1965 года; суд при оценке дееспособности стороны не исследо-

вал вопрос о полномочиях ее представителя; суд не дал оценки договору, на основании которого принято решение о взыскании; решение иностранного суда противоречит публичному порядку Российской Федерации.

В отзыве на кассационную жалобу Компания просит оставить кассационную жалобу без удовлетворения, указывая на то, что Конвенция о направлении за границу судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам (Гаага, 1965 г.) касается уведомлений по спорам, рассматриваемым государственными судами; уведомление же должника осуществлялось в соответствии с порядком, установленным пунктом 2 статьи 12 Регламента Арбитражного института Торговой палаты и не противоречит статье 3 Закона Российской Федерации “О международном коммерческом арбитраже”; исковое заявление о признании оспариваемой сделки недействительной оставлено без рассмотрения определением Арбитражного суда Мурманской области от 08.07.2004.

Суд кассационной инстанции отклонил ходатайство ООО “Арктик-Салмон” о недопущении к участию в деле представителя Компании, поскольку его полномочия удостоверены доверенностью, выданной Компанией и подписанной от ее имени директором, являющимся одновременно и членом ее совета директоров.

В судебном заседании представители ООО “Арктик-Салмон” поддержали доводы кассационной жалобы. Представитель Компании, ссылаясь на законность и обоснованность судебного акта, просил оставить жалобу без удовлетворения по мотивам, изложенным в отзыве.

Законность обжалуемого судебного акта проверена в кассационном порядке.

Как следует из материалов дела, между Компанией и закрытым акционерным обществом “Арктик-Салмон” (далее – ЗАО “Арктик-Салмон”), правопреемником ООО “Арктик-Салмон”, 30.03.2001 заключен контракт, в соответствии с которым Компания обязалась продать, а ЗАО “Арктик-Салмон” купить рыбные корма “Троут Дан-Экс 1352” и “Троут Дан-экс 2446” в количестве до 600 тыс. кг в ассортименте и по цене, согласованным в отдельных приложениях к контракту отдельно на каждую партию. Общая стоимость контракта определена в сумме 4 050 000 датских крон, или 2 468 097 долларов США. Пунктом 8 контракта предусмотрено, что все противоречия, которые невозможно решить путем переговоров, разбираются в Арбитражном суде в Стокгольме, Швеция.

Полагая, что ООО “Арктик-Салмон” ненадлежащим образом исполнило обязательства по указанному контракту, Компания инициировала арбитражное разбирательство. Решением от 30.03.2004 по делу № 133/2003 Арбитражный институт Торговой палаты г. Стокгольма взыскал с ООО “Арктик-Салмон” в пользу Компании 3 387 565,36 датской кроны (в том числе, 2 262 921 датскую крону основного долга и 1 124 644,36 датской кроны процентов за период по 25.02.2004 включительно) с добавлением в дальнейшем 2 процентов в месяц от суммы основного долга (2 262 921 датской кроны) до даты получения указанной суммы Компанией, а также 5250 евро и 1200 шведских крон совокупных арбитражных расходов и 294 694,94 датской кроны расходов на юридическое представительство.

Согласно части 2 статьи 244 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение полностью или в части иностранного арбитражного решения по основаниям, предусмотренным пунктом 7 части 1 названной статьи и частью 4 статьи 239 Кодекса для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения международного коммерческого арбитража, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации.

В соответствии с положениями части 1 статьи V Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.) в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что:

а) стороны в соглашении, указанном в статье II, были по применимому к ним закону в какой-либо мере недееспособны или это соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону страны, где решение было вынесено, или

б) сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения, или

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

д) состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж, или

е) решение еще не стало окончательным для сторон или было отменено или приостановлено исполнением компетентной властью страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется.

В силу части 2 названной статьи в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть также отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны, или признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны.

Аналогичные положения содержатся в пункте 1 статьи 36 Закона Российской Федерации “О международном коммерческом арбитраже”.

Удовлетворяя заявление Компании, суд первой инстанции указал на отсутствие указанных выше оснований для отказа в признании и приведении в исполнение решения Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма.

Отклоняя возражения ООО “Арктик-Салмон” о несоответствии наименования суда в контракте наименованию постоянно действующего в Стокгольме Арбитражного института Торговой палаты, суд первой инстанции обоснованно сослался на положения пунктов 1 и 2 статьи V Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961 г.), согласно которым отвод арбитражного суда любой из сторон по неподсудности должен быть заявлен в арбитражном суде не позднее представления соответствующей стороной своего искового заявления или своих возражений по существу дела, если этот отвод основывается на отсутствии или недействительности арбитражного соглашения или утраты им силы; а если он основывается на том, что поставленный вопрос превышает полномочия арбитра, то как только будет поставлен в ходе арбитражного процесса

вопрос, который, по мнению выдвигающей возражение стороны, выходит за пределы компетенции арбитра. Заявление об отводе, сделанное на более поздних стадиях арбитражного процесса, может быть удовлетворено, если арбитражный суд найдет причину просрочки уважительной. Указанные возражения против компетенции арбитражного суда, не выдвинутые в установленные в этом пункте сроки, не могут быть выдвинуты на более поздней стадии арбитражного процесса, а также в государственном суде при обращении к нему с просьбой о рассмотрении дела по существу или об исполнении арбитражного решения, если только эти возражения не касаются таких вопросов, возбуждение которых не предоставляется свободному усмотрению сторон в силу закона, применимого арбитражем, или, соответственно, в силу закона, подлежащего применению компетентным государственным судом согласно коллизионной норме страны суда.

Кассационная инстанция не может согласиться с доводом подателя жалобы о том, что стороны при заключении соглашения, по которому они обязуются передавать в арбитраж споры, могущие возникнуть между ними в связи с конкретным договорным правоотношением, были недееспособны по применимому к ним закону. Согласно статье 1202 Гражданского кодекса Российской Федерации вопросы о порядке приобретения юридическим лицом гражданских прав и принятия на себя гражданских обязанностей решаются на основе личного закона юридического лица. Пунктом 1 данной статьи установлено, что личным законом юридического лица считается право страны, где учреждено юридическое лицо. Таким образом, вопрос о наличии или отсутствии полномочий на подписание договора решается на основе российского законодательства. Контракт от имени ООО “Арктик-Салмон” подписан генеральным директором данного общества. В соответствии с пунктом 1 статьи 69 Федерального закона “Об акционерных обществах” единоличный исполнительный орган общества (директор, генеральный директор) без доверенности действует от имени общества, в том числе представляет его интересы, совершает сделки от имени общества.

То обстоятельство, что В.А. Несветов в указанный период являлся генеральным директором ЗАО “Арктик-Салмон”, а впоследствии и ООО “Арктик-Салмон”, подтверждается выписками из Единого государственного реестра юридических лиц и не оспаривается подателем жалобы.

Кроме того, из материалов дела следует, что в письмах, направленных ООО “Арктик-Салмон” в Арбитражный институт Торговой палаты г. Стокгольма, общество не только не заявляло требований о недействительности основного договора и арбитражной оговорки, но и выразило свое согласие на рассмотрение спора Арбитражным институтом Торговой палаты г. Стокгольма.

Опровергается материалами дела и довод подателя жалобы о том, что он не был надлежащим образом уведомлен о предстоящем рассмотрении дела. В материалах дела имеется уведомление Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма от 17.09.2003 о начале процедуры рассмотрения (т. 1, л.д. 91 – 93), с распиской генерального директора ООО “Арктик-Салмон” о его получении и вручении копии иска, заверенной подлинной печатью. Кроме того, в материалах дела имеются письма ООО “Арктик-Салмон” от 23.01.2004 о согласии на рассмотрение дела единоличным арбитражем и от 06.02.2004 о согласии на вынесение арбитражного решения без устного слушания, а также подтверждение от 17.03.2004, в котором со ссылкой на первый приказ суда по процессуальному вопросу от 11.03.2004 ООО “Арктик-Салмон” дало согласие на решение спора в данном арбитражном процессе без дальнейшего обмена заявлениями. Указанные документы представлены заявителем в надлежащим образом переведенных и заверенных копиях, в связи с чем обоснованно признаны судом надлежащими до-

казательствами. Кроме того, письмами от 06.02.2004 и 17.03.2004 ООО “Арктик-Салмон” признало иск, а также согласилось с расчетом издержек и с просьбами взыскателя в отношении содержания арбитражного решения.

В арбитражном решении от 30.03.2004 засвидетельствовано, что ООО “Арктик-Салмон” в письме от 06.02.2004 согласилось с иском, однако ООО “Арктик-Салмон” была дана возможность представить письменное возражение по иску не позднее 25.03.2004. Первый приказ суда по процессуальному вопросу был направлен по факсу и курьером Компании через ее адвоката и ООО “Арктик-Салмон”. ООО “Арктик-Салмон” в лице генерального директора В.А. Неветова, который по-прежнему соглашался с иском, ответило 17.03.2004.

Доводы подателя жалобы о наличии копий документов иного содержания не подтверждаются материалами дела. Указанные документы не были представлены в суд первой инстанции, так же как не представлены суду кассационной инстанции при рассмотрении настоящей жалобы.

При таких обстоятельствах несостоятельна ссылка ООО “Арктик-Салмон” на нарушение Конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам (Гаага, 1965 г.).

Не может служить основанием к отмене обжалуемого определения и довод подателя жалобы о том, что приведение в исполнение решения Арбитражного института противоречит публичному порядку Российской Федерации, поскольку решение суда является незаконным и необоснованным, а также противоречит практике применения в Российской Федерации положений закона о взыскании неустойки. Данные доводы, по существу, направлены на пересмотр указанного решения, что арбитражный суд не вправе делать при рассмотрении заявления о признании и приведении в исполнение решения арбитража.

Действия Компании по поставке товара суд правильно оценил как действия, направленные на надлежащее исполнение договора, которые не могут свидетельствовать о недобросовестном поведении указанной стороны и противоречии публичному порядку Российской Федерации.

В то же время податель жалобы не оспаривает ни факт получения им товара, поставленного по контракту от 30.03.2001, ни факт его неоплаты. Данные обстоятельства подтвердили представители ООО “Арктик-Салмон” в суде кассационной инстанции.

Учитывая изложенное, руководствуясь статьями 286, 287, 289, 290 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа

п о с т а н о в и л:

определение Арбитражного суда Мурманской области от 27.09.2004 по делу № А42-4747/04-13 оставить без изменения, а кассационную жалобу общества с ограниченной ответственностью “Арктик-Салмон” – без удовлетворения.

Председательствующий

С.В. ИЗOTOVA

Судьи

**С.В. АФАНАСЬЕВ
И.И. КИРИЛЛОВА**

Ознакомившись с изложением фактических обстоятельств этого дела, российский читатель, наверное, сразу вспомнит, кто и при каких обстоятельствах оспаривал арбитражные решения, вынесенные Спортивным арбитражным судом в Лозанне, связанные с Олимпийскими играми 2002 года. Тем не менее, так как наш журнал волнует не спортивные и не личностные аспекты этого дела, мы сохраняем “обезличенность” в обработке материалов и публикуем его точно в том же виде, в каком оно было напечатано в указанном ниже источнике публикации.

Подчеркнем, что суть арбитражного решения не подвергалась пересмотру в Федеральном Верховном Суде Швейцарии, так как этого швейцарское право (как, впрочем, и российское) не предусматривает, и в этом вопросе швейцарский Закон “О международном частном праве” очень близок соответствующим нормам российского Закона “О международном коммерческом арбитраже”. Тем не менее представители истцов попытались “заставить” Федеральный Верховный Суд Швейцарии пересмотреть определенные процессуальные решения, принятые составом арбитража не в их пользу, причем со ссылкой на столь “любимый” российскими юристами публичный порядок. Выводы суда были неутешительны для заявителей жалобы: фактически суд, вслед за составом арбитража, указал представителям истцов на то, что они допустили много процессуальных ошибок в ходе арбитражного разбирательства – слишком поздно заявили отвод арбитрам, слишком поздно попросили заслушать свидетеля, слишком вольно трактовали обстоятельства, которые, по их мнению, указывают на зависимость Спортивного арбитражного суда от Международного олимпийского комитета. Состав арбитража этих ошибок им не простил, отказав в удовлетворении соответствующих ходатайств, и, по мнению Верховного Суда Швейцарии, это не дает повода усомниться в его беспристрастности.

Заявители в рассматриваемом деле подвергли сомнению законность всей системы международного спортивного арбитража и пытались доказать, что государственный суд может в публично-правовых интересах вмешиваться в споры, разрешенные арбитражем, и отменять арбитражные решения, с которыми проигравшая процесс сторона не согласна. Прежде всего Верховный Суд Швейцарии очень тщательно следил за тем, чтобы не выйти за рамки своего весьма ограниченного мандата по рассмотрению заявлений об оспаривании арбитражных решений и не допустить пересмотра сути арбитражного решения. Он не пожалел усилий для того, чтобы не нарушить строгие швейцарские правила касательно принципиальной допустимости публичного оспаривания арбитражных решений. При анализе решения видно, что этому посвящена чуть ли не половина текста принятого судебного акта. В этом проявляется уважение швейцарской судебной системы к международным арбитражам, которые проходят на территории этой страны.

Что же касается сути заявленных жалоб, то судьи не согласились с мнением адвокатов истцов о том, что арбитраж допустил какие-либо нарушения, позволяющие отменить его решения. Из такого исхода дела напрашивается вывод, актуальный не только для Швейцарии, но и для России: надо лучше готовиться к слушанию дела в арбитраже по фактическим обстоятельствам и меньше рассчитывать на обжалование в государственном суде вынесенного арбитражного решения, так как государственные суды ни в коем случае не могут считаться вышестоящей юрисдикционной инстанцией в отношении международного арбитража.

В решении Федерального Верховного Суда Швейцарии подробно анализируется механизм формирования и принципы дея-

тельности Спортивного арбитражного суда, и оно вполне может рассматриваться в качестве источника информации по этим вопросам.

Термин “Федеральный Верховный Суд Швейцарии” в некоторой степени условен – формально высший судебный орган этой страны именуется “Федеральный суд”, но, чтобы не путать его с федеральными судами специализированного типа, также существующими в Швейцарии, мы, как это принято в англоязычной терминологии, будем именовать его Федеральным Верховным Судом или просто Верховным Судом.

Наконец, особо рекомендуем вниманию читателей комментарий к этому делу г-на С. Беляева, члена Спортивного арбитражного суда.

Федеральный Верховный Суд Швейцарии

27 мая 2003 г.

© Yearbook Commercial Arbitration, vol. XXIX (2004)

© “Международный коммерческий арбитраж”,
перевод на русский язык, 2005

Стороны:

Истцы: лыжницы А. и В., гражданство не указано.

Ответчики: 1. Международный олимпийский комитет (Швейцария).

2. Международная федерация лыжного спорта (Швейцария).

3. Спортивный арбитражный суд (Швейцария).

Опубликовано: *Arrets du Tribunal Federal* 129 III 445.

[Предмет спора: независимость Спортивного арбитражного суда (САС) от Международного олимпийского комитета (МОК); основания для публичного обжалования, предусмотренные швейцарским правом; правовая природа арбитражных решений САС; закрытый список арбитров; процессуальный публичный порядок; отвод арбитра в международном арбитраже; равное отношение к сторонам.]

Факты:

Лыжницы А. и В. представляли свою страну на различных международных соревнованиях. В декабре 2001 года лыжница А. прошла антидопинговый контроль на международных лыжных гонках, организованных Международной федерацией лыжного спорта (FIS). Взятые пробы указали на наличие в ее теле за-

прещенных препаратов. Пробы, взятые у А. и В. в феврале 2002 года в Солт-Лейк-Сити на Олимпийских играх, выявили наличие того же препарата. После проведения дисциплинарного расследования Исполнительный комитет Международного олимпийского комитета (МОК) дисквалифицировал обеих лыжниц от участия в соревнованиях, в которых они уже выступили, и лишил А. выигранной ею золотой медали и В. присужденного ей диплома. Обе лыжницы были также исключены из Зимних Олимпийских игр 2002 года. Дело, открытое по этому основанию, было передано в FIS, которая в июне 2002 года отстранила обеих лыжниц от участия в международных соревнованиях на два года.

Олимпийская Хартия предусматривает, что любые споры, возникающие на Олимпийских играх или в связи с ними, будут передаваться на рассмотрение исключительно в Спортивный арбитражный суд (САС) для разрешения на основании Кодекса спортивного арбитража. FIS является высшим органом по разрешению всех вопросов, связанных с лыжным спортом, и все национальные лыжные ассоциации, утвердившие ее статуты, состоят в ней в качестве членов. Национальная лыжная ассоциация лыжниц А. и В. также является членом FIS. Для того чтобы принимать участие в международных лыжных состязаниях, лыжники должны согласиться предъявлять любые иски прежде всего в арбитраж САС. Решения Совета FIS по вопросам допинга могут быть обжалованы в САС.

Лыжницы А. и В. направили жалобы в САС на решения МОК и FIS. 29 ноября 2002 г. арбитраж САС вынес четыре решения, в которых отказал в удовлетворении жалоб и поддержал решения МОК и FIS, принятые против А. и В. Обе они обратились с жалобами в Федеральный Верховный Суд Швейцарии по основаниям, предусмотренным для публичного обжалования [арбитражных решений]. Так как жалобы и отзывы на них были практически одинаковыми, с целью сокращения срока проведения разбирательства Верховный Суд объединил дела в едином производстве и вынес по ним единое решение.

Федеральный Верховный Суд изучил вопрос о том, соблюдены ли основания для публичного обжалования, предусмотренные швейцарским правом и закрепленные в статьях 190 и последующих Закона “О международном частном праве” Швейцарии, в соответствии с которыми жалоба может быть подана против арбитражного решения, например, если состав арбитража не предоставил должных гарантий независимости и беспристрастности¹. Соблюдение указанных гарантий уже было ранее установлено в отношении решений [САС] с участием FIS, но пока не изучалось в отношении решений с участием МОК. По мнению Верховного Суда, этот вопрос не мог больше оставаться без разрешения.

Затем Верховный Суд перешел к изучению других вопросов, связанных с допустимостью жалоб, с тем чтобы вернуться к изучению вопроса о независимости [арбитража] далее в своем решении. Верховный Суд прежде всего пришел к мнению, что жалобы в принципе были допустимы. После этого он изучил заявления лыжниц (истец), просивших отменить решения САС в связи с тем, что он не был независимым арбитражем для разрешения споров с участием МОК в качестве стороны, и в связи с тем, что решения FIS были приняты с теми же нарушениями, что и решения МОК. Верховный Суд отметил, что он уже согласился с тем, что САС может считаться надлежащим арбитражным органом для обжалования решений, принятых международными спортивными ассоциациями. Поэтому такое основание для отмены решений в случае с истицами и FIS должно быть отвергнуто. Что же касается МОК, Верховный Суд изучил историю

¹ См. перевод упомянутых статей на русский язык: Международное частное право: Иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; Сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М.: Статут, 2000. С. 667.

Далее в настоящей публикации цитаты из Закона Швейцарии “О международном частном праве” приводятся в русском переводе по указанному изданию.

Под “публичным обжалованием” швейцарский закон подразумевает возможность оспаривания решения международного арбитража, вынесенного на территории Швейцарии, в швейцарском государственном суде. – Прим. ред.

САС, отметив, что после того, как в 1993 году Федеральный Верховный Суд вынес решение, в котором высказал сомнения относительно независимости САС в отношении МОК, в САС были проведены серьезные реформы, в результате которых был создан Международный совет по арбитражу в спорте (ICAS) и принят Кодекс спортивного арбитража. Задачей ICAS является обеспечение независимости САС и соблюдение прав сторон [в ходе арбитражей]. ICAS назначает арбитров для включения в список САС на основании предложений, которые делают МОК, международные федерации [по отдельным видам спорта] и национальные олимпийские комитеты. Для ведения дел САС могут назначаться арбитры только из числа лиц, включенных в этот список. В случае сомнений в их независимости им может быть заявлен отвод.

Так как некоторые ученые в области юриспруденции высказали сомнения в том, является ли САС независимым органом, Верховный Суд постановил, что для того, чтобы установить, предоставляет ли арбитраж достаточные гарантии независимости и беспристрастности, необходимо руководствоваться конституционными принципами, сформулированными для государственных судов, в частности пунктом 1 статьи 30 Конституции, указывающей, что любое лицо, чье дело подлежит рассмотрению в судебном порядке, имеет право на то, чтобы разбирательство осуществлялось судом, учрежденным в соответствии с законом, обладающим компетенцией, независимым и беспристрастным. Истицы настаивали на том, что существуют слишком тесные связи между САС и МОК по вопросу назначения арбитров, а также по вопросам организации, финансирования и функционирования САС. Верховный Суд изучил представленные доказательства о составе членов ICAS и пришел к выводу, что этот орган способен обеспечить независимость САС и [защиту] прав сторон.

Федеральный Верховный Суд не отверг закрытого списка арбитров и системы САС, позволяющей обеспечить последовательность [единообразие] его решений. Арбитры включаются в список независимым органом, ICAS. Проверка системы финансирования ICAS и САС также привела к выводу о том, что она вряд ли способна поставить под сомнение независимость САС по отношению к МОК. Изучение принятых САС решений продемонстрировало, что он не является “вассалом” МОК, так как последний проиграл треть дел, в которых он был ответчиком. Не существует разумной альтернативы этому институциональному органу, который рассматривает международные спортивные споры быстро и недорого. Поэтому публичное оспаривание [решений САС в соответствии со швейцарским законодательством] является допустимым.

Далее истицы оспаривали независимость трех арбитров. Они заявили отвод всему составу арбитража спустя несколько месяцев после начала разбирательства. Состав арбитража отказал в рассмотрении ходатайства об отводе, как поданного слишком поздно. Верховный Суд не согласился с аргументом истиц о том, что такой отказ представлял собой нарушение процессуального публичного порядка, отметив, что тот факт, что каждый арбитр был определенным образом связан с другими арбитрами, не давал оснований для обоснованных сомнений в их независимости. По словам Верховного Суда, “в маленьком мире международного арбитража отдельные специалисты часто оказываются в ситуации, когда они работают вместе по разным делам... нет ничего необычного в том, что в одном деле одно лицо является арбитром, а в другом – представителем стороны, выступающим перед арбитром, который также был арбитром и в предыдущем деле”. Поэтому отвод был необоснован и арбитры не нарушили процессуальный публичный порядок, отклонив его. Также не является нарушением права сторон на равное отношение отказ состава арбитража в удовлетворении слишком поздно поданного ходатайства о заслушивании свидетеля². И последнее возражение истиц – о том, что свидетелям было дозволено присутствовать в ходе слушаний, – было также отвергнуто Верховным Судом.

² Под “свидетелем” здесь и далее имеется в виду не свидетель по фактическим обстоятельствам, а свидетель-эксперт, лицо, обладающее специальными познаниями в какой-либо области, имеющей отношение к делу. – Прим. ред.

В удовлетворении жалоб, поданных против арбитражного решения, было отказано на том основании, что они являются недопустимыми, а в той части, в какой они допустимы, – на том основании, что они признаны необоснованными.

Извлечения из решения:

I. Допустимость публичного обжалования

[1] В соответствии с пунктом “с” статьи 85 Федерального закона Швейцарии “О судостроительстве” публичное обжалование в Федеральном Верховном Суде арбитражных решений допускается только при соблюдении условий, предусмотренных статьями 190 и последующими Закона “О международном частном праве”. Поэтому прежде всего необходимо убедиться в том, что предусмотренные этим актом условия соблюдены.

[2] Штаб-квартира САС находится в Швейцарии, и по крайней мере одна из сторон (в данном случае обе истицы) на момент заключения арбитражного соглашения не была ни домицилирована, ни проживала в Швейцарии. Таким образом, нормы главы 12 Закона “О международном частном праве” (п. 1 ст. 176) могут применяться в данном деле.

[3] По смыслу статьи 189 Закона “О международном частном праве”³ арбитражное решение является судебным актом, вынесенным на основании арбитражного соглашения негосударственным юрисдикционным органом, которому стороны доверили рассмотрение арбитражного спора (п. 1 ст. 177 Закона “О международном частном праве”) международного характера (п. 1 ст. 176 Закона “О международном частном праве”). Надлежащее арбитражное решение, которое может быть сравнено с решением государственного суда, требует от состава арбитража соблюдения соответствующих гарантий беспристрастности и независимости, основанных на пункте 1 статьи 30 Конституции⁴. Федеральный Верховный Суд признал, что САС может считаться надлежащим арбитражем в отношении дел, в которых МОК не является стороной, но в которых САС является специальным лицом, уполномоченным международными спортивными ассоциациями для проверки законности санкций, наложенных их органами⁵. Поэтому не существует сомнений в том, что оспариваемые акты являются арбитражными решениями, так как они вынесены по спорам между истицами и FIS. Вопрос состоит в том, выносит ли САС надлежащее арбитражное решение, если он рассматривает просьбу об арбитраже, связанную с отменой решения МОК. Этот вопрос поднимался в упомянутом судебном решении⁶ и недавно в еще одном⁷, однако в обоих этих случаях Федеральный Верховный Суд оставил его без ответа.

[4] Проблема не может больше оставаться без решения, так как истицы явным образом ставят под сомнение то, что САС предоставляет надлежащие гарантии беспристрастности и независимости в случае, если он рассматривает спор между атлетом и МОК, как это и было в этом деле. Кроме того, решение правовой проблемы, которая оставалась без ответа на протяжении десятилетия, позволит прояснить достаточно неясную ситуацию, сложившуюся в настоящее время, и тем самым придать юридическую определенность ин-

³ Пункт 1 статьи 189 Закона “О международном частном праве” предусматривает: “Процедура вынесения [арбитражного] решения и его форма устанавливаются соглашением сторон”.

⁴ Касательно пункта “а” статьи 58 Конституции см. ATF 119 II 271 гес. 3б и процитированные там судебные решения.

⁵ ATF 119 II 271 гес. 3б, в последний раз подтвержденное судебным решением от 11 июня 2001 г. 4P.64/2001, гес. 2d/ее.

⁶ ATF 119 II 271 гес. 3б.

⁷ Судебное решение от 4 декабря 2000 г. 5P.427/2000, гес. 1с.

тересам атлетов, которые могут столкнуться с аналогичными вопросами в качестве истцов в будущем. Поэтому мы оставим без внимания нелогичность действий истцов, которые передали разрешение спора, связанного с решением ассоциации (такой, как МОК), на рассмотрение состава арбитража, обвиненного в предвзятости (САС), вместо того, чтобы просто добиваться отмены такого решения в государственном суде на основании статьи 75 Гражданского кодекса⁸. Поэтому, так как затронутый вопрос о возможном отсутствии независимости САС при принятии решений, затрагивающих МОК, связан как с проблемой допустимости судебного оспаривания, так и с сутью жалобы истца, он будет рассмотрен на более поздней стадии (см. [14 – 23] ниже), а пока будем считать, что мы имеем дело с надлежащим арбитражным решением⁹, и сначала разрешим другие проблемы, связанные с допустимостью оспаривания.

[5] Публичное обжалование допускается только в том случае, если состав арбитража принял решения по правовым вопросам, а не только по вопросам применения спортивных правил, которые в принципе не относятся к компетенции государственных судов. Так это в данном деле и обстоит, так как антидопинговые правила, которые прежде всего касаются наложения санкций, в целом выходят за рамки обычных спортивных правил¹⁰. Более того, отстранение от международных соревнований представляет собой значительно более серьезную санкцию, нежели наказание, предназначенное просто для нормального проведения спортивных состязаний, и является собой специфическое предусмотренное законом наказание, касающееся правовых интересов затронутого им лица. Поэтому оно относится к компетенции судов¹¹ [то есть арбитражные решения по вопросам, связанным с отстранением от соревнований, могут быть оспорены в судах на основании норм о допустимости такого публичного обжалования].

[6] Оспаривание возможно только по одному из оснований, исчерпывающий перечень которых закреплен в пункте 2 статьи 190 Закона “О международном частном праве”¹². Основания, на которые ссылаются истцы, входят в указанный перечень.

[7] Так как в этом деле публичное обжалование возможно, мы должны убедиться в том, что были соблюдены подлежащие применению процессуальные правила. В отношении оспаривания международных арбитражных решений соответствующая процедура обращения в Федеральный Верховный Суд регулируется положениями Федерального закона Швейцарии “О судостроительстве” относительно публичного обжалования (второе предложение п. 2 ст. 191 Закона “О международном частном праве”). Права истцов непосредственным образом затронуты оспариваемыми арбитражными решениями, которые одобряют изъятие у них наград, завоеванных на Зимних Олимпийских играх 2002 года (соответственно золотой медали и диплома), а равно их отстранение от всех международных соревнований на два года, срок, который еще не истек. Поэтому у них есть личная, актуальная и охраняемая законом заинтересованность в том, чтобы установить, были ли соответствующие решения приняты в нарушение гарантий, установленных пунктом 2 статьи 190 Закона “О международном частном

⁸ Статья 75 ГК Швейцарии предусматривает: “Любой член ассоциации имеет закрепленное законом право оспаривать решения, с которыми он не согласен и которые нарушают нормы законов или подзаконных актов, в течение одного месяца с момента, когда ему стало о них известно”.

⁹ Аналогичное применение теории двойной релевантности см.: ATF 128 III 50 rec. 2b/bb. P. 56; 122 III 249 rec. 3b/bb.

¹⁰ *Vouilloz Francois*. Regles de droit et regles de jeu en droit du sport – l'exemple du dopage, PJA 1999. P. 161 et seq.; см. особенно с. 165 и ссылки, упомянутые в сноске 26.

¹¹ ATF 119 II 271 rec. 3с и имеющиеся в этом деле ссылки.

¹² ATF 128 III 50 rec. 1a. P. 53; 127 III 279 rec. 1a. P. 282; 119 II 380 rec. 3с. P. 383.

праве”¹³, и, следовательно, истцы обладают правом на обжалование (ст. 88 Закона “О судостроительстве”¹⁴).

[8] Четыре поданные в данном случае жалобы заявлены своевременно и в соответствии с предусмотренной законом формой (п. 1 ст. 89 и п. 1 ст. 90 Закона “О судостроительстве”) и поэтому в принципе допустимы.

[9] Так как применению подлежат процессуальные правила, предусмотренные для публичного обжалования, истцы должны перечислить свои жалобы в соответствии с требованиями, изложенными в подпункте “b” пункта 1 статьи 90 Закона “О судостроительстве”¹⁵. В процессе публичного обжалования Федеральный Верховный Суд изучает только допустимые жалобы, заявленные на соответствующих основаниях в тексте ходатайства об обжаловании¹⁶. Поэтому истцы должны указать, какие из положений, включенных в пункт 2 статьи 190 Закона “О международном частном праве”, по их мнению, относятся к данному делу, и продемонстрировать, основываясь на оспариваемых арбитражных решениях и доказательствах, как, по их мнению, были нарушены соответствующие принципы¹⁷. В процессе изучения различных жалоб, заявленных истцами, необходимо выяснить, были ли выполнены указанные требования.

<...>

II. САС как независимый арбитраж

[10] Принципиальным аргументом истцов стало утверждение о том, что САС не является независимым арбитражем в отношении спора, стороной по которому выступает МОК. На основании подпункта “a” пункта 2 статьи 190 Закона “О международном частном праве”¹⁸ и пункта 1 статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека¹⁹, а также пункта 1 статьи 30 Конституции [Швейцарии] они утверждают, что два арбитражных решения, в которых МОК указан в качестве стороны, подлежат отмене. Они также указывают, что порок, присущий вышеуказанным арбитражным решениям, также наличествует и в двух других арбитражных решениях, относящихся к FIS, так как все четыре жалобы были рассмотрены вместе одним и тем же составом арбитража.

[11] Как это они сами признают, истцы подали свои жалобы в САС без каких-либо оговорок. По их мнению, это не препятствует им в том, чтобы сейчас жаловаться на то, что арбитраж не был в должной мере независимым. Однако

¹³ Пункт 2 статьи 190 Закона “О международном частном праве” содержит перечень оснований для отмены арбитражного решения.

¹⁴ Статья 88 Закона “О судостроительстве” гласит:

“Граждане (физические лица) и юридические лица могут жаловаться на нарушение закона, от которого они пострадали вследствие положений [судебного или нормативного акта] или решений, подлежащих всеобщему применению или затрагивающих их лично”.

¹⁵ ATF 128 III 50 rec. 1с; 127 III 279 rec. 1с; 117 II 604 rec. 3. P. 606.

¹⁶ См. ATF 129 I 113 rec. 2.1 и упомянутые там судебные решения.

¹⁷ ATF 127 III 279 rec. 1с.

¹⁸ В подпункте “a” пункта 2 статьи 190 Закона “О международном частном праве” указывается:

“2. Решение может быть оспорено только в следующих случаях:

а) если был нарушен порядок назначения единоличного арбитра или порядок формирования арбитражного суда”.

¹⁹ Пункт 1 статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека в соответствующей части гласит:

“1. Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона”.

авторы публикаций, на которые они ссылаются²⁰, вряд ли помогут им в обосновании такой позиции, так как эти публикации утверждают прямо обратное²¹. Прецеденты в практике Федерального Верховного Суда также не совпадают с мнением истиц. Если состав арбитража не в должной мере независим и беспристрастен, он считается “созданным ненадлежащим образом” в контексте подпункта “а” пункта 2 статьи 190 Закона “О международном частном праве”. Однако в соответствии с принципом добросовестности на такое основание [для отмены арбитражного решения] можно сослаться только немедленно; нельзя держать такие аргументы в резерве на случай, если арбитражное разбирательство будет проиграно²².

[12] В этом деле истицы не обращались в государственные суды с просьбой об отмене решений МОК, принятых по их делу. Напротив, они обжаловали их в САС и через своего адвоката подписали [процессуальный] приказ, подтверждающий юрисдикцию САС. Они никогда не ставили вопроса о независимости САС по отношению к МОК. Ссылка на этот вопрос впервые была сделана уже в Федеральном Верховном Суде при обжаловании окончательных арбитражных решений, что несовместимо с принципами добросовестности. Согласно этим принципам допустимость несвоевременно поданного возражения по вопросу о независимости арбитража является спорной. Однако на вопрос о допустимости должен быть дан четкий ответ только в том случае, если возражение [связанное с зависимым статусом арбитража] является обоснованным. Поэтому мы прежде установим, так ли это в данном случае, оставив вопрос о допустимости в стороне, тем более что в этом деле заявленное возражение носит принципиальный характер и было бы неразумно оставлять его без ответа.

[13] Федеральный Верховный Суд согласился с тем, что САС можно считать надлежащим арбитражем для дел, по которым МОК не является стороной, но в которых САС признан какой-либо международной спортивной ассоциацией органом, в котором рассматриваются жалобы на решения ее органов о наложении санкций²³. Будучи применено в данном деле, это хорошо известное прецедентное право требует отвергнуть аргумент о зависимости САС в отношении двух арбитражных решений, вынесенных по спорам между истицами и FIS. Нет никаких оснований полагать, что, поскольку САС не был независим по отношению к МОК, по той же причине он не был независим и по отношению к FIS. Истицы настаивают на том, что так оно и было, но не подкрепляют свою точку зрения никакими убедительными аргументами. Тот факт, что четыре дела были совместно рассмотрены одним и тем же составом арбитража, не представляется убедительным обоснованием [для позиции истиц]. Разумеется, теоретически не существовало никаких причин, которые помешали бы арбитрам рассматривать жалобы, поданные на действия МОК, отдельно от жалоб, поданных на действия FIS, в четырех отдельных арбитражных решениях, которые были бы вынесены в один и тот же день. На самом деле одно из арбитражных решений (вынесенное по делу *A. v. FIS*) рассматривает случаи выявления допинга, имевшие место до Зимних Олимпийских игр 2002 года, которые основаны на совершенно иных доказательствах, нежели те, которые были приведены в связи с другими случаями выявления допинга у той же лыжницы во время Олимпиады, что впоследствии привело к ее дисквалификации (дело *A. v. IOC*)

<...>

²⁰ Ruede T., Hadenfeldt R. Schweizerisches schiedgerichtsrecht. 2nd ed. P. 142 et seq.

²¹ См. также: Corboz B. Le recours au Tribunal federal en matiere d'arbitrage international, in SJ 2002 II. P. 17; Dutoit B. Commentaire de la Loi federale du 18 decembre 1987. 3rd ed., note 4 ad Art. 190; Jermini C. Die Anfechtung der Schiedsspruche im internationalen Privatrecht (Zurich 1997), notes 178 et seq.

²² Судебное решение от 15 октября 2001 г. 4P.188/2001 rec. 2b, ссылающееся на ATF III 249 rec. 3c.

²³ ATF 119 II 271 rec. 3b, недавно подтвержденное в судебном решении от 11 июня 2001 г. 4P.64/2001 rec. 2d/ee.

1. История САС

[14] САС был официально создан 30 июня 1984 г., когда вступил в силу его Статут. В его полномочия входило разрешение споров, связанных со спортом, а штаб-квартира была размещена в Лозанне. Это был независимый институциональный арбитраж, не обладавший статусом юридического лица, в состав которого первоначально входило 60 членов, 15 из которых назначались МОК, 15 – международными федерациями, 15 – национальными олимпийскими комитетами и 15 – Президентом МОК. Издержки, связанные с деятельностью САС, оплачивал МОК, который имел право вносить изменения в Статут САС²⁴.

[15] В судебном решении, вынесенном в 1993 году, Федеральный Верховный Суд высказал сомнения касательно независимости САС по отношению к МОК ввиду существования организационных и финансовых связей между этими двумя органами. Суд посчитал, что САС следует стать более независимым по отношению к МОК²⁵. Это судебное решение повлекло за собой серьезную реформу САС. Ее наиболее существенными чертами были создание 22 июня 1994 г. в Париже Международного совета по арбитражу в спорте (ICAS) и подготовка Кодекса спортивного арбитража, вступившего в силу 22 ноября 1994 г. (далее – Кодекс)²⁶.

[16] ICAS, являющийся частным лицом по швейцарскому праву (ст. 80 Гражданского кодекса) и имеющий местонахождение в Лозанне, состоит из 20 членов, являющихся известными юристами и назначаемых в следующем порядке (ст. S4 Кодекса): четыре члена – международными федерациями летних (3) и зимних (1) олимпийских видов спорта, выбираемые как из числа членов таких федераций, так и из числа не состоящих в них лиц; четыре члена – Ассоциацией национальных олимпийских комитетов, выбираемые как из числа членов этой ассоциации, так и из числа не состоящих в ней лиц; четыре члена – МОК, выбираемые как из числа членов этого комитета, так и из числа не состоящих в нем лиц; четыре члена – двенадцатью упомянутыми выше членами, назначаемыми после проведения соответствующих консультаций с целью защиты прав атлетов; и последние четыре члена – шестнадцатью вышеуказанными членами, выбираемые из числа лиц, не зависящих от органов, назначающих других членов ICAS. Члены ICAS назначаются на четырехлетний срок неограниченное количество раз. После своего назначения они обязаны подписать официальную декларацию о своей независимости (ст. S5 Кодекса). Члены ICAS не могут входить в список арбитров САС или выступать в качестве представителя одной из сторон при рассмотрении дела в САС; при наступлении некоторых обстоятельств они обязаны уйти в отставку или же им может быть заявлен отвод (статьи S5 и S11 Кодекса).

[17] В соответствии со статьей 3 Соглашения о создании ICAS этот орган финансируется за счет внесения МОК сумм, получаемых им от нижеперечисленных лиц в качестве отчислений от дохода от продажи прав на телевизионную трансляцию Олимпийских игр: 4/12 [сметы расходов ICAS] – от [самого] МОК, 3/12 – от международных федераций летних олимпийских видов спорта, 1/12 – от международных федераций зимних олимпийских видов спорта и 4/12 – от национальных олимпийских комитетов.

[18] Задачами ICAS являются обеспечение независимости САС и защита прав сторон (ст. S2 Кодекса). Его различные функции включают в себя принятие Кодекса и внесение в него изменений, управление и финансирование САС,

²⁴ Более подробно см.: ATF 119 II 271 rec. 3b. P. 277 et seq., и у авторов, на которых ссылается это решение.

²⁵ ATF 119 II 271 rec. 3b. P. 280.

²⁶ Более подробно об истории САС см.: Reeb M. CAS Secretary General in Digest of CAS Awards II, 1998–2000 (Digest II), P. xxiii et seq., и Revue de l'avocat (Revue), 10/2002. P. 8 et seq.; см. также: Zen-Ruffinen P. Droit du Sport (Schulthess 2002) notes 1461 et seq.

подготовка списка арбитров САС, из числа которых могут выбирать стороны, решение вопросов отвода и отставки арбитров и назначение Генерального секретаря САС (ст. S6 Кодекса).

[19] В САС функционируют две Палаты, к задачам которых относится разрешение споров в области спорта, Палата обычного арбитража (the Ordinary Arbitration Division) и Палата апелляционного арбитража (the Appeals Arbitration Division). Каждая из них возглавляется президентом, в обязанности которого входит осуществление первоначальных мер в ходе арбитражного разбирательства до формирования состава арбитража по конкретному делу (ст. S12 Кодекса). Первая из упомянутых Палат рассматривает дела, переданные в САС как в единственный уполномоченный орган (связанные с заключением контрактов, гражданской ответственностью и т.п.), вторая рассматривает жалобы на дисциплинарные решения, принятые высшими инстанциями спортивных органов, таких как федерации по отдельным видам спорта (например, касательно дисквалификации в связи с употреблением допинга, нарушения правил в ходе соревнований, неуважения к арбитру). В САС состоит по крайней мере 150 арбитров, причем они не приписываются заранее к определенной Палате (статьи S13 и S18 Кодекса). ICAS составляет список арбитров, который обновляется и публикуется (ст. S15 Кодекса). Он включает в себя лиц, обладающих юридическим образованием и знаниями в области спорта, соблюдая нижеуказанные пропорции и обеспечивая, по мере возможности, справедливое представительство различных континентов (статьи S14 и S16 Кодекса): по одной пятой избирается из кандидатур, предложенных соответственно МОК, международными федерациями и национальными олимпийскими комитетами, как из числа своих членов, так и из числа не состоящих в них лиц; одна пятая избирается из лиц, не зависящих от указанных органов; и, наконец, одна пятая избирается после проведения соответствующих консультаций с целью защиты интересов атлетов. Только арбитры из числа лиц, включенных в список (а они включаются туда на четырехлетний срок без ограничения количества таких сроков) могут назначаться в состав арбитражей, слушающих конкретные дела (статьи S33, S38 и S39 Кодекса).

[20] После назначения в состав арбитража арбитры обязаны подписать официальную декларацию о своей независимости (ст. S18 Кодекса). Кроме того, арбитры должны немедленно сообщать о любых обстоятельствах, которые могут повлиять на их независимость по отношению к любой из сторон (ст. S33 Кодекса). Им может быть заявлен отвод в случае, если обстоятельства позволяют обоснованно усомниться в их независимости. Отводы, рассмотрение которых относится к исключительной компетенции ICAS, должны заявляться безотлагательно после того, как стало известно о сведениях, составляющих повод для отвода (ст. S34 Кодекса).

[21] Если должны быть назначены три арбитра и отсутствует соглашение сторон о каком-либо ином порядке их назначения, то каждая из сторон назначает по одному арбитру, соответственно в просьбе об арбитраже и отзыве на нее, и председатель состава арбитров избирается этими двумя арбитрами, а если они не смогли прийти к согласию – президентом Палаты. После формирования состава арбитража материалы дела передаются арбитрам для изучения его обстоятельств и вынесения арбитражного решения.

[22] В 1996 году ICAS создал два постоянно действующих децентрализованных офиса в Австралии и США. В том же году был создан специфический новый орган: палата *ad hoc* САС. Это временный арбитражный орган, создаваемый ICAS в соответствии с нормами пункта 8 статьи S6 Кодекса для существенных спортивных состязаний, таких как Олимпийские игры, Игры стран [Британского] Содружества и чемпионаты по футболу. В состав каждой палаты *ad hoc* ICAS назначает группу арбитров, которые обычно находятся по месту проведения мероприятия, так что они могут встречаться в любое время в течение некоторого периода времени. Специальные арбитражные правила предусматривают упрощенную процедуру формирования составов арбитражей и порядка разреше-

ния споров. В принципе, решения должны выноситься в течение 24 часов после подачи обращения [в арбитраж].

[23] Начав свое существование с 60 членов, САС теперь насчитывает порядка 200 арбитров. По утверждению его Генерального секретаря, все международные федерации олимпийских видов спорта признали его юрисдикцию, что указывает на то, что за эти годы он стал незаменимым органом в спортивном мире.

2. Конституционность

[24] По мнению его Президента и Генерального секретаря, САС после своей реорганизации закрепил свою независимость по отношению к МОК²⁷. Не все эксперты соглашались с такой позицией, заявленной МОК в отзыве на жалобы [истиц]. Некоторые авторы согласны с такой точкой зрения²⁸. Другие придерживаются более скептической точки зрения касательно реформы 1994 года²⁹; один автор описывает реформу как “подавление симптомов [болезни]”, которое так ничего и не сделало с лежащей в их основе фундаментальной проблемой³⁰.

[25] Для того, чтобы дать ответ на вопрос о том, предоставляет ли арбитраж достаточные гарантии независимости и беспристрастности, следует обратиться к конституционным принципам, сформулированным для государственных судов³¹. В соответствии с пунктом 1 статьи 30 Конституции любое лицо, чье дело подлежит рассмотрению в судебном порядке, имеет право на то, чтобы разбирательство осуществлялось судом, учрежденным в соответствии с законом, обладающим компетенцией, независимым и беспристрастным. Указанный принцип означает, что можно требовать отвода судьи в том случае, если связанные с ним обстоятельства или его поведение позволяют усомниться в его беспристрастности³²; в частности, он призван предотвратить не связанное с конкретным делом влияние на судебное решение, которое может оказаться благоприятным или неблагоприятным для какой-либо из участвующих в деле сторон. Этот принцип не означает, что отвод судье может быть заявлен только в случае, если его предвзятость доказана, так как внутреннее отношение судьи к делу доказать практически невозможно; достаточно продемонстрировать, что обстоятельства свидетельствуют в пользу вывода о предвзятости и позволяют усомниться в беспристрастности судьи. Только объективно существующие обстоятельства могут приниматься во внимание; сугубо личные впечатления одной из сторон сами по себе недостаточны³³.

[26] Вопрос о том, должны ли требования к арбитрам, избираемым одной из сторон, быть менее строгими, как это полагают некоторые специалисты, пока не нашел своего ответа³⁴, и на него не следует искать ответа в этом деле. Однако существующие прецеденты указывают на необходимость учета специфических черт арбитража, особенно международного арбитража, при решении во-

²⁷ *Keba Mbaye* in: Digest II. P. xi; *Reeb* in Digest II. P.xxv and in: *Revue*. P. 9.

²⁸ *Poudret J.-F., Besson S.* Droit compare de l'arbitrage international, note 106; *Meier Ph., Aguet C.* L'arbitrabilité du recours contre la suspension prononcée par une federation sportive internationale, *JdT* 2002. P. 56, footnote 6; *Simon G.* L'arbitrage des conflits sportifs, in *Revue de l'arbitrage* (1995). P. 185 et seq., p. 209 et seq.; *Zen-Ruffinen P.* Op. cit., note 1463.

²⁹ *Schillig M.* Schiedsgerichtsbarkeit von Sportverbänden in der Schweiz (Zurich 1999). P. 157 et seq.; *Baddeley M.* L'association sportive face au droit (Geneva 1994). P. 272 et seq., footnote 79; *Hantke D.* Brachen wir eine Sport-Schiedsgerichtsbarkeit? in *SpuRt (Zeitschrift für Sport und Recht)* 1998. P. 187; *Wylter R.* La convention d'arbitrage en droit du sport, in *RDS* 11/1997 I. P. 45 et seq., p. 60.

³⁰ *Schillig M.* Op. cit. P. 159.

³¹ ATF 125 I 389 rec. 4a; 118 II rec. 3c. P. 361.

³² ATF 126 I 68 rec. 3a. P. 73.

³³ ATF 128 V 82 rec. 2a. P. 84 и указанные там судебные решения.

³⁴ Судебное решение 4P.188/2001 от 15 октября 2001 г., rec. 2b in fine; ATF 118 II 359 rec. 3c. P. 362, и указанные там авторы, см. также: *Corboz B.* Op. cit. P. 16 et seq.

проса о том, предоставляет ли состав арбитража достаточные гарантии независимости и беспристрастности³⁵. Международный арбитраж являет собой достаточно узкую сферу, и представляется неизбежным, что, проведя в ней несколько лет, арбитры, многие из которых являются юристами, будут разрешать спор, в котором участвует в качестве арбитра или представителя стороны юрист, бывший членом состава арбитража в предыдущем процессе. Это не может автоматически означать, что они более не являются независимыми³⁶.

[27] Истицы не согласны с тем, что САС предоставляет достаточные гарантии беспристрастности и независимости по отношению к МОК. По их мнению, структура ICAS, порядок назначения арбитров, организация, финансирование и функционирование САС создают чрезмерно тесную связь между этим постоянно действующим институциональным арбитражным органом и высшим органом Олимпийского движения. Если говорить конкретнее, первый аргумент истиц состоит в том, что многие члены ICAS подчинены МОК в ходе исполнения своей роли в Олимпийском движении. Они отмечают, что Президентом ICAS является бывший вице-президент МОК, до сих пор остающийся его почетным членом. Оба вице-президента ICAS являются членами комиссий МОК. Президент Палаты апелляционного арбитража является вице-президентом МОК, а его заместитель является членом комиссии МОК. Более того, из девяти членов ICAS, которые не замещают отдельных должностей, четверо являются сейчас или являлись в прошлом членами национальных олимпийских комитетов. Кроме того, Секретарь ICAS является также Генеральным секретарем САС.

[28] Истицы далее указывают, что они были вынуждены избирать арбитра из официального списка. Они настаивают на том, что если атлет хочет назначить арбитра, знакомого с его видом спорта, говорящего на его языке и живущего в его стране, то возможность выбора у него будет очень ограничена. Наконец, истицы утверждают, что на основании статьи 3 Парижского соглашения [об учреждении ICAS] и статьи 11 Олимпийской Хартии МОК имеет полный контроль над финансированием ICAS и САС. В частности, МОК оплачивает путевые расходы и расходы на проживание арбитров, входящих в палаты *ad hoc*, а также их гонорары.

3. Независимость САС

[29] Изложенные выше аргументы, часть из которых основана на ошибочных предположениях, не представляются убедительными. В соответствии с объяснениями САС, подкрепленными соответствующими доказательствами в отчетах на поданные жалобы, – причем эти объяснения не были оспорены истицами – в 2002 году среди членов ICAS был один бывший член МОК, один вице-президент и один член МОК. Однако никто из других его членов не был ни членом МОК, ни членом его комиссий. Такое соотношение явно недостаточно, чтобы позволить МОК осуществлять контроль за деятельностью ICAS. Разумеется, формулировки статьи S4 Кодекса не могут полностью исключить возможность установления контроля за деятельностью ICAS со стороны МОК: если и международные федерации, и национальные олимпийские комитеты назначат в состав ICAS по четыре члена МОК, что они вполне могут сделать (“выбираемые как из числа [их] членов, так и из числа не состоящих в них лиц”), и если МОК назначит в состав ICAS четверых своих членов, то двенадцать из двадцати мест

³⁵ Судебное решение 4P.224/1997 от 9 февраля 1998 г., rec. 3, опубликованное в RSDIE 1999. P. 579 et seq.; судебное решение 4P.292/1993 от 30 июня 1994 г., rec. 4a.

³⁶ Lalive P., Poudret J.-F., Reymond C. Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, note 8; см. также: Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Traite de l'arbitrage commercial international, note 1031; Poudret J.-F., Besson S. Op. cit., notes 418 et seq.; Berger K. P. Internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit. P. 178, footnote 288; Corboz B. Op. cit. P. 16.

в составе ICAS займут члены МОК, и это создаст некоторые проблемы. Однако это маловероятный сценарий и он не имеет отношения к данному делу.

[30] Более того, истицы неправы в своем предположении, что органы ICAS структурно зависят от МОК, так как они входят в Олимпийское движение. ICAS является независимой организацией, не упомянутой в статье 3 Олимпийской Хартии, которая в соответствии с ее статьей 4 указывает условия участия в Олимпийском движении. Она может сама вносить изменения в собственные учредительные документы (ст. S25 Кодекса), не подчиняется приказам МОК и не связана его решениями (что противоречит статье 1 Олимпийской Хартии). Кроме того, ICAS никоим образом не влияет на процедуру арбитражного разбирательства в САС, за исключением случаев, когда он должен решить вопрос об отводе арбитра (ст. R34 Кодекса), однако и в этом случае член ICAS должен уклониться от решения данного вопроса, если спортивный орган, к которому он принадлежит (например, МОК), является стороной арбитражного разбирательства (ст. S11 Кодекса). Члены ICAS в любом случае не могут фигурировать в списке арбитров САС или выступать в качестве представителя стороны в деле, рассматриваемом САС (ст. S5 Кодекса). Что же касается Генерального секретаря САС, который также выполняет функции Секретаря ICAS, в последнем органе он пользуется правом только совещательного голоса (ст. S8 Кодекса) и не может быть членом состава арбитража САС. Исходя из такой структуры (с учетом указанного выше гипотетического исключения), ICAS способен обеспечить независимость САС и соблюдение прав сторон.

[31] Как это признается и Генеральным секретарем САС, правило, в соответствии с которым в составах арбитражей могут участвовать только арбитры, внесенные в список, составленный ICAS, стало предметом оживленных дебатов³⁷. Такая система совершенно обычна для корпоративных институтов, где она оправдана весьма специальным характером споров, хотя вследствие этого возможности сторон ограничиваются и, в зависимости от ситуации, могут нарушить принцип равенства сторон³⁸. Тем не менее, столкнувшись с этой проблемой, Федеральный Верховный Суд всегда отказывался от порицания этой системы в целом, рекомендуя уделять внимание предотвращению оказания влияния какого-либо лица при составлении списка арбитров³⁹.

[32] Для того чтобы оправдать продолжение применения этой системы, Генеральный секретарь САС указывает на то, что арбитры, призванные разрешать споры в этой весьма специфической сфере, должны иметь специализацию⁴⁰. Это разумный аргумент, который оправдывает сохранение *status quo*. В соревновательных видах спорта, особенно на Олимпийских играх, как для самих атлетов, так и для эффективного проведения соревнований совершенно необходимо, чтобы споры разрешались быстро, просто, гибко и недорого специалистами, знакомыми как с юридической, так и со спортивной стороной вопроса⁴¹. Идея списка арбитров, так, как она используется САС, способствует достижению указанных целей. Благодаря формированию палат *ad hoc* она позволяет заинтересованным лицам быстро получить решение после слушания дела специалистами, обладающими юридической квалификацией и признанными познаниями в области спорта, при этом защищая право таких лиц на проведение спра-

³⁷ Reeb. Revue. P. 10; Ruede, Handenfeldt. Op. cit. P. 129 ch. 1 and p. 149 ch. 4; Baddeley. Op. cit. P. 267; Schillig. Op. cit. P. 157 et seq.; Fouchard, Gaillard, Goldman. Op. cit., note 1004.

³⁸ Fouchard, Gaillard, Goldman. Ibid.

³⁹ См. ATF 107 Ia 155, rec. 3b. P. 161; 93 I 265 rec. 3; 84 I 39 rec. 6a, которые тем не менее различают составы арбитражей, действующих при торговых палатах, и созданные ассоциациями [бизнесменов]. Касательно прецедентного права по этому вопросу см.: Clay T. L'arbitre (Dalloz 2001), note 477.

⁴⁰ Reeb. Revue. Ibid.

⁴¹ Для более полной информации о преимуществах юридического арбитража в мире спорта см.: Zen-Ruffinen. Op. cit., note 1420.

ведливого рассмотрения дела. Более того, так как арбитры САС регулярно информируются о развитии спортивного права и прецедентных решениях САС, эта система позволяет достигнуть определенного уровня последовательности в принимаемых решениях, устраняя при этом проблемы, связанные с международным аспектом многих споров в спортивной сфере⁴².

[33] После изменений, осуществленных в ходе реформы 1994 года, использование списка арбитров в настоящее время соответствует конституционным требованиям независимости и беспристрастности, применимым к спортивным арбитражам. В списке арбитров САС должно быть по меньшей мере 150 имен, а сейчас насчитывается около 200. Что бы ни заявляли истцы, стороны по указанной причине обладают широким выбором кандидатов в состав арбитража САС, которые соответствуют их требованиям к гражданству, языку и познаниям в том виде спорта, которым занимается соответствующий атлет. Кроме того, важность этих трех требований не следует переоценивать: гражданство арбитра при обычных обстоятельствах не должно влиять на его избрание, так как все арбитры обязаны (или, по крайней мере, им это следует иметь в виду) быть независимыми от всех сторон дела, включая ту из них, которая их назначила. Так как рабочими языками САС являются французский и английский (ст. R29 Кодекса), вопрос о языке также не может считаться важным фактором при избрании арбитра. Что же касается знаний в соответствующем виде спорта, истцы ошибочно выдвинули такое требование: у них нет права настаивать на том, чтобы их дело слушалось арбитрами, которые некогда выступали в том же виде спорта, что и они.

[34] В этом аспекте самым важным является то, что список арбитров должен включать в себя значительное количество компетентных арбитров, обладающих определенным уровнем познаний в сфере соревновательного спорта. Атлеты свободны в избрании арбитров, обладающих познаниями в других видах спорта, если они кажутся более независимыми и беспристрастными. Не следует преувеличивать невыгодные стороны назначения арбитра из другого вида спорта, так как рассматриваемые САС вопросы (допинг, неуважение к арбитрам, грубость на площадке проведения соревнований и т.п.) более или менее одинаковы для всех видов спорта. Особо схожи дела, касающиеся применения допинга, независимо от того, в какой спортивной дисциплине выступает нарушитель. Можно считать остающимся неразрешенным вопрос о том, что может произойти в том исключительном случае, если ввиду специфического предмета спора и связанных с ним проблем необходимо назначить арбитра, специализирующегося в той же спортивной дисциплине, что и атлет, участвующий в рассматриваемом САС споре, а соответствующий арбитр недостаточно независим от МОК. Но этот вопрос к данному делу не относится.

[35] Более того, создание независимого органа – ICAS – который отвечает за составление списка арбитров, означает, что МОК не может оказывать влияние на содержание этого списка. Этот вывод справедлив в отношении включения арбитров в список, так как МОК может предлагать только одну пятую кандидатур. Следует также отметить, что еще одна пятая состава списка формируется для того, чтобы защитить права атлетов, и таким образом, те из них, кто оказывается вовлеченным в разбирательство в САС, могут выбирать из числа по крайней мере 30 арбитров, назначенных именно в таком порядке.

[36] Тем не менее список арбитров все-таки не так понятен, как он мог бы быть. Имея в виду вышеуказанные соображения и в целях большей прозрачности, было бы лучше в списке вместе с фамилией арбитра указывать, к какой из пяти категорий, перечисленных в статье S14 Кодекса, он принадлежит (то есть относится ли он к арбитрам, избранным по предложению МОК, международных федераций или национальных олимпийских комитетов, с целью защиты интересов атлетов или из числа лиц, не зависящих от трех вышеупомянутых ор-

⁴² Касательно двух последних аргументов см.: *Zen-Ruffinen*. Op. cit., note 1420.

ганов), кроме того, имело бы смысл указывать, какой международной федерацией или каким национальным олимпийским комитетом предложена соответствующая кандидатура⁴³. Таким образом, стороны смогут назначать своих арбитров, опираясь на полное знание фактов. Например, в споре с МОК соответствующая сторона не избрала арбитра, который кажется ей связанным с этим органом, но на самом деле, хотя он и не является членом МОК, был предложен в состав арбитров именно им (см. ст. S14 Кодекса, которая определяет такую систему назначения). Что же касается других затронутых вопросов, правила, регулирующие независимость арбитров и отводы им (статьи R33 и R34 Кодекса), толкуемые в свете статей S11 и S21 Кодекса, не позволяют членам МОК, его комиссий или иным лицам, по другим причинам чрезмерно тесно связанным с ним, выступать в качестве арбитров в делах, где МОК является стороной.

[37] Следует также отметить, что САС как орган по рассмотрению жалоб, не зависящий от международных федераций, не может сравниваться с постоянно действующими арбитражами, созданными [самими] спортивными организациями для рассмотрения их внутренних споров в качестве последней инстанции. Действуя в качестве лица, обладающего полномочиями по изучению фактов и правовых аргументов с правом проведения расследований и имеющего возможность вынести новое решение взамен того, которое было принято соответствующим органом и стало поводом для обжалования⁴⁴, САС больше напоминает судебный орган, не зависящий от участвующих в деле сторон. Поэтому использование САС списка арбитров не вызывает таких возражений, которые выдвигаются в случае использования списка арбитров арбитража, созданным [спортивной] ассоциацией. Кстати, так называемая “система открытого списка”, когда сторона или стороны имеют право избирать арбитров из числа лиц, не включенных ни в какой список⁴⁵ (в отличие от применяемой в САС “системы закрытого списка”), поддерживаемая некоторыми авторами⁴⁶, не всегда доказывает свою целесообразность. Напротив, с точки зрения оценки эффективности функционирования состава арбитража “система открытого списка” влечет за собой риск того, что один или более арбитр из состава арбитража пожелает действовать, как если бы он был юристом, защищающим интересы назначившей его стороны⁴⁷.

[38] Истцы настаивают на том, что, как это уже критиковалось некоторыми авторами, порядок финансирования ICAS и САС означает, что эти органы не являются финансово независимыми по отношению к МОК. Прежде всего отметим, что в представленном ими юридическом заключении истцы просто цитируют такую точку зрения, высказанную их представителем, не прибавляя к ней никаких обоснований⁴⁸. Тем не менее было бы ошибочным предполагать, как это делают истцы, что МОК осуществляет полный контроль за финансированием ICAS и САС. В соответствии с пунктом 5 статьи S6 Кодекса контроль за финансированием САС осуществляет ICAS, который утверждает его бюджет и ежегодный финансовый отчет. ICAS получает и распределяет средства, предназначенные для деятельности САС. Оба эти органа финансируются МОК, международными федерациями и национальными олимпийскими комитетами в пропорциях, предусмотренных в уже упоминавшейся статье 3 Парижского соглашения. В соответствии с нею МОК предоставляет только одну треть такого финансирования, а оставшаяся часть покрывается другими организациями, которые

⁴³ По этому вопросу см.: *Schillig*. Op. cit. P. 159.

⁴⁴ *Reeb*. Revue. Ibid.

⁴⁵ См.: *Clay*. Op. cit., note 478. P. 400.

⁴⁶ См., напр.: *Baddeley*. Op. cit. P. 274; *Nettle S.* Das Internationale Sport-Schiedsgericht in Lausanne. Zusammensetzung, Zuständigkeit und Verfahren, in *Sportgerichtsbarkeit, in Recht und Sport*, vol. 22. P. 9 et seq., p. 12.

⁴⁷ См.: *Schillig*. Op. cit. P. 160.

⁴⁸ RDS, 116/1997 I. P. 47 et seq.

от него не зависят. Возможно, что такая структура финансирования допускает использование части средств, выплачиваемых МОК этим организациям как части доходов от продажи прав на телевизионные трансляции Олимпийских игр. Однако это никоим образом не сказывается на структуре финансирования ICAS и САС. Механизм сбора средств для деятельности ICAS и САС, представляющий собой метод удержания у источника, используется только для упрощения расчетов и позволяет ICAS обойтись без получения средств отдельно от каждой из многочисленных международных федераций и национальных олимпийских комитетов и их членов.

[39] Более того, трудно усмотреть в том факте, что Олимпийские игры и все связанные с ними права представляют собой исключительную собственность МОК (ст. 11 Олимпийской Хартии), возможность для МОК осуществлять контроль за остающимися двумя третями средств, направляемых в ICAS. Если бы МОК принял маловероятное решение о том, что он заберет себе все доходы от продажи прав на телевизионные трансляции Олимпийских игр, структура финансирования, предусмотренная статьей 3 Парижского соглашения, все равно останется в силе и другим организациям, которые помимо МОК в настоящее время обязаны финансировать ICAS и САС, придется, по всей видимости, поискать другие источники средств для исполнения их обязательств. Что же касается расходов по функционированию палат *ad hoc* САС, САС объясняет в своих отзывах на жалобы, что эти расходы оплачиваются ICAS и Организационным комитетом соответствующего соревнования, но не самим МОК. Все это приводит нас к выводу, что структура финансирования САС вряд ли способна поставить под сомнение независимость этого арбитражного органа по отношению к МОК.

[40] С другой стороны, трудно представить себе какую-либо иную структуру, которая обеспечила бы существование САС на самообеспечении, и искицы не вносят никаких альтернативных предложений. Существующая ситуация связана с иерархической структурой современного спорта как на международном, так и на национальном уровне⁴⁹. Отношения между атлетами и организациями, руководящими отдельными видами спорта, носят вертикальный характер, в отличие от горизонтальных отношений, присущих сторонам контракта в договорном праве. Это структурное различие между двумя типами отношений не влияет на финансирование органов, отвечающих за рассмотрение споров, которые могут возникнуть. На самом деле структура финансирования на равных долях, логически оправданная при рассмотрении арбитражем спора, вытекающего из договорных отношений, при которой расходы оплачиваются либо самими сторонами, либо организациями, представляющими их интересы (федерациями работников, профсоюзами, ассоциациями домовладельцев и арендаторов, и т.п.), не подходит для случаев, когда состав арбитража должен проверить законность санкций, наложенных высшим органом спортивной федерации на одного из ее членов. В последнем случае финансовые ресурсы, находящиеся в руках сторон спора (а именно федерации и наказанного атлета), окажутся, за исключением ряда редких случаев, абсолютно несравнимыми, и лицо, находящееся у основания пирамиды, то есть атлет, будет затруднено в оплате приходящейся на него доли расходов.

[41] Чтобы завершить дискуссию по вопросу о финансировании САС, следует добавить, что не существует непосредственной связи между тем, как юридический орган финансируется, и тем, насколько он независим. Это может быть продемонстрировано на примере государственных судов стран, придерживающихся принципа верховенства закона, когда судьи часто должны принимать решения по спорам с участием государства, и тем не менее их независимость не ставится под сомнение в связи с тем, что они в финансовом отношении зависят от государства. Аналогичным образом следует презюмировать, что арбитражи

ры САС должны считаться способными относиться к МОК так же, как и к другим сторонам разбирательства, несмотря на то, что суд, к которому они принадлежат и который платит им гонорары, частично финансируется МОК.

[42] САС представил доказательства того, что он не является вассалом МОК. Генеральный секретарь [САС] перечислил случаи, когда МОК был стороной по делу, рассматривавшемуся САС. Исходя из этой статистики, которая не оспаривалась, из двенадцати дел, рассмотренных САС начиная с 1996 года (за исключением незавершенных), в которых он был ответчиком, МОК выиграл восемь и проиграл четыре. Также интересно отметить, что арбитры С., D. и E., которые рассматривали поданные искицами жалобы, все участвовали в составах арбитражей, принявших решения не в пользу МОК. Разумеется, эта статистика может рассматриваться только в качестве иллюстрации, но тем не менее она может быть принята в качестве доказательства независимости и свободы, с которыми САС действует в отношении всех сторон, включая и МОК.

<...>

[43] Подводя итоги, следует прийти к выводу, что САС достаточно независим по отношению к МОК, равно как и к другим лицам, обращающимся к его услугам, так что его арбитражные решения по делам с участием МОК следует рассматривать в качестве надлежащих арбитражных решений, эквивалентных судебным решениям государственных судов. Таким образом, публичное обжалование арбитражных решений САС, вынесенных по спорам между... лыжниками и МОК допустимо. Однако жалоба на то, что формирование состава арбитража не соответствовало требованиям закона, также заявленная искицами, является необоснованной.

III. Независимость арбитров

[44] Во втором основании для обжалования, также основанном искицами на подпункте "а" пункта 2 статьи 190 Закона Швейцарии "О международном частном праве", они оспаривают не независимость САС как такового, а независимость трех арбитров, входивших в состав арбитража, который и вынес четыре оспариваемых арбитражных решения. Искицы настаивают на том, что в условиях, когда лишь небольшое количество арбитров направляются в место проведения Олимпийских игр для того, чтобы войти в состав палаты *ad hoc* САС, они вступают между собой в столь близкие персональные и личные отношения, что это оказывает влияние на их независимость впоследствии, когда они уже в другом качестве участвуют в рассмотрении САС дел и один из них исполняет функции арбитра, а другой – представителя стороны или его помощника. Например, арбитр E. работал в такой палате с юристом МОК г-ном F., причем эта палата рассматривала дела с участием МОК. Он, равно как и председатель состава арбитража С., также работал вместе с г-ном G., который в этом деле помогал представителю FIS г-ну I. Арбитр D. при этом также был членом палаты *ad hoc* вместе с г-ном F. Таким образом, сложились обстоятельства, которые внушают достаточно серьезные сомнения в независимости и беспристрастности этих трех арбитров, которым, по мнению искиц, следовало заявить самоотвод. Искицы не согласны с утверждением, что они воспользовались этим аргументом слишком поздно, и обвиняют состав арбитража САС в нарушении процессуального публичного порядка, так как они сами рассмотрели вопрос о заявленном им отводе, вместо того, чтобы передать вопрос на рассмотрение ICAS, которому принадлежит в таких случаях исключительная компетенция [по рассмотрению отводов].

[45] В своих отзывах на жалобы МОК и FIS не соглашаются с тем, что обстоятельства, на которые сослались искицы (и к тому же слишком поздно), достаточны для отвода. Со своей стороны САС настаивает на том, что искицы никогда не подавали в ICAS просьбы об отводе в надлежащей форме. Искицы пытаются парировать эти аргументы в своем дополнительном заявлении в поддержку жалоб. По их мнению, просьба об отводе не обязательно должна направляться в письменной форме и может быть направлена в ICAS через САС.

⁴⁹ По этому вопросу см.: *Zen-Ruffinen*. Op. cit., notes 103 et seq.

1. Несовместимость с публичным порядком

[46] В соответствии с подпунктом “а” пункта 2 статьи 190 Закона Швейцарии “О международном частном праве” арбитражное решение может быть оспорено ввиду его несовместимости с публичным порядком. Процессуальный публичный порядок гарантирует сторонам право на беспристрастное суждение о выводах и фактах, представленных на рассмотрение состава арбитража, вынесенное в соответствии с подлежащим применению процессуальным правом. Процессуальный публичный порядок оказывается нарушенным в том случае, если не соблюдаются фундаментальные принципы, пользующиеся всеобщим признанием, что влечет за собой неустранимое нарушение процедуры осуществления правосудия, вследствие чего решение оказывается несовместимым с ценностями, признаваемыми государством, придерживающимся принципа верховенства закона⁵⁰. Однако следует разъяснить, что не каждое нарушение процессуального права, особенно случайное, представляет собой нарушение процессуального публичного порядка. Следует принимать во внимание нарушение только таких правил, которые существенны для обеспечения справедливого характера разбирательства⁵¹.

[47] Рассмотрение отводов, заявленных арбитрам САС, является исключительной компетенцией ICAS (ст. R34 Кодекса, см. также п. 4 ст. S6 Кодекса). В данном деле состав арбитров сам принял решение по вопросу о заявленном ему отводе в ходе слушаний в Лозанне, состоявшихся 4 и 5 ноября 2002 г., которые были записаны на CD-Rom. Тот факт, что он признал наличие у него права принимать соответствующее решение, не означает, что им было допущено нарушение процессуального публичного порядка. С этой точки зрения следует принять во внимание прецедентное право Федерального Верховного Суда, в соответствии с которым арбитраж, всему составу которого был заявлен отвод, может посчитать такое ходатайство недопустимым в случае, если оно неразумно или лишено явных оснований, даже в том случае, если подлежащий применению процессуальный закон предусматривает, что решение [по вопросу об отводе] должно быть принято другим органом⁵². Если применять такое исключение из правил к данному случаю, арбитры не могут быть обвинены в нарушении процессуального публичного порядка. И именно таким образом здесь и обстоит дело, так как отвод, заявленный истцами, был очевидно не только недопустимым (см. [48]–[50]), но и совершенно безосновательным (см. [51]–[53]).

[48] Сторона, желающая заявить отвод арбитру, должна сослаться на основания для такого отвода немедленно после того, как они стали ей известны⁵³. Это процессуальное правило, четко сформулированное в пункте 1 статьи R34 Кодекса, касается как оснований для заявления отвода, которые были известны заинтересованной стороне, так и таких, о которых ей следовало знать при надлежащем уровне внимания к делу⁵⁴.

[49] 7 мая 2002 г. председатель состава арбитража издал [процессуальный] приказ для дел *A. v. IOC* и *B. v. IOC*. Этот [процессуальный] приказ, подписанный представителями обеих сторон, содержал имена всех трех арбитров и представителей всех сторон. Аналогичный приказ был издан 17 июля 2002 г. по делам *A. v. FIS* и *B. v. FIS*. Прочитав эти приказы, истцы должны были узнать, кто будет рассматривать их жалобы и кого их оппоненты избрали для представления своих интересов. Поэтому проверка независимости арбитров, назначенных для ведения их дела, входила в их обязанности. Однако они несколько ме-

⁵⁰ См.: ATF 128 III 191 rec. 4a. P. 194 и процитированное там судебное решение.

⁵¹ ATF 126 III 249 rec. 3b and references; *Corboz*. Op. cit. P. 29.

⁵² Судебные решения 1P.391/2001 от 21 декабря 2001 г., rec. 3.1; 1P.553/2001 от 12 ноября 2001 г., rec. 2b; 1P.396/2001 от 13 июля 2001 г., rec. 2a; ATF 114 Ia 278 rec. 1. P. 279; 105 Ib 301 rec. 1c and 1d. P. 304.

⁵³ ATF 128 V 82 rec. 2b. P. 85; 126 III 249 rec. 3c and references.

⁵⁴ Rec 6., not published, of ATF 119 II 271.

щцев выжидали, с тем чтобы поднять вопрос в конце разбирательства. Практические основания, которыми они объясняют свою медлительность, представляются по крайней мере шаткими. В частности, ссылка на якобы имевшие место трудности в доступе к документам и информации вряд ли обоснованна, принимая во внимание то, что дело касалось атлетов мирового уровня, представленных могущественной национальной федерацией, и ставки в нем были чрезвычайно высоки (потеря золотой медали, выигранной на Олимпийских играх, долгосрочное отстранение от всех международных соревнований и т.д.). Кроме того, как отмечает САС в своих отзывах на жалобы, вся информация касательно личных обстоятельств, на которые истицы пожелали сослаться как на основания для отводов, была опубликована на сайте САС в Интернете в то время, как были поданы жалобы [в САС]. Поэтому она легко была доступна, даже из страны X., где проживал основной представитель истиц.

[50] Поэтому самостоятельно отказав в удовлетворении ходатайства об отводе, как слишком поздно заявленного, состав арбитров тем самым не нарушил процессуального публичного порядка...

2. Стандарты для решения вопроса о независимости арбитра в международном арбитраже

[51] В соответствии с подпунктом “с” пункта 1 статьи 180 Закона Швейцарии “О международном частном праве” арбитру может быть заявлен отвод в случае, если имеются обстоятельства, позволяющие обоснованно усомниться в его независимости. Независимость арбитра означает, что он не должен быть никоим образом связан с назначившей его стороной, но должен только оставаться избранным ею лицом. Соблюдение такого правила можно установить только отдельно для каждого случая, абсолютных оснований для отвода не существует. Сомнения в независимости арбитра должны основываться на существовании объективных фактов, которые для разумного наблюдателя, по всей вероятности, создают сомнения в независимости арбитра. С другой стороны, чисто субъективная реакция участвующего в деле лица не должна приниматься во внимание. Эти принципы были выработаны Федеральным Верховным Судом на основании подпункта “а” пункта 1 статьи 58 (теперь п. 1 ст. 30) Конституции, касающегося отвода судьям государственных судов, нормы которого можно также применять в отношении арбитров. Однако при этом следует принимать во внимание различный контекст, в котором складываются отношения стороны по делу и ее юристов с судьей государственного суда и с арбитром. Для лиц, работающих в сфере частного арбитража, такие отношения могут быть более частыми ввиду существования потребности в этом в силу экономической и профессиональной необходимости, и поэтому такие отношения сами по себе рассматриваются в качестве основания для отвода⁵⁵. Было даже постановлено, что дружба (подтверждаемая неофициальным обращением друг к другу и выдачей взаимных рекомендаций) между арбитром и юристом одной из сторон в принципе является недостаточным основанием для отвода⁵⁶. В общем, судье не может быть заявлен отвод только потому, что он уже имел дело с одной из сторон в другом процессе, даже если он вынес в том процессе решение против такой стороны⁵⁷.

⁵⁵ См. упомянутое выше судебное решение 4P.224/1997 от 9 февраля 1998 г., rec. 3, опубликованное в RSDIE 1999. P. 579 et seq.; по этому же вопросу см.: *Poudret, Besson*. Op. cit., note 419. P. 372

⁵⁶ См. упомянутое выше судебное решение 4P.292/1993 от 30 июня 1994 г., rec. 4a, на которое ссылается *Corboz* (Op. cit. P. 17, footnote 79).

⁵⁷ ATF 114 Ia 278 rec. 1; 113 Ia 407 rec. 2a. P. 409 in fine; 105 Ib 301 rec. 1c.

[52] Такими же соображениями следует руководствоваться и в сфере арбитража, особенно международного⁵⁸. В маленьком мире международного арбитража отдельные специалисты часто оказываются в ситуации, когда они работают вместе по разным делам, как указывает МОК, нет ничего необычного в том, что в одном деле одно лицо является арбитром, а в другом – представителем стороны, выступающим перед арбитром, который также был арбитром и в предыдущем деле. Такие контакты неизбежно станут еще более частыми, если, как это имеет место в случае с САС, арбитры состоят в одном и том же закрытом списке и должны обладать соответствующей правовой подготовкой и познаниями в области спорта. Тот факт, что каждый из членов состава арбитража, который рассматривал дело истиц, был во время Олимпийских игр членом палаты *ad hoc* САС, равно как и юрист одного из их оппонентов (МОК) или помощник представителя их другого оппонента (FIS), сам по себе недостаточен для того, чтобы породить разумные сомнения относительно их независимости, тем более что арбитры С., Е. и D. все участвовали в составах арбитражей, выносивших арбитражные решения против МОК.

[53] Для отвода таких арбитров требуются дополнительные обстоятельства. Таких, на которые сослались истицы, – о том, что арбитры вместе едят, возможно, живут в одной гостинице и совершают поездки совместно, – явно недостаточно. Исходя из того, какие люди участвуют в таких процессах, следует считать, что контакты такого рода вряд ли окажут воздействие на их независимый образ мысли и выводы. С учетом прецедентного права, выработанного Федеральным Верховным Судом, можно сделать вывод, что члены состава арбитража способны подняться над обстоятельствами своего назначения, когда в ходе исполнения возложенных на них обязанностей они выносят конкретное решение⁵⁹. Поэтому отвод, заявленный арбитрам, вошедшим в состав арбитража, представляется явно необоснованным. Поэтому, решив вопрос о нем самостоятельно, указанные арбитры никоим образом не нарушили процессуальный публичный порядок.

IV. Справедливое слушание

1. Отказ заслушать свидетеля

[54] В соответствии с подпунктом “d” пункта 2 статьи 190 Закона Швейцарии “О международном частном праве” арбитражное решение может быть оспорено, если не было соблюдено равенство сторон или их право излагать свою позицию в состязательном процессе. Право быть выслушанным в данном случае не отличается от гарантии, предусмотренной пунктом 2 статьи 29 Конституции. В соответствии с существующими прецедентами право быть заслушанным включает в себя, в частности, право ответчика на объяснение его действий до вынесения решения по его делу, право на представление доказательств, которые, возможно, окажут влияние на окончательное решение, право на ознакомление с делом, право на участие в исследовании доказательств, право на исследование и определение позиций лиц, участвующих в деле⁶⁰.

[55] Подпункт “d” пункта 2 статьи 190 Закона Швейцарии “О международном частном праве” гарантирует не только право быть выслушанным, но и право на состязательный процесс. Принцип состязательности позволяет каждой из сторон определять ее позицию по отношению к аргументам оппонента, изу-

⁵⁸ См., в частности: *Lalive, Poudret, Reymond*. Op. cit., note 8 о Законе Швейцарии “О международном частном праве”. P. 343; *Jermi*. Op. cit., note 327.

⁵⁹ ATF 126 I 235 rec. 2c. P. 239; 119 Ia 81 rec. 4a. P. 85.

⁶⁰ ATF 126 I 15 rec. 2a/aa; 124 I 49 rec. 3a; 241 rec. 2; 124 II 132 rec. 2b; 124 V 180 rec. 1a, 372 rec. 3b.

чать и оспаривать представленные им доказательства и опровергать их представлением собственных доказательств⁶¹.

[56] Наконец, равенство сторон, непосредственно гарантированное пунктом 3 статьи 182 Закона Швейцарии “О международном частном праве”⁶², также охраняется подпунктом “d” пункта 2 статьи 190 Закона Швейцарии “О международном частном праве”. Он подразумевает, что слушания должны вестись и осуществляться таким образом, чтобы все участвующие в них стороны имели бы одинаковые возможности для изложения своей позиции. Эта норма требует предоставления сторонам одинаковых прав, хотя процессуальные права несомненно могут быть предметом некоторых недискриминирующих условий⁶³.

[57] Необходимо изучить различные жалобы истиц на то, каким образом осуществлялась процедура арбитражного разбирательства, исходя из указанных принципов. В начале слушания 4 и 5 ноября 2002 г. истицы официально просили разрешения вызвать в качестве свидетеля профессора Н., специалиста в области медицинской токсикологии и бывшего директора швейцарской лаборатории по анализам на допинг. Состав арбитража отказал им в этом по причинам, указанным в арбитражных решениях... в число которых, в частности, был включен тот факт, что ходатайство было заявлено слишком поздно и письмо, посланное профессором Н., не может рассматриваться в качестве “[экспертного] свидетельского заявления”⁶⁴. Это тем не менее позволило профессору Н. оставаться в помещении, в котором заседал арбитраж в ходе слушаний, и помогать представителю истиц при перекрестном опросе свидетелей со стороны МОК и FIS. Кроме того, состав арбитража не принял во внимание возражение, заявленное истицами, которое касалось того, что они получили возможность ознакомиться с весьма обширными заявлениями свидетелей со стороны МОК (К. и L.) только за несколько дней до начала слушаний. По мнению истиц, в целях обеспечения равенства сторон арбитры должны были либо согласиться на заслушивание профессора Н. в качестве свидетеля, либо исключить из материалов дела письменные заявления свидетелей со стороны МОК. Так как ни то ни другое сделано не было, тем самым было нарушено как право [истиц] быть выслушанными, так и равенство сторон.

[58] Основания, по которым была заявлена эта жалоба, не соответствуют требованиям, предъявляемым прецедентным правом, выработанным на основании пункта 1 статьи 90 Закона “О судеоустройстве”, которые также применимы к публичному обжалованию в контексте пункта 1 статьи 191 Закона Швейцарии “О международном частном праве” и пункта “с” статьи 85 Закона “О судеоустройстве”. Прежде всего, истицы не смогли должным образом оспорить детально изложенные арбитрами в арбитражных решениях основания, по которым они не удовлетворили просьбу профессора Н. о допуске в процесс в качестве свидетеля. В частности, они не объяснили, почему, по их мнению, решение арбитров о том, что письменные показания профессора Н. не могут быть приняты как заявление свидетеля, было ошибочным. Во-вторых, истицы также не представили критики в отношении оснований, по которым арбитры отклонили их возражения против слишком позднего представления свидетельских заявлений профессора К. и д-ра L. ... Само собой разумеется, что если в отношении этих двух вопросов, затронутых истицами, состав арбитража соблюдал требования Кодекса и свои собственные процессуальные приказы, то заявление истиц о том, что их

⁶¹ ATF 117 II 346 rec. 1a. P. 347 et seq.; 116 II 639 rec. 4c. P. 643.

⁶² Пункт 3 статьи 182 Закона Швейцарии “О международном частном праве” предусматривает: “Независимо от избранной процедуры арбитражный суд должен обеспечить сторонам процессуальное равенство и возможность излагать свою позицию в ходе состязательного процесса”.

⁶³ *Corboz*. Op. cit. P. 22.

⁶⁴ Об этом понятии см.: *Poudret, Besson*. Op. cit., note 657.

право быть выслушанными и право на равное отношение к сторонам было нарушено, подлежит отклонению. Поэтому указанная жалоба отклоняется как недопустимая.

2. Отказ отклонить свидетельское заявление

[59] Следующая [заявленная истцами жалоба] также лишена оснований. Истицы критикуют состав арбитража за то, что он отказался удовлетворить их ходатайство об отклонении свидетельских заявлений, представленных FIS, так как они не были подписаны. Однако они не оспаривают различные доводы, опираясь на которые арбитры отказались удовлетворить их ходатайство... В частности, арбитры посчитали, что возражения были заявлены истцами слишком поздно. Это истцами не оспаривается, и поэтому их жалоба на то, что была нарушена статья 13 Обязательственного кодекса, отклоняется.

[60] Истицы также указывают на тот факт, что свидетели имели возможность присутствовать на слушании до того, как они были подвергнуты опросу, и поэтому на них неизбежно оказали влияние предшествующие свидетели, заявления сторон и ход процесса в целом. Они полагают, что это привело к нарушению процессуального публичного порядка. Данный аргумент является безосновательным. Истицы не ссылаются на какие-либо положения Кодекса, которые либо требовали бы, чтобы свидетели отсутствовали в ходе слушаний до того, как заслушиваются их показания, либо хотя бы предписывали им выходить из зала во время опроса другого свидетеля. Они также не сослались на какие-либо прецеденты САС или юридические заключения, которые бы предписывали такой порядок. Нет сомнений в том, что указанное правило не является существенным для обеспечения справедливого характера слушаний. Вместе с тем арбитражные регламенты обычно оставляют на усмотрение состава арбитража решение вопроса о том, должен ли свидетель отсутствовать в ходе части слушаний (см., например, ст. 54(f) Арбитражного регламента ВОИС, ст. 4 Правил и процедуры Американской Арбитражной Ассоциации и п. 4 ст. 25 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ).

[61] Следует также отметить, что в любом случае после примера, продемонстрированного МОК и FIS, 22 октября 2002 г. представитель истцов сам попросил разрешения САС на то, чтобы свидетель-эксперт со стороны истцов профессор М. присутствовал в ходе слушаний. На следующий день председатель состава арбитража удовлетворил эту просьбу, и поэтому, чтобы соблюсти равенство сторон, аналогичное право было предоставлено свидетелям со стороны МОК и FIS. Таким образом, у истцов нет оснований жаловаться на применение мер, принятых исключительно для соблюдения равенства сторон.

[62] Наконец, истицы совершенно напрасно пытаются представить в качестве факта то соображение, что все их ходатайства оставались без удовлетворения, в то время как процессуальные нарушения, допущенные со стороны МОК и FIS никак не наказывались. Ненадлежащим образом заявленные ходатайства удовлетворению не подлежат, а в принятии обоснованно запрошенных процессуальных мер не должно отказываться во имя соблюдения равного отношения к сторонам.

[63] Суд посчитал, что жалобы являются необоснованными или недопустимыми, и поэтому отказал в удовлетворении всех четырех жалоб постольку, поскольку они являются допустимыми.

С.А. БЕЛЯЕВ,
консультант по международному и европейскому праву
Адвокатской канцелярии “Энгельманн Горев-Дрозд”
(Франкфурт-на-Майне),
арбитр Спортивного арбитражного суда (Лозанна)
(sergey_belyaev@hotmail.com)

Некоторые размышления по поводу решения Федерального Верховного Суда Швейцарии от 27 мая 2003 г.

Решение Федерального Верховного Суда Швейцарии (далее – Федеральный суд) от 27 мая 2003 г., основные положения которого изложены выше, является этапным с точки зрения влияния на Спортивный арбитражный суд (САС) – систему специализированных третейских судов по решению споров в области спорта и смежных со спортом сферах деятельности.

Решение включает несколько частей. Первая посвящена анализу допустимости публичного обжалования в данном деле и соблюдения формальных процессуальных требований по внесению публичной жалобы в Федеральный суд. Далее рассматривается главный довод истцов о зависимости и пристрастности Спортивного арбитражного суда с точки зрения его отношений со стороной спора – Международным олимпийским комитетом, и, прежде всего, роли последнего при формировании САС. Второй аспект независимости и беспристрастности Спортивного арбитражного суда Федеральный суд изучает в свете применения требований независимости и беспристрастности к арбитрам конкретного состава, которые были назначены для рассмотрения дела, в частности в свете вопроса о гипотетическом нарушении процессуального порядка при рассмотрении составом арбитров ходатайства представителей истцов об отводе всего состава. Отдельным доводом для оспаривания решения САС является вменявшееся ему несоблюдение принципов надлежащего состязательного процесса в ходе слушаний, которые, как известно, должны быть основаны, среди прочего, на процессуальном равенстве сторон.

Нет необходимости повторять все аргументы суда при рассмотрении материалов дела – они пространно изложены в публикуемом решении. Тем не менее представляется целесообразным углубленно остановиться на нескольких вопросах, которые либо были затронуты в решении, либо не были, но постановка которых могла бы иметь место. К числу этих вопросов относятся:

- а) применимое процессуальное право и его проверка Федеральным судом, а также роль общих принципов права при формировании и вынесении решений,
- б) применение Федеральным судом в данном деле принципа отказа от права,
- в) средства обжалования решений Спортивного арбитражного суда, а также других участников Международного олимпийского движения в государственных судах.

Рассмотрим первый вопрос.

Следует отметить, что Федеральный суд является высшим судебным органом Швейцарской конфедерации, в круг полномочий которого входит среди прочих проверка конституционности действий субъектов права, учитывая, что эта страна является одной из немногих, где нет специального органа конституционного контроля.

В силу того факта, что Спортивный арбитражный суд находится в Лозанне, Закон “О международном частном праве” Швейцарии от 18 декабря 1987 г.¹

¹ Федеральный суд в рамках процедур для дел публичного права (подп. 1 п. 1 ст. 191). Однако по соглашению сторон таким судом может быть уполномоченный в каждом кантоне суд инстанции (подп. 2 п. 2 ст. 191).

представляет собой *lex arbitri* и определяет весьма ограниченный объем процессуальных вопросов, которые могут выноситься на кассационное рассмотрение законности решения арбитражного суда в силу пункта 2 статьи 190 данного Закона:

- “а) когда единоличный арбитр был незаконно назначен или когда арбитражный суд был составлен ненадлежащим образом,
- б) когда арбитражный суд незаконно объявил себя правомочным или неправомочным,
- в) когда арбитражный суд вынес решение, выходящее за пределы жалоб, или когда он не высказался по одной из жалоб,
- г) когда равенство сторон или их право быть заслушанными в ходе состязательного процесса не было соблюдено,
- д) когда решение противоречит публичному порядку”².

Исчерпывающий перечень круга вопросов обжалования указанного Закона Швейцарии соответствует в основных элементах статье V Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года, статье IX Европейской конвенции о международном торговом арбитраже от 21 апреля 1961 г. и рекомендательным нормам Типового закона Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) от 21 июня 1985 г., в частности статье 36.

В принципе, Федеральный суд исключает из процесса проверки правильности применения материальных норм таких основных правовых источников функционирования участников Олимпийского движения, как Парижская конвенция о создании Международного совета по арбитражу в области спорта, Кодекс спортивного арбитража (иначе именуемый Арбитражным кодексом в области спорта), включающий Устав органов по решению споров в области спорта, Регламент по посредничеству, Регламент по арбитражу на Олимпийских играх,³ а также Всемирный антидопинговый кодекс⁴. Это относится и к документам, когда при апелляции в САС арбитры принимают решение на основе учредительных актов федерации, действия которой опротестовываются, и субсидиарно – на основе положений права, избранного сторонами, или на основе права государства, где зарегистрирована федерация. В отношении процесса на этом уровне применяется главным образом Арбитражный кодекс в области спорта.

Вместе с тем не следует упускать из виду, что ряд дисциплинарных решений Международной федерации лыжного спорта, Международного олимпийского комитета и самого Спортивного арбитражного суда были основаны на результатах анализов и экспериментов, проведенных уполномоченными органами по контролю за использованием запрещенных в спорте средств, среди прочих – Всемирным антидопинговым агентством и аккредитованными лабораториями. Источником принятия ими решений стал Всемирный антидопинговый кодекс. Более того, эти органы обладают определенными полномочиями по объявлению тех или иных средств запрещенными, а также некоторыми функциями по интерпретации положений документов, принятых в Международном олимпийском движении.

Обращает на себя внимание то, что юридическая природа положений таких документов, а также правовая обоснованность решений этих органов остались вне поля зрения как представителей сторон, так и Спортивного арбитражного суда. В отношении Федерального суда это вполне объяснимо, поскольку его полномочия касались проверки соблюдения процессуальных гарантий со стороны ответчиков, которыми в заявлении истцов выступали Международный олимпийский комитет и Международная федерация лыжного спорта.

² Версия перевода автора комментария.

³ См.: Code of Sport-related Arbitration and Mediation Rules, Edition 2004; Digest of CAS Awards (I and II); Recueil des sentences du TAS, Digest of CAS Awards III, 2001–2003, Kluwer, 2004.

⁴ Текст этого Кодекса см.: <http://www.olympic.org>

Между тем некоторые зарубежные эксперты высказывали мнение, что такие излагавшиеся в деле факты, как запоздалое внесение использованного спортсменками средства в список запрещенных препаратов, признание его аналогичным запрещенным, предположительно экспериментальный и официально не утвержденный метод проведения анализов на содержание указанного средства, излишняя длительность проведения тестов, в течение которых истицы продолжали выступать в соревнованиях, могли бы привлечь изначально внимание всех сторон этого дела в доарбитражной стадии и стать предметом обжалования.

Всемирное антидопинговое агентство является организацией, зарегистрированной в Швейцарии и имеющей местонахождение в Канаде, а лаборатории, которые проводят тесты, – в государствах-участниках Олимпийского движения. Как следствие, их деятельность вполне могла быть оспорена в национальных судах общей юрисдикции, а при согласии с их стороны на арбитражное соглашение – и в арбитражном суде.

Применимым правом были бы в последней ситуации как нормы материального и процессуального права, так и общие принципы права (*ne bis in idem*, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, или принцип запрета обратной силы закона), которые все более широко используются для формирования аргументов в судебных органах, и чьи отголоски нашли свое отражение и в развернувшейся дискуссии по принятым решениям.

Перейдем ко второму вопросу.

Федеральный суд неоднократно обращается в ходе проверки законности решения Спортивного арбитражного суда к процессуальному принципу отказа от права (*estoppel, waiver*) в связи с прошением об отводе состава арбитров, заявленном представителями истцов в самом начале слушаний САС.

Напомним, что сторона, желающая обратиться в Спортивный арбитражный суд, должна направить в секретариат САС при апелляции заявление с именем избранного ею арбитра. По общему правилу арбитражное рассмотрение осуществляется в составе трех арбитров. В таком случае каждая сторона выбирает арбитра, включенного в список Суда, после чего два назначенных арбитра или, в случае несогласия, сам Суд избирают третьего, который выполняет функции председателя состава. Если стороны согласны или если Суд считает это уместным, может быть назначен единоличный арбитр с учетом природы и значения дела.

Вопрос о безуспешном отводе состава арбитров занял существенное место в аргументации сторон и Федерального суда, который рассматривал его в свете принципа отказа от права. Поэтому изучение содержания этого понятия в отношении отвода арбитров заслуживает особого внимания.

Применимым правом при отводе третейских судей является как Закон “О частном международном праве” Швейцарии, так и Регламент Спортивного арбитражного суда.

Закон Швейцарии о международном частном праве от 18 декабря 1987 г. (п. 1 ст. 180) определяет условия отвода арбитра:

- “а) когда он не соответствует квалификации, о которой договорились стороны,
- б) когда существует норма об отводе, о которой договорились стороны,
- в) когда есть основания сомневаться в его независимости”⁵.

Та же статья (п. 2) гласит:

“Сторона может сделать отвод арбитра, которого она назначила, или в назначении которого она участвовала только по причине, о которой она узнала после этого назначения”.

Статья R34 (отвод) Регламента САС определяет:

“Арбитр может быть отведен, когда обстоятельства дают возможность обоснованно сомневаться в его независимости. Отвод должен быть сделан в течение 7 дней с момента, когда стал известен повод для отвода”.

⁵ Перевод автора комментария.

Та же статья определяет, что отвод арбитра является исключительной компетенцией Международного совета по арбитражу в спорте, который может принимать такое решение на уровне Бюро. Решение принимается на основе мотивированного заявления, поданного стороной спора, и только после того, как другая сторона, указанный арбитр и другие арбитры высказали в письменной форме свое мнение. Совет в общих чертах должен обосновать свое мнение.

В применении к национальным правовым нормам об арбитраже Типовой закон ЮНСИТРАЛ о Международном торговом арбитраже от 25 июня 1985 г. устанавливает в статье 4 (отказ от права на возражение) требования к принципу *estoppel*:

“Сторона, которая знает о том, что какое-либо положение настоящего Закона, от которого стороны могут отступить, или какое-либо требование, согласно арбитражному соглашению, не были соблюдены, и тем не менее продолжает участвовать в арбитражном разбирательстве, не заявив возражений против такого несоблюдения без недолжного промедления, или если для этой цели предусмотрен какой-либо срок, то в течение такого срока считается отказавшейся от своего права на возражение”⁶.

Приведенные положения подтверждают, что к вопросу об отводе арбитров надо относиться крайне продуманно и осторожно, при соблюдении всех требований, в том числе и принципа добросовестности. В отношении этого принципа представляется крайне важным осознавать, что пропуск тех или иных сроков и процессуальных возможностей дает многочисленные основания ссылаться на принцип добросовестности для отклонения тех или иных заявлений сторон. Это и имело место в ходе проверки Федеральным судом законности ряда процессуальных действий сторон, в том числе и отвода состава арбитров, где отклонение составом арбитража отвода, который был заявлен представителями истец ненадлежащим образом и явно поздно, не было признано Федеральным судом нарушением процессуальных прав истец. Приведенная аргументация подтверждает, что Федеральный суд имел все основания ссылаться на несоблюдение принципа добросовестности при рассмотрении ходатайства об отводе состава арбитров на уровне Спортивного арбитражного суда.

В дополнение отметим, что Спортивный арбитражный суд создает также судебные Палаты *ad hoc*, не имеющие постоянного характера, в частности, при проведении зимних и летних Олимпийских игр, а также некоторых крупных соревнований, организаторы которых выразили желание воспользоваться этим механизмом решения споров. В таких случаях применяются особые правила ускоренной процедуры. Обращает на себя внимание тот факт, что Регламент для арбитражного разбирательства на Олимпийских играх не предусматривает прямого избрания “своих” арбитров непосредственно сторонами спора: после внесения исковых заявлений третейские судьи назначаются самим президентом суда на Олимпийских играх.

В этом смысле важно, чтобы состав такой Палаты отражал справедливое географическое представительство основных спортивных держав мира. Ускоренная процедура, несомненно, имеет целый ряд последствий в вопросах, затронутых в данном комментарии, – обращения в государственные суды становятся практически невозможными в силу необходимости принятия оперативных решений и сложностей возможных действий в условиях государства проведения соревнований; растет необходимость в срочной квалифицированной помощи в стране проведения соревнований; увеличивается потребность точных представлений самих спортсменов об условиях обжалования тех или иных решений в Палате.

Представляется, что самостоятельное назначение арбитров президентом Палаты *ad hoc* состава не будет нарушать присущего арбитражному разбирательству духа компромисса и не будет вызывать вопросов с отводами, которые затрагивались в решении Федерального суда. Вместе с тем с теоретической стороны использование Палаты *ad hoc* в ходе Олимпийских игр и крупных спортивных соревнований усиливает характеристики и элементы деятельности Спортивного арбитра-

⁶ Материалы ЮНСИТРАЛ цитируются по официальным публикациям сайта в Интернете.

ражного суда, которые обычно присущи межгосударственным судебным органам, из чего должны вытекать все последствия для состава и функционирования такого органа.

Вывод в отношении применения ссылки на добросовестность при рассмотрении дел в Палате *ad hoc* заключается в том, что Палата и стороны будут, несомненно, иметь более ограниченные основания для ссылки на него в условиях вынесения решения в течение 24 часов. Этот вывод, однако, не должен означать, что стороны спора не должны быть готовы к процессуальным ситуациям такого рода, достаточно часто встречающимся в международных судебных и арбитражных процедурах.

Далее рассмотрим третий вопрос.

Взаимоотношение третейских судов и судов общей юрисдикции является деликатной темой во многих национальных правовых системах: стороны арбитража и сами третейские суды по самой своей природе стараются избежать отношений с государственными судами.

Однако Федеральный суд дважды ссылается на эту возможность – в пункте 4 решения суд отмечает нелогичность истец, обратившихся с жалобой на орган – Международный олимпийский комитет – в САС, который в их последующей аргументации представляется зависимым от МОК. Во втором случае суд упоминает факт необращения в государственный суд с иском об отмене решения МОК в пункте 12 с тем, чтобы доказать недобросовестность представителей истец, знавших, по его мнению, о возможности оспорить решения упомянутых органов в государственных судах и не обратившихся к ним с соответствующими исками. Суд резюмирует, что аргумент о зависимости САС от Международного олимпийского комитета появился после того, как стало ясно, что САС может принять неблагоприятные для истец решения.

По поводу отношений участников Олимпийского движения, а также арбитражных и государственных судов напомним следующее. Решения, которые затрагивали интересы истец, принимались в ходе процедуры оспариваемого арбитражного разбирательства рядом организаций – Международным олимпийским комитетом, Международной федерацией лыжного спорта, Всемирным антидопинговым агентством, аккредитованными лабораториями по антидопинговому контролю. Все эти органы, входящие в Международное олимпийское движение, являются юридическими лицами, зарегистрированными как общественные ассоциации по швейцарскому законодательству (за исключением Всемирного антидопингового агентства, хотя и зарегистрированного в Швейцарии, но находящегося в Канаде, и некоторых лабораторий, зарегистрированных в других государствах – членах Олимпийского движения).

Хотя Международный олимпийский комитет, как и национальные Олимпийские комитеты, приравненные в некоторых странах к государственным органам, имеет специфическую юридическую природу, которую некоторые исследователи были бы готовы квалифицировать как квазигосударственную, он является, строго говоря, швейцарской неправительственной организацией, не обладающей иммунитетом от исков, который был бы по природе сходным с иммунитетами межправительственных межгосударственных организаций, и, как следствие, полностью подпадает под юрисдикцию государственных судов Швейцарии.

Федеральный суд правомерно указывает в пункте 12 на процессуальную возможность для истец обратиться в правомочный государственный суд с жалобой на решение Международного олимпийского комитета в силу статьи 75 Гражданского кодекса Швейцарии, которая гласит:

“Любой член ассоциации имеет закрепленное законом право оспаривать решения, с которыми он не согласен и которые нарушают нормы законов и подзаконных актов, в течение одного месяца с момента, когда ему стало о них известно”.

Добавим к словам Федерального суда, что истецы и их представители могли своевременно оспаривать как решения международной федерации, так и деятельность антидопинговых учреждений и лабораторий, которые затрагивали права истец. Более того, к гамме возможных требований можно отнести и ис-

прашивание в правомочных государственных судах мер по обеспечению решения, срочных временных мер или их национальных разновидностей.

Опротестование решений самого Спортивного арбитражного суда в государственных судах выглядит сложнее. Спортивный арбитражный суд является третейским судом по разрешению споров, возникающих в спорте. Суд был создан в 1984 году по законодательству Швейцарии и в настоящее время находится в административном и финансовом ведении Международного совета по арбитражу в спорте⁷. Существуют условия приемлемости споров для арбитражного рассмотрения в САС: стороны должны иметь письменное соглашение об обращении в САС для рассмотрения возникшего спора. Это может быть отдельное разовое соглашение, либо положение, входящее в контракт или в уставный акт или регламент юридического лица. Таким образом, стороны могут договориться об обращении в Суд как до возникновения спора, так и после его возникновения.

При апелляционном арбитражном производстве арбитражная оговорка, включаемая в уставные документы федерации, ассоциации или спортивной организации, рекомендуется в следующей форме:

“Любое решение, выносящееся... (название дисциплинарного суда или апелляционной инстанции федерации, ассоциации или спортивной организации, являющейся последней внутренней инстанцией), может быть передано для апелляционного обжалования исключительно в Спортивный арбитражный суд в Лозанне (Швейцария), который вынесет окончательное решение в споре в соответствии с Арбитражным кодексом в области спорта. Срок внесения апелляции составляет 21 день со времени получения решения, являющегося предметом обжалования”.

Секретариат Суда подчеркивает важность того, чтобы атлеты явно выразили свое согласие в письменной форме с этим уставным положением. Они могут сделать это либо с помощью общего письменного заявления, применимого ко всем будущим спорам с федерацией, ассоциацией или спортивной организацией (как, например, в декларации общего типа⁸), либо с помощью письменной декларации, ограниченной конкретным спортивным мероприятием (см. образец⁹).

Секретариат Суда обращает обычно внимание на то, что действительность оговорки, исключающей обращение в суды общей юрисдикции, признается не во всех системах права. Федерациям и организаторам мероприятий рекомендуется проверить действительность данной оговорки в своей национальной системе права.

⁷ В списке членов Суда входят арбитры, выбранные на основе ряда критериев, среди которых независимость, объективность, компетенция в области арбитража и спортивного права. Президентом Спортивного суда является бывший судья Международного Суда ООН в Гааге Кеба Мбайе (Keба Mбайе). В списке арбитров фигурируют президенты нескольких международных спортивных федераций, национальных Олимпийских комитетов, профессора и адвокаты с мировыми именами. Среди членов Суда есть целый ряд очень известных юристов, имеющих опыт работы в судебных учреждениях, таких как М. Беджауи, бывший президент Международного Суда ООН, Р. Ранджева и Б. Симма, являющиеся в настоящее время членами этого же наиболее авторитетного мирового судебного института в Гааге.

⁸ Декларация общего типа:
“Я, нижеподписавшийся (аяся): ... согласен (сна) с уставными документами (название федерации), в частности с положением, предусматривающим исключительную компетенцию Спортивного арбитражного суда”.

⁹ Декларация, ограниченная одним мероприятием:
“В рамках моего участия ... (название мероприятия) я, нижеподписавшийся (аяся) ... согласен (сна) с тем, что любое решение, вынесенное последней внутренней инстанцией в связи с этим мероприятием, может стать предметом апелляционного оспаривания в Спортивном арбитражном суде в Лозанне (Швейцария) в соответствии с Арбитражным кодексом в области спорта. Я согласен с полномочиями САС, исключая любые обращения в суды общей юрисдикции”. (Сохранена терминология автора комментария. – Ред.)

Добавим, что практике международных арбитражных судов известны случаи обжалования в государственных судах не только окончательных решений по процессуальным основаниям, но и текущих процессуальных решений третейских судов, что, несомненно, требует реалистичной оценки как возможностей, так и последствий таких исков. Более распространенным в международной арбитражной практике является испрашивание мер по обеспечению в государственных судах при обращении за рассмотрением по существу в третейский суд в силу арбитражного соглашения¹⁰.

Международная практика спортивного арбитража имеет тенденцию к сравнительному ограничению вмешательства государственных судов при испрашивании временных и аналогичных мер. Так, Регламент указывает, что внесение при апелляционных производствах подобного запроса означает, что стороны отказываются от испрашивания этих мер в государственных судах (ст. R37)¹¹. Статья 14 Регламента для арбитражного разбирательства на Олимпийских играх вообще не упоминает возможности взаимодействия в этом вопросе с государственными судами, отдавая посредством диспозитивной нормы полномочия в этом вопросе президенту Палаты *ad hoc* на Олимпийских играх¹².

Признание и приведение в исполнение арбитражного решения также может потребовать вмешательства государственного суда. Оно может быть, в частности, исполнено в силу Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 г., которая, как отмечали еще Баттифоль и Лягард, имеет тенденцию к приравниванию международных решений к национальным судебным решениям¹³.

Как известно, хотя основания для отмены арбитражного решения почти идентичны основаниям для отказа в его признании или приведении в исполнение, в них есть существенные отличия. Те из них, которые основаны на нормах публичного порядка, включая неарбитрабельность предмета спора, могут существенно отличаться в зависимости от того, идет ли речь о государстве отмены и государстве приведения в исполнение. Правовые последствия альтернативных исков должны тщательно изучаться и сравниваться.

К палитре всех возможных ситуаций можно добавить и заявления в межгосударственные органы судебного или квазисудебного контроля – к примеру, Европейский суд по правам человека, созданный в силу Европейской конвенции о правах человека от 4 ноября 1950 г. и Протоколов к ней, и Комитет по правам человека, действующий в силу Международного пакта о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г., естественно, при условии соблюдения требований к таким заявлениям. В частности, эти международные договоры гарантируют выполнение обязательств государствами-участниками как таковыми, которые выступают, тем самым, как исключительные ответчики по делу.

Требования об отмене решения неправительственных организаций в силу этого положения практически невозможны в европейских и международных инстанциях, так как в правосубъектный состав ответчиков эти организации не входят. Ответственность по делу, которое являлось бы аналогичным рассматриваемому, вменялась бы, при внесении иска в межгосударственные органы судебного и квазисудебного контроля, государству Швейцарии в качестве предполагаемого ответчика за действия такого государственного органа, как Федеральный суд.

Практика решения споров в международном спорте последних лет показывает примеры достаточно сложных комбинаций и сочетаний обжалований, как в государственных судебных органах, так и в ходе арбитражных производств. Наиболее показательным случаем является дело Стэнли Робертса против Меж-

¹⁰ См.: *Нешатаева Т.Н.* Международное частное право и международный гражданский процесс. М., 2004. С. 565–569.

¹¹ Code of Sport-related Arbitration and Mediation Rules, Edition 2004. P. 43.

¹² Ibid. P. 137.

¹³ *Battifol H., Lagarde P.* Droit international prive, 7-me ed. T. II. P. 559.

дународной федерации баскетбола, который в результате признания этой федерацией запрета выступать на соревнованиях в Европе на основании позитивного допингового теста в баскетбольной лиге США был вынужден опротестовать признание этого решения в Европе как на уровне САС, так и национальных судов¹⁴.

Все изложенные выше процессуальные возможности рассматриваются в данном контексте не как противопоставление международных олимпийских органов и Спортивного арбитражного суда государственным судам или межгосударственным органам судебного или квазисудебного контроля, а как довод, который использует в своем арсенале Федеральный суд и который действительно должен приниматься во внимание при принятии соответствующих решений и тщательно изучаться на всех стадиях ведения дела.

Заключительные замечания

15 и 16 июня 2005 г. в Дивонн-ле-Бенн состоялся семинар, в котором приняли участие члены Международного совета по арбитражу в области спорта, арбитры Спортивного арбитражного суда, а также некоторые другие участники Олимпийского движения. Темой обсуждения стали наиболее актуальные вопросы развития международного спортивного арбитража – такие как статус арбитров, их независимость и беспристрастность, юриспруденция в области использования запрещенных средств, возможности обжалования решений как спортивных федераций, ассоциаций и клубов, так и самого Спортивного арбитражного суда, посреднические (примирительные) процедуры.

Профессор П. Терсье, Университет Фрайбурга (Швейцария), выступил со специальным докладом на тему “Обжалование решений Спортивного арбитражного суда в Федеральном суде Швейцарии”, где подробно остановился на основаниях, мотивах и процессуальных характеристиках таких жалоб. Профессор Терсье провел классификацию мотивов обращения в Федеральный суд, где неподсудность, незаконное формирование арбитража, неправомочный состав арбитража были расценены как “сильные” доводы, нарушение основополагающих процессуальных правил (например, право быть лично заслушанным), рассмотрение вопросов, выходящих за пределы предметов заявления, отказ от рассмотрения заявленных жалоб – как “средние” аргументы, а несоответствие решения публичному порядку – как “слабый” мотив. Это заключение как бы дает оценку некоторым аспектам рассмотренного Федеральным судом дела.

Другим “полюсом” внимания на встрече в Дивонн-ле-Бенн стала тема борьбы с использованием допинга, а также других видов запрещенных средств и методов на соревнованиях и тренировках. Р.В. Паунд, президент Всемирного антидопингового агентства, провел в своем выступлении анализ сложившейся юриспруденции Спортивного арбитражного суда в области борьбы с допингом. Он сообщил, что Организацией по образованию, науке и культуре (ЮНЕСКО) вместе с его агентством на основе Всемирного антидопингового кодекса была разработана Международная конвенция против допинга в спорте, которая передана в марте 2005 года на рассмотрение государств-членов и которая после ратификации будет иметь силу международного договора. Предполагается, что она должна вступить в силу до начала Олимпийских игр в Турине зимой 2006 года. Это будет новым шагом в развитии противоборства запрещенным средствам в спорте и формализации статуса Международного антидопингового агентства.

В этом свете решение Федерального суда от 27 мая 2003 г. дает возможность сделать некоторые практические выводы для заинтересованных сторон на будущее.

Если говорить о спортсменах, то в условиях активизации борьбы с допингом они обязаны четко осознавать, что должны обладать всей необходимой ин-

формацией в этой области и избегать любой тени, которая тем или иным образом может лечь на них в связи с использованием запрещенных препаратов.

Обстоятельства рассмотрения дела в Федеральном суде демонстрируют с убедительностью, что основой деятельности представителей сторон должно быть доскональное знание всех процессуальных возможностей, серьезная подготовка дел и строгое следование профессиональной этике в своих отношениях с коллегами.

Следует констатировать, что возможность для сторон оспаривать некоторые решения руководящих органов Олимпийского движения в государственных судебных органах приводит к тому, что они в большей степени испытывают интерес и потребность иметь в своем распоряжении справедливую, эффективную и гибкую арбитражную систему предотвращения и решения споров, возникающих в спорте, которая отвечала бы интересам всех лиц, принимающих участие в этом движении. Думается, что все участники Международного олимпийского движения и сам Спортивный арбитражный суд, несомненно, будут еще строже следовать своим олимпийским принципам, а также требованиям справедливости, независимости и беспристрастности.

¹⁴ ASA Bull. Court Decisions, Tribunal Fédéral, Ire Cour civile, 25 November 2002.

В этом деле МКАС при ТПП РФ столкнулся с несколькими необычными обстоятельствами. Ответчик, добивавшийся передачи спора на рассмотрение в государственный арбитражный суд по месту своего нахождения, обосновал свою позицию документами, которые, по мнению истца, были сфальсифицированы. Так как ответчик не пожелал прислать в МКАС своего представителя и не представил в подлиннике указанных документов, МКАС согласился с позицией истца и рассмотрел спор по существу, хотя его наименование в арбитражной оговорке было указано неточно.

Возражая против рассмотрения спора в МКАС, ответчик не представил никаких аргументов по существу дела. Тем не менее состав арбитража посчитал значительную часть требований истца выходящими за рамки арбитражного рассмотрения и отказал в их удовлетворении.

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД ПРИ ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

РЕШЕНИЕ

от 28 февраля 2005 г.

Дело № 172/2003

Стороны:

Истец – товарищество с ограниченной ответственностью, имеющее местонахождение на территории Казахстана.

Ответчик – открытое акционерное общество, имеющее местонахождение на территории Российской Федерации.

[Нормативные акты и правовые институты,
имеющие отношение к спору:

статьи 474, 484, 486, 513, 516 ГК РФ;

компетенция арбитража;

пределы арбитражного соглашения.]

Факты:

Согласно заключенному между Истцом и Ответчиком договору от 17 ноября 1999 г. о поставке товара, произведенного на территории Узбекистана (далее – Договор), Истец произвел поставку в количестве ... тонн на сумму ... долл. США по курсу Центрального банка Российской Федерации на день декларирования.

Ответчик письмом от 16.10.2000, оригинал которого представлен Истцом в МКАС, уведомил Истца о получении отправленного Истцом товара. В указанном письме Ответчик заявил, что, поскольку товар был ввезен Истцом на территорию Российской Федерации при участии фирмы из Чехии, данный товар в соответствии с Правилами определения страны происхождения товаров (в редакции решений Совета глав правительств СНГ от 15.04.1994 и от 18.10.1996) не пользуется льготами, освобождающими от уплаты таможенной пошлины в размере 5 процентов и НДС в размере 20 процентов. Сославшись на эти обстоятельства, Ответчик уведомил Истца, что он должен перечислить ... рублей на счет N-ской таможни.

Как следует из искового заявления, Истцом по настоянию Ответчика, во избежание задержки таможенного оформления ввезенного товара, на счет N-ской таможни была перечислена таможенная пошлина в сумме ... рублей, эквивалентной ... долл. США, хотя пунктом 3.4 Договора обусловлена оплата таможенных платежей за вывоз товара – Поставщиком, а за ввоз – Покупателем.

Истец указывает, что претензий по качеству и количеству поставленного товара от Ответчика не поступало.

По заявлению Истца Ответчик, в нарушение пункта 3.6 Договора, предусматривающего оплату полученного товара в течение 30 дней с момента приемки, не произвел его оплату.

Претензия Истца об оплате стоимости полученного товара на сумму ... долл. США и суммы ввозной таможенной пошлины, эквивалентной ... долл. США, направленная Ответчику 11.01.2001, по заявлению Истца, осталась без ответа и удовлетворения.

Ответчик в отзыве сообщил о своем несогласии на рассмотрение дела в МКАС при ТПП РФ, указав, что в соответствии с пунктом 7.2 Договора “не разрешенный сторонами спор должен передаваться для разрешения в Международный Коммерческий Арбитражный Суд при ТПП г. Москвы” и заявил, что в договоре якобы нет соглашения о передаче спора на рассмотрение МКАС при ТПП РФ, приложив при этом заверенную своей печатью копию этого же договора, в котором (дословно с учетом знаков препинания и пробелов) содержится следующая формулировка: “В случае возникновения разногласий, не разрешенных сторонами путем переговоров, спор передается для разрешения в Международный Коммерческий Арбитражный Суд при ТПП г. Москвы”. Идентичный текст арбитражного соглашения содержится и в пункте 7.2 оригинала Договора от 17.11.1999, представленного Истцом.

Ответчик также сообщил, что Изменением № 1 от 21.01.2000 к Договору от 17.11.1999 стороны выразили свое согласие на передачу не разрешенных сторонами споров в Арбитражный суд N-ской области, в подтверждение чего приложил копию данного изменения.

Позднее в МКАС поступило дополнительное заявление Ответчика, в котором он повторно заявил о своем несогласии на рассмотрение дела в МКАС, поскольку в заключенном им с Истцом Договоре от 17.11.1999 оговорка о передаче споров между сторонами в МКАС нет, в связи с чем Ответчик просил МКАС оставить исковое заявление без рассмотрения.

В день, назначенный для проведения заседания арбитража, в МКАС поступило возражение Ответчика на исковое заявление, в котором он вновь заявил о своем несогласии на рассмотрение дела в МКАС, поскольку в заключенном им с Истцом Договоре от 17.11.1999 нет рекомендуемой Регламентом МКАС арбитражной оговорки о рассмотрении спора в МКАС при ТПП РФ, и к тому же сторонами достигнута однозначная договоренность, закрепленная в Изменении № 1 от 21.01.2000 к Договору от 17.11.1999, о том, что в случае разногласий, не разрешенных сторонами путем переговоров, спор передается на разрешение арбитражного суда N-ской области, в подтверждение чего приложил копию этого изменения. Ответчик вновь просил МКАС оставить исковое заявление без рассмотрения.

При этом Ответчик, извещенный о времени и месте слушания дела, на заседание не явился.

Представитель Истца в заседании отводов не заявлял, ходатайствовал о рассмотрении дела в отсутствие представителя Ответчика.

Представитель Истца в заседании заявил, что Изменение № 1 от 21.01.2000 к Договору от 17.11.1999 не подписывалось директором Истца г-ном А., и представил в заседании заявление директора Истца г-на А., в котором указывается, что Изменение № 1 от 21.01.2000 к Договору от 17.11.1999 у Истца во “Входящих” и “Исходящих” документах не числится, и содержится просьба рассмотреть исковое заявление в МКАС при ТПП РФ.

Заслушав представителя Истца, в заседании МКАС вынес постановление об отложении слушания дела на другую дату, предложив Ответчику представить в МКАС и в копии Истцу пояснение по заявлению директора Истца г-на А. и оригинал Изменения № 1 от 21.01.2000 к Договору от 17.11.1999.

Далее в МКАС от имени Истца поступило заявление директора Истца г-на А. (с приложениями и квитанцией о направлении копии Ответчику) о том, что он не видел и не подписывал Изменение № 1 от 21.01.2000 к Договору от 17.11.1999 и что его подпись на представленной копии документа подделана, как подделана и подпись занимавшего в то время должность его заместителя г-на В., который, по заявлению г-на А., обычно визировал такого рода документы.

В своем заявлении г-н А. также указал, что 21.01.2000, когда в городе N Российской Федерации якобы были подписаны указанные изменения в Договор, ни он, ни его заместитель в России не были, а находились в командировках: г-н А. с 18.01.2000 по 25.01.2000 в Китае, а г-н В. с 08.01.2000 по 23.01.2000 – в Акмолинской области Казахстана, о чем свидетельствуют приложенные к заявлению г-на А. командировочные удостоверения с отметками принимающих организаций.

К заявлению г-на А. также приложено заявление г-на В. (с нотариально заверенной подписью заявителя), занимавшего в то время должность заместителя директора компании Истца, в котором он утверждает, что, ознакомившись с Изменением № 1 от 21.01.2000 к Договору от 17.11.1999, он категорически заявляет, что его подпись, расположенная ниже подписи г-на А., подделана и что он указанный документ не видел и не подписывал, город N Российской Федерации 21.01.2000 не посещал.

Второе заседание МКАС по делу состоялось в запланированные сроки.

Ответчик, извещенный о времени и месте слушания дела, на заседании представлен не был.

В этот день в МКАС с нарочным поступило письмо Ответчика, в котором он сообщил, что условие о рассмотрении споров в МКАС было ошибочно вне-

сено в Договор от 17.11.1999 и позднее по его настоянию Истец подготовил и подписал Изменение № 1 от 21.01.2000, которое через своего представителя передал Ответчику.

Ответчик в письме заявил, что доводы г-на А. и г-на В. о том, что они отсутствовали в городе N. 21.01.2000, не являются доводами, делающими недействительным указанное Изменение к Договору.

Как указано в письме Ответчика, с целью подтвердить действительность Изменения № 1 от 21.01.2000 к Договору он передал документ эксперту для проведения независимой экспертизы. В письме Ответчик вновь просил МКАС оставить исковое заявление без рассмотрения.

Представитель Истца просил МКАС рассмотреть дело в отсутствие Ответчика, заявив, что Ответчик, очевидно, стремится затянуть рассмотрение дела, а также что Изменение № 1 от 21.01.2000 к основному Договору от 17.11.1999, копия которого направлялась в МКАС Ответчиком, является подделкой и по этой причине Ответчик, несмотря на постановление МКАС, не представил оригинал этого документа.

Представитель Истца в заседании поддержал иски требования в полном объеме, заявив, что Ответчик вместо совершения всех необходимых действий, обеспечивающих в кратчайшие сроки обязательное принятие последним товара по количеству и качеству, как этого требуют условия Договора (пункты 5.3, 5.4) и гражданское законодательство Российской Федерации (статьи 474, 484, 513 ГК РФ), в последующие 30 календарных дней не перечислил в адрес Продавца 100 процентов оплаты стоимости за полученный товар, допустив односторонний отказ от выполнения своих договорных обязательств.

При этом Ответчик не только не оплатил поставленный Истцом товар, но вынудил Истца понести дополнительные расходы, предложив Истцу в нарушение пункта 3.4 Договора оплатить ввозную таможенную пошлину в размере 5 процентов и НДС в размере 20 процентов. Истец был вынужден в срочном порядке совершить этот платеж во избежание дальнейшей задержки таможенного оформления и порчи ввезенного товара.

Заявление Ответчика о том, что ввоз товара на территорию Российской Федерации при участии иностранной фирмы и ее капитала привел к тому, что данный товар перестал пользоваться льготами в соответствии с Правилами определения страны происхождения товаров (в редакции решений Совета глав правительств СНГ от 15.04.1994 и от 18.10.1996), является необоснованным и представляет собой попытку уклониться от штрафных санкций перед поставщиком в связи с несвоевременной приемкой груза.

В обоснование своей позиции представитель Истца также пояснил, что в деле имеется ряд товаросопроводительных документов от узбекского грузоотправителя товара: сертификат происхождения товара, сертификат соответствия и договор поставки товара между чешской компанией и компанией-Истцом, которые свидетельствуют о том, что поставленные товары соответствуют требованиям Правил определения страны происхождения товара и Договору между Истцом и Ответчиком. Согласно указанным Правилам определения страны происхождения товара (в редакции решений Совета глав правительств СНГ от 15.04.1994, от 18.10.1996) при определении страны происхождения товаров, ввозимых на таможенную территорию государств – участников СНГ из третьих стран и вывозимых в третьи страны из этих государств, следует учитывать, что растительная продукция, выращенная и собранная на территории страны, считается полностью произведенным в данной стране товаром (п. “б” ст. 2).

Учитывая, что республика Узбекистан, на территории которой произведена соответствующая продукция, является участником СНГ, товар, поставленный в город N., по критерию происхождения считается полностью произведенным на территории государства – участника СНГ с соответствующим таможенным режимом.

Таким образом, по мнению представителя Истца, к поставленному Ответчику товару, произведенному на территории СНГ, соответствующему российскому ГОСТу и удостоверенному сертификатом о происхождении товара, Чехия как страна-производитель никакого отношения не имеет. Поэтому возложение покупателем на продавца своей договорной обязанности по оплате ввозной таможенной пошлины является незаконной и подлежит, по мнению Истца, возмещению Истцу за счет Ответчика.

В заседании представитель Истца просил взыскать с Ответчика переведенные им платежи в адрес N-ской таможни в размере суммы ... рублей и задолженность по оплате товара в сумме ... рублей.

Извлечения из решения:

МКАС, изучив материалы дела и заслушав устные объяснения представителя Истца, пришел к следующим выводам.

1. При рассмотрении вопроса о компетенции МКАС по разрешению данного спора МКАС установил, что пункт 7.2 Договора от 17.11.1999, оригинал которого, подписанный обеими сторонами, имеется в деле, содержит следующую арбитражную оговорку: “В случае возникновения разногласий, не разрешенных сторонами путем переговоров, спор передается для разрешения в Международный Коммерческий Арбитражный Суд при ТПП г. Москвы”.

Исследуя вопрос о действительном волеизъявлении сторон в отношении выбора арбитражного органа по рассмотрению споров, МКАС установил, что в г. Москве при торгово-промышленных палатах действуют “Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации” и “Арбитраж при Московской торгово-промышленной палате”, который до 01.07.2001 (соответственно, и на дату заключения Договора) назывался “Коммерческий арбитраж при Московской торгово-промышленной палате”. Таким образом, наименование “Международный коммерческий арбитражный суд” имеет только МКАС при ТПП РФ, находящийся в г. Москве. Исходя из изложенного МКАС считает, что в арбитражной оговорке, содержащейся в Договоре, из которого возник спор, стороны предусмотрели передачу спора именно в МКАС при ТПП РФ.

Рассмотрев заявления Ответчика о том, что МКАС некомпетентен рассматривать данный спор, поскольку в Изменении № 1 от 21.01.2000 к Договору от 17.11.1999 стороны выразили свое согласие на передачу не разрешенных сторонами споров в Арбитражный суд N-ской области, МКАС установил следующее.

Постановлением МКАС, которое было получено Ответчиком, ему было предложено представить в МКАС оригинал Изменения № 1 от 21.01.2000 к Договору от 17.11.1999.

В письме, доставленном с нарочным в МКАС в день заседания, Ответчик сообщил о направлении Изменения № 1 на экспертизу.

При этом Ответчик оригинал Изменения № 1 от 21.01.2000 не представил, не привел никаких доказательств существования этого документа, не представил никаких доказательств направления его на экспертизу, не обратился в МКАС с ходатайством об отложении слушания дела до получения результатов

экспертизы, а также не предпринял никаких иных попыток доказать обоснованность своих возражений против компетенции МКАС при ТПП РФ.

Таким образом, МКАС считает, что Ответчик не доказал существование Изменения № 1 от 21.01.2000 о подсудности настоящего спора Арбитражному суду N-ской области.

При рассмотрении данного вопроса МКАС принял во внимание, что Истец представил доказательства того, что лица, указанные Ответчиком как подписавшие Изменение № 1 от 21.01.2000, а именно директор Истца г-н А. и занимавший в то время должность его заместителя г-н В., обычно визировавший такие документы, находились в командировке и не могли быть в городе N. Российской Федерации.

МКАС отмечает, что возражения Ответчика против представленных Истцом документов не подтверждены никакими доказательствами.

Учитывая изложенное, руководствуясь пунктом 3 параграфа 1 Регламента МКАС и основываясь на пункте 7.2. Договора от 17.11.1999, МКАС при ТПП РФ признает свою компетенцию по рассмотрению данного спора.

2. Относительно возможности рассмотрения дела и вынесения решения в отсутствие представителей Ответчика МКАС установил, что Ответчик был надлежащим образом извещен о месте и времени заседаний арбитража, что подтверждают имеющиеся в деле уведомления курьерской службы с отметкой о вручении ему повесток. В письме Ответчика, полученном МКАС в день второго заседания по делу, не содержалось ходатайств об отложении слушания дела. Учитывая изложенное и принимая во внимание ходатайство представителя Истца о слушании дела в отсутствие Ответчика, основываясь на пункте 2 параграфа 28 Регламента, МКАС счел, что неявка Ответчика не препятствует разбирательству дела и вынесению решения.

3. При рассмотрении вопроса о материальном праве, применимом к Конракту, МКАС установил, что в пункте 7.1 Договора от 17.11.1999 стороны определили, что “во всем, что не предусмотрено договором, стороны руководствуются действующим законодательством РФ”.

Согласно статье 28 Закона Российской Федерации “О международном коммерческом арбитраже” и пункту 1 параграфа 13 Регламента МКАС разрешает споры на основе применимых норм материального права, определенного соглашением сторон, а при отсутствии такого соглашения – руководствуясь правом, определенным арбитражем в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми. Во всех случаях арбитраж принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке.

Учитывая изложенное, МКАС пришел к выводу о том, что к правам и обязанностям по договору применяется законодательство Российской Федерации.

4. При рассмотрении требования Истца по существу в размере суммы ... долл. США МКАС установил, что данная сумма состоит из суммы стоимости поставленного Истцом, но не оплаченного Ответчиком товара в размере ... долл. США и суммы оплаченной Истцом таможенной пошлины в размере ... долл. США.

4.1. МКАС установил, что представленные Истцом доказательства являются надлежащим подтверждением того, что Истец отгрузил в адрес Ответчика товар на сумму ... долл. США.

Факт поставки Истцом товара подтверждается и письмом Ответчика от 16.10.2000, в котором Ответчик уведомил Истца о поступлении товара.

Основываясь на изложенном и руководствуясь пунктом 1 статьи 486 и пунктом 1 статьи 516 ГК РФ, МКАС пришел к выводу о том, что требование Истца о взыскании с Ответчика задолженности по оплате поставленного товара подлежит удовлетворению. При этом, учитывая, что согласно пунктам 1 и 6 статьи 3 Договора от 17.11.1999 оплата товара должна была производиться в рублях по курсу Центрального банка Российской Федерации на день декларирования, МКАС считает, что сумма задолженности в размере ... долл. США подлежит удовлетворению в рублях по курсу Центрального банка Российской Федерации на день декларирования, что составляет сумму ... рублей.

4.2. Рассмотрев требование истца о взыскании с Ответчика суммы ... долл. США, МКАС установил следующее.

Сумма, эквивалентная ... долл. США, которая составила ... рублей, была перечислена Истцом на счет N-ской таможни, что подтверждается заявлением на перевод от 19.10.2000 банку Истца.

Заслушав объяснения представителя Истца, МКАС пришел к выводу, что, несмотря на то, что таможенные платежи были произведены Истцом в соответствии с письмом Ответчика от 16.10.2000, решение об уплате суммы таможенных платежей было принято непосредственно Истцом. При этом Истец до совершения платежа не предпринял никаких попыток выяснения данного вопроса с Ответчиком или направления Ответчику возражений против содержащегося в письме требования.

Учитывая, что бенефициаром суммы, которую Истец требует взыскать с Ответчика, является N-ская таможня, МКАС считает, что рассмотрение данного требования Истца и представленных им возражений против обоснованности таможенных платежей, уплаченных N-ской таможне, выходит за пределы арбитражной оговорки Договора от 17.11.1999 и должно быть оставлено без рассмотрения.

5. При рассмотрении требования Истца о возложении на Ответчика расходов по оплате арбитражного сбора МКАС исходит из следующего. Согласно параграфу 6 Положения об арбитражных расходах и сборах, являющегося приложением к Регламенту МКАС при ТПП РФ, если стороны не договорились об ином, арбитражный сбор возлагается на сторону, против которой состоялось решение арбитража. Если иск удовлетворен частично, то арбитражный сбор возлагается на ответчика пропорционально размеру удовлетворенных исковых требований и на истца – пропорционально той части исковых требований, в которой иск не удовлетворен. При подаче иска Истцом был уплачен арбитражный сбор в размере суммы ... долл. США. С учетом частичного удовлетворения иска в сумме ... рублей, эквивалентной сумме ... долл. США, на Ответчика возлагается часть арбитражного сбора в размере ... долл. США.

На основании изложенного Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, руководствуясь параграфами 38–41 Регламента,

р е ш и л:

1. Взыскать с открытого акционерного общества, г. N., Российская Федерация, в пользу товарищества с ограниченной ответственностью, Республика Казахстан, сумму ... рублей в оплату основного долга, а также сумму ... долларов США в возмещение расходов по оплате арбитражного сбора.

2. В остальной части – иск оставить без рассмотрения.

Спор, разрешенный этим решением МКАС при ТПП РФ, охватывает довольно типичный для современного состояния российского бизнеса набор фактов. На предприятии – поставщике товара заменен генеральный директор. Контрагент – покупатель об этом в известность поставлен лишь спустя полгода, после того, как поставщик отказался от исполнения обязательств, подписанных прежним генеральным директором в период, когда решение совета директоров о его увольнении уже состоялось, но приказ по предприятию об увольнении издан еще не был. Приняв во внимание долгосрочный характер сотрудничества между компаниями и отсутствие у покупателя возможности узнать о том, что генеральный директор продавца, с которым он многие годы вел бизнес, смещен, состав арбитража посчитал права покупателя нарушенными. При этом арбитры согласились только с частью требований об уплате неустойки, заявленных истцом, и совершенно отказали в удовлетворении заявленных им требований о возмещении убытков в части, не покрытой неустойкой. В этой части решение представляет собой классический цивилистический анализ причинно-следственных связей.

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖНЫЙ СУД ПРИ ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Р Е Ш Е Н И Е

от 19 января 2005 г.

Дело № 67/2004

Стороны:

Истец – компания, имеющая местонахождение на территории Швейцарии.
Ответчик – компания, имеющая местонахождение на территории России.

[Нормативные акты и правовые институты,
имеющие отношение к спору:

неустойка;
полномочия по подписанию сделки;
приобретение непоставленного товара у другого лица;
статьи 183, 331, 393, 394, 397, 431, п. 1 ст. 520 и п. 1 ст. 524 ГК РФ.]

Факты:

В 2001 году Истец и Ответчик заключили Контракт (далее – Контракт), согласно которому Ответчик, являющийся по Контракту продавцом, обязался поставить Истцу, являющемуся по Контракту покупателем, товар в количестве и ассортименте, указанном в Контракте и Приложениях к Контракту (далее – товар).

В соответствии с пунктом 3.2 Контракта поставка товара производится партиями, объемы поставок товара согласуются и устанавливаются сторонами в Приложениях к Контракту.

Первоначально Контракт сторонами был заключен на срок до 31 декабря 2001 г., однако впоследствии срок действия Контракта был продлен до 31 декабря 2002 г. (Дополнение № 1 к Контракту от 22 августа 2001 г.), далее – до 31 декабря 2003 г. (Дополнение № 3 к Контракту от 16 декабря 2002 г.) и до 31 декабря 2005 г. (Дополнение № 4 к Контракту от 20 января 2003 г.).

24 июня 2003 г. сторонами были подписаны Приложения № 33 и 34 к Контракту на поставку в июле 2003 года товара на общую сумму... долл. США, по установленным ценам. В вышеуказанных Приложениях сторонами были определены грузополучатели товара.

В нарушение условий Контракта Ответчик поставку товара в соответствии с Приложениями № 33 и 34 к Контракту в установленный срок не осуществил.

Истец просил МКАС взыскать с Ответчика неустойку за нарушение сроков поставки товара, основываясь на пункте 5.3 Контракта, в котором установлено, что в случае нарушения сроков поставки товара продавец выплачивает покупателю пеню в размере 0,1 процента от стоимости непоставленного или поставленного с нарушением срока товара за каждый день просрочки, но не более 5 процентов от стоимости непоставленного товара.

Поскольку поставка товара в соответствии с Приложениями № 33 и 34 к Контракту должна была быть осуществлена Ответчиком в июле 2003 года, просрочка поставки товара на 14 ноября 2003 г. составляла 106 дней, а размер неустойки, подлежащей выплате Ответчиком, составлял ... долл. США. Однако с учетом ограничения размера неустойки, установленного пунктом 5.3 Контракта, сумма неустойки составляет ... долл. США.

Истец также заявил об убытках, понесенных им вследствие неисполнения Ответчиком своих обязательств по поставке товара в соответствии с Приложениями № 33 и 34 к Контракту. В рамках долгосрочного контракта от 1 августа 2001 г., заключенного между Истцом и компанией R., были согласованы условия поставки Истцом в июле 2003 года товара тех же марок, что Истец должен был закупить у Ответчика по Приложениям № 33 и 34 к Контракту. В связи с угрозой неисполнения Ответчиком обязательств по поставке товара в июле 2003 года Истцу пришлось в срочном порядке договариваться о поставке товара более дорогой марки с другим поставщиком – компанией U. (дополнительное соглашение № 12 от 27 июня 2003 г. к договору от 31 декабря 2002 г.). А также Истец был вынужден согласовать с покупателем – компанией R. – замену марки товара, другие условия поставки и более высокие цены. К исковому заявлению Истца приложены документы, подтверждающие изложенное выше.

В соответствии с условиями пункта 5.1 Контракта в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения любой из сторон своих обязательств по Контракту сторона, виновная в указанном неисполнении, обязана возместить убытки, понесенные другой стороной вследствие данного неисполнения.

Истец предоставил подробный расчет убытков Истца в виде упущенной выгоды по Контракту за непоставку Ответчиком товара (разницы между выручкой, которую получил бы Истец от продажи компании R. товара, поставленного Ответчиком, и выручкой, реально полученной Истцом от продажи компании R. товара, поставленного другим поставщиком).

Общая сумма предъявляемого Истцом требования о взыскании убытков, связанных с нарушением Ответчиком обязательств по поставке товара в июле 2003 года, составляет ... долл. США. В соответствии с пунктом 6.1 Контракта Истец 12 сентября 2003 г. направил Ответчику претензию в связи с непоставкой товара

в июле 2003 года. Ответчик письмом от 10 октября 2003 г. отказался удовлетворить претензию в добровольном порядке, обосновав это своим несогласием с расчетами Истца, а также утверждая, что пункт 5.3 Контракта, устанавливающий размер пени за неисполнение продавцом своих обязательств, относится к поставкам товара в 2001 году, а не в 2003 году, поскольку продление действия этого пункта последующими Дополнениями к Контракту не предусмотрено.

Истец оспаривал основания отклонения Ответчиком вышеуказанной претензии, отмечая долгосрочный характер Контракта, что подтверждается неоднократным подписанием сторонами дополнений к нему, которые, как сказано в них, являются неотъемлемой частью Контракта, и утверждал, что условия Контракта в полной мере применяются к отношениям сторон, возникшим после подписания соответствующих дополнений.

Истец в своем исковом заявлении просил также взыскать с Ответчика неустойку за непоставку товара в августе и сентябре 2003 года. Истец представил подробный расчет вышеуказанной неустойки на основании Дополнения № 4 от 20 января 2003 г. к Контракту, согласно которому Ответчик обязался поставить в 2003–2005 годах товар определенных марок на общую сумму ... долл. США. Товар должен был поставляться ежемесячно равными партиями.

Таким образом, по расчетам Истца, общая сумма неустойки за два месяца, подлежащая выплате Ответчиком, с учетом установленного пунктом 5.3 Контракта ограничения размера неустойки (5 процентов от стоимости непоставленного товара), составляет ... долл. США (за август – ... долл. США + за сентябрь – ... долл. США).

В соответствии с условиями пункта 6.1 Контракта 14 октября 2003 г. Истец направил Ответчику претензию в связи с непоставкой товара в августе–сентябре 2003 года, которую Ответчик также отказался удовлетворить в добровольном порядке, сославшись на подписание Контракта и Дополнения № 4 к нему от 20 января 2003 г. ненадлежащим лицом, не имевшим доверенности и не уполномоченным на их подписание.

Истец утверждал, что данное основание отклонения претензии не освобождает Ответчика от ответственности за неисполнение обязательств по Контракту, поскольку Контракт и Дополнение № 4 к нему от 20 января 2003 г. были одобрены Ответчиком, доказательством чему согласно статье 183 ГК РФ является принятие Ответчиком на себя обязательств по исполнению сделки с момента подписания каждого из указанных выше документов, а именно осуществление поставок товара в 2001, 2002 и 2003 годах, что подтверждается представленными в материалах дела копиями инвойсов на оплату поставки товара, выставленных Ответчиком, а также копиями банковских переводов денежных сумм со счета Истца на счет Ответчика.

Истец в исковом заявлении отметил, что товар, который должен был быть поставлен Ответчиком, до настоящего времени не поставлен.

Руководствуясь пунктами 5.1, 5.3, 5.5 и 5.6 Контракта, статьями 15, 393 и 394 ГК РФ и Регламентом МКАС при ТПП РФ, Истец просил МКАС взыскать с Ответчика:

- сумму неустойки за просрочку поставки товаров в размере ... долл. США;
- сумму убытков, понесенных Истцом, в размере ... долл. США;
- сумму арбитражного сбора в размере ... долл. США;

Компетенция МКАС по рассмотрению данного спора обосновывалась Истцом ссылкой на пункт 5.5 Контракта.

В соответствии с пунктом 5.6 Контракта сторонами было установлено, что “правом, которое регулирует настоящий Контракт, является материальное право РФ”.

Ответчик в своих объяснениях полагал, что Истцом не был доказан факт причинения убытков в связи с отсутствием поставки товара Ответчиком в июле 2003 года. Представленные Истцом Приложения № 33 и 34 к Контракту были подписаны 24 июня 2003 г. генеральным директором Ответчика г-ном А., действующим на основании Устава. Однако в соответствии с решением совета директоров Ответчика от 4 июня 2003 г. и приказом по предприятию Ответчика от 20 июня 2003 г. полномочия генерального директора г-на А. были прекращены с 23 июня 2003 г. в связи с его увольнением с занимаемой должности. Таким образом, Ответчик утверждал, что г-н А. 24 июня 2003 г. уже не имел полномочий на подписание Приложений № 33 и 34 к Контракту.

На основании изложенного Ответчик утверждал, что условия Приложений № 33 и 34 к Контракту не исполнялись, поскольку не были согласованы с Ответчиком.

Ответчик также в своих объяснениях оспаривал причинно-следственную связь между просрочкой в поставке товара Ответчиком в июле 2003 года и убытками, возникшими у Истца в результате приобретения товара у другого поставщика.

Ссылаясь на статью 520 ГК РФ, Ответчик утверждал, что у покупателя возникает право приобрести непоставленные товары у других лиц с отнесением на поставщика всех необходимых и разумных расходов на их приобретение в случае, если поставщик не поставил предусмотренное договором поставки количество товаров.

Ответчик обратил внимание МКАС на тот факт, что Истец заключил дополнительное соглашение с новым поставщиком и внес изменения в действующий договор с покупателем в конце июня 2003 года (дополнительное соглашение № 12 к договору от 31 декабря 2002 г. подписано 27 июня 2003 г.; дополнительное соглашение № 1 к договору от 1 августа 2001 г. подписано 30 июня 2003 г.), то есть тогда, когда Истец не мог знать о нарушении сроков поставки товара в июле 2003 года.

Ответчик также отметил, что Истцом по дополнительному соглашению № 12 к договору от 31 декабря 2002 г. был приобретен, а по дополнительному соглашению № 1 к договору от 1 августа 2001 г. был поставлен товар марки, отличавшейся от марки товара, оговоренной в Приложениях № 33 и 34 к Контракту, а также на других условиях поставки.

Таким образом, Ответчик, ссылаясь на пункт 1 статьи 524 ГК РФ, полагал, что Истцом не доказана разница в цене товара, который он приобрел взамен непоставленного.

Ответчик также оспорил требования Истца в части уплаты неустойки за просрочку поставки товара в июле–сентябре 2003 года. Ответчик обратил внимание на пункт 3.2 Контракта, в котором четко оговорено, что “Поставка Товара по настоящему Контракту производится партиями в период с июля 2001 г. по декабрь 2001 г. Объемы поставок устанавливаются в Приложениях к настоящему Контракту”. В Дополнениях № 1, 3 и 4 к Контракту сторонами не были изменены условия, установленные в параграфах и пунктах Контракта, а было лишь согласовано продление срока его действия, дополнительное количество и цена товара, а также порядок поставки товара.

На основании вышеизложенного Ответчик утверждал, что, принимая во внимание условия пунктов 5.3 и 3.2 Контракта в их взаимосвязи, поскольку сторонами не было изменено условие о привлечении к ответственности поставщика в случае нарушения сроков поставки товара в период с июля 2001 года по декабрь 2001 года, Ответчик не несет ответственности по Контракту в виде уплаты неустойки за непоставку товара за пределами этого периода.

В заседании представитель Истца дал следующие пояснения в отношении предъявленных требований.

В отношениях сторон существовала практика договариваться в устной или письменной форме о поставке товара заранее, за короткий срок до наступления периода поставки. Вследствие этого при неполучении на свое письмо от 27 июня 2003 г. ответа с подтверждением начала поставки товара Истец был вынужден заключить 27 июня 2003 г. с другим поставщиком дополнительное соглашение № 12 к договору от 31 декабря 2002 г. на неплановую поставку товара. На тот момент у Истца не было возможности и времени для налаживания новых связей и заключения новых контрактов на закупку товара такой же марки, какая была указана в Приложениях № 33 и 34 к Контракту. Поэтому Истец был вынужден закупить по дополнительному соглашению № 12 к договору от 31 декабря 2002 г. товар другой марки, но сходный по своим качественным характеристикам с товаром, указанным в Приложениях № 33 и 34 к Контракту. Представитель Истца также отметил, что в связи со срывом Ответчиком поставки в июле 2003 года Истцу при закупке товара у другого поставщика пришлось изменить не только марку товара, но и его цену и производителя товара, а также по запросу покупателя – компании R. – указать другого грузополучателя.

Представитель Ответчика подтвердил свои возражения в отношении взыскания неустойки.

Представитель Ответчика настаивал на неприменении неустойки по Контракту за неисполнение Ответчиком своих обязательств в период после 2001 года, сославшись на пункт 5.3 Контракта, в котором содержится условие об уплате поставщиком неустойки за нарушение сроков поставки, указанных именно в пункте 3.2 Контракта, устанавливающим, что поставка по Контракту производится в период с июля 2001 года по декабрь 2001 года. За пределами этого периода норма Контракта (п. 5.3) о неустойке, по его мнению, не действует.

Ссылаясь на статью 431 ГК РФ, содержащую норму о буквальном толковании условий договора судом, и статью 331 ГК РФ, устанавливающую необходимость соблюдения письменной формы соглашения о неустойке, представитель Ответчика заявил о необоснованности требований Истца о взыскании неустойки с Ответчика.

Представитель Ответчика утверждал, что в 2003 году стороны не несли по Контракту никакой ответственности в форме неустойки.

Представитель Истца, комментируя возражения Ответчика по вопросу о взыскании неустойки, заявил, что в Дополнениях, пролонгирующих Контракт, прямо сказано: “остальные условия Контракта принимаются без изменения”, что свидетельствует о пролонгации условий, касающихся ответственности сторон, в том числе условий об уплате неустойки за непоставку товара.

Представитель Ответчика оспорил требование Истца о взыскании с Ответчика неустойки за непоставку товара в августе и сентябре 2003 года на основании изложенных доводов, а также добавил, что данная поставка не была согласована сторонами. В Дополнении № 4 от 20 января 2003 г. к Контракту сторонами установлена ежемесячная поставка товара в течение 2003–2005 годов рав-

ными партиями. Однако в Приложениях к Контракту, в которых стороны согласовывали условия каждой конкретной поставки, всегда указывалось различное количество товара и различные условия поставок, что свидетельствует о рамочном характере Дополнения № 4 к Контракту, которое имеет целью лишь пролонгирование Контракта, но не создание обязанностей по поставке конкретных партий товара. Стороны не заключали отдельных Приложений к Контракту на поставку товара в августе и сентябре 2003 года, в которых должно определяться не только количество поставляемого товара, но и условия поставки, такие, в частности, как пункт назначения. Таким образом, Ответчик не был уведомлен Истцом о пункте поставки товара.

На основании изложенного представитель Ответчика утверждал, что раз не было отдельных соглашений между сторонами по поставкам в августе и сентябре 2003 года в виде соответствующих Приложений к Контракту, то и требование о взыскании неустойки за непоставку товара в эти периоды не может быть применено к Ответчику.

По вопросу о подписании Приложений № 33 и 34 к Контракту неуполномоченным лицом стороны заявили следующее.

Сославшись на Протокол заседания совета директоров Ответчика от 4 июня 2003 г. и приказ от 20 июня 2003 г., согласно которым полномочия генерального директора г-на А. были прекращены 23 июня 2003 г., представитель Ответчика утверждал, что поставки Ответчиком товара в июле 2003 года не были согласованы, и заявил, что Истец был извещен Ответчиком о подписании указанных Приложений неуполномоченным лицом в ответе на претензию от 21 ноября 2003 г.

Представитель Ответчика также пояснил, что Приложения № 33 и 34 к Контракту были подписаны бывшим генеральным директором Ответчика г-ном А. 24 июня 2003 г. на условиях, которые на тот момент были невыгодны Ответчику, поскольку цены на товар изменились в июле 2003 года. Однако представитель Ответчика заявил, что подлинность печати и подписи на Контракте г-на А. Ответчиком не была оспорена.

Представитель Ответчика отметил, что сторонами были проведены переговоры по вопросу изменения цен, однако результатов они не принесли. После июля 2003 года сторонами велись переговоры по вопросу заключения мирового соглашения, однако Истец не устроили условия, предложенные Ответчиком.

Представитель Истца подтвердил, что Истец не был извещен о смене генерального директора Ответчика до получения ответа на претензию 21 ноября 2003 г., и представил МКАС выписку из Единого государственного реестра юридических лиц, на основании которой утверждал, что г-н А. действовал в качестве генерального директора Ответчика вплоть до 27 июня 2003 г. включительно, то есть был уполномочен подписывать 24 июня 2003 г. Приложения № 33 и 34 к Контракту. Однако представитель Ответчика заявил, что дата внесения изменений в Единый государственный реестр о смене генерального директора не свидетельствует о наличии полномочий у вышеуказанного лица вплоть до этой даты.

Кроме того, ссылаясь на протокол совета директоров от 4 июня 2003 г., в котором рассматривался вопрос о смене генерального директора Ответчика, представитель Истца отметил, что у Ответчика было достаточно времени до 24 июня 2003 г., чтобы известить контрагентов о смене генерального директора.

Представители сторон также заявили, что не располагают сведениями относительно того, как, где и когда происходило подписание Приложений № 33 и 34 к Контракту.

По вопросу о дальнейшей совместной деятельности сторон представитель Ответчика заявил, что, поскольку новых приложений к Контракту сторонами подписано не было, новые поставки не осуществлялись. Последний акт сверки был подписан сторонами в августе 2003 года, в котором указано, что покупатель (Истец) полностью погасил задолженность. В настоящее время Ответчик имеет деловые отношения с компанией U.

Извлечения из решения:

1. По вопросу о компетенции МКАС на разрешение данного спора состав арбитража установил следующее.

Компетенция МКАС на рассмотрение настоящего дела основывается на содержащейся в пункте 5.5 заключенного сторонами Контракта арбитражной оговорке, согласно которой “стороны принимают все меры к урегулированию всех споров и разногласий мирным путем, которые могут возникнуть из настоящего Контракта или в связи с ним. При недостижении согласия споры подлежат рассмотрению в Международном Коммерческом Арбитражном Суде при Торгово-промышленной палате РФ, г. Москва, в соответствии с Правилами производства дел в этом суде, решения которого являются обязательными для обеих сторон”.

Арбитры констатировали также, что предприятие Истца находится за границей, поэтому данный спор подпадает тем самым под категорию споров, которые в соответствии с Законом Российской Федерации от 7 июля 1993 г. № 5838-1 “О международном коммерческом арбитраже” и Регламентом МКАС могут быть рассмотрены МКАС.

Предъявление Истцом иска в МКАС при ТПП РФ и направление ответчиком в МКАС объяснений по иску, а также участие представителей сторон в рассмотрении спора по существу в заседании МКАС свидетельствует о том, что стороны действительно имели намерение разрешать возможные споры именно в данном арбитражном суде при ТПП РФ в г. Москве.

Исходя из изложенного, на основании статьи 16 Закона Российской Федерации “О международном коммерческом арбитраже”, МКАС при ТПП РФ признал себя компетентным рассматривать данный спор.

2. По вопросу о применимом праве МКАС установил следующее. Стороны в пункте 5.6 Контракта установили, что “правом, которое регулирует настоящий Контракт, является материальное право РФ”. При рассмотрении настоящего дела указанный пункт Контракта сторонами оспорен не был.

Учитывая изложенное, МКАС пришел к выводу, что применимым правом при разрешении споров, возникших в связи с Контрактом, следует считать право Российской Федерации.

3. По вопросу о согласовании Истцом и Ответчиком Приложений № 33 и 34 к Контракту состав арбитража установил следующее.

24 июня 2003 г. сторонами были подписаны Приложения № 33 и 34 к Контракту на поставку товара в июле 2003 года. Однако, несмотря на письмо Истца от 27 июня 2003 г., содержащее просьбу осуществить поставку товара 1 июля 2003 г., поставка товара Ответчиком осуществлена не была.

Состав арбитража не признал обоснованными доводы Ответчика об отсутствии у него обязательств по поставке товара в июле 2003 года на основании Приложений № 33 и 34 к Контракту из-за их подписания неуполномоченным лицом, а именно генеральным директором Ответчика г-ном А., чьи полномочия были прекращены 23 июня 2004 г. в соответствии с протоколом заседания со-

вета директоров Ответчика от 4 июня 2003 г. и приказом по предприятию Ответчика от 20 июня 2003 г., о чем Истец не был своевременно извещен.

Отношения сторон по Контракту носили длительный и устойчивый характер, причем, как видно из имеющихся в деле документов, в большинстве случаев в этих отношениях в качестве генерального директора – органа Ответчика – участвовал г-н А. Подписывая с ним 24 июня 2003 г. очередные приложения к Контракту, Истец не имел оснований предполагать, что полномочия этого лица прекратились накануне. С другой стороны, Ответчик, прояви он надлежащую заботливость в отношении исполнения Контракта, должен был и имел возможность заранее уведомить Истца об этом обстоятельстве.

Информация об увольнении г-на А. с поста генерального директора Ответчика была передана Истцу только 21 ноября 2003 г. в ответе на претензию последнего от 14 октября 2003 г.

На заседании МКАС 25 ноября 2004 г. представителями Истца была представлена выписка из Единого государственного реестра юридических лиц, в который Ответчиком изменения, связанные со сменой генерального директора Ответчика, были внесены 27 июня 2003 г., то есть после подписания Приложений № 33 и 34.

На основании изложенного МКАС пришел к выводу, что подписание Приложений № 33 и 34 к Контракту неуполномоченным лицом не снимает с Ответчика ответственности за неисполнение обязательств по указанному Контракту и Приложениям № 33 и 34 к нему, поскольку Истец не знал об изменении исполнительного органа Ответчика, и при данных конкретных обстоятельствах его нельзя упрекнуть в том, что он был обязан об этом знать.

4. В отношении заявленных Истцом требований о взыскании неустойки за просрочку поставки товара в июле, августе и сентябре 2003 г. МКАС установил следующее.

Истцом в исковом заявлении были заявлены требования о взыскании неустойки за непоставку товара на общую сумму ... долл. США (... долл. США – за непоставку товара в июле 2003 года; ... долл. США – за непоставку товара в августе 2003 года; ... долл. США – за непоставку товара в сентябре 2003 года).

20 января 2003 г. Истец и Ответчик подписали Дополнение № 4 к Контракту на поставку товара на общую сумму ... долл. США. Согласно пункту 3 указанного Дополнения поставка товара производится ежемесячно в течение 2003 – 2005 годов равномерными партиями.

После подписания сторонами 24 июня 2003 г. Приложений № 33 и 34 к Контракту на поставку в июле 2003 года товара на общую сумму ... долл. США Истцом 27 июня 2003 г. было направлено в адрес Ответчика письмо с просьбой осуществить поставку товара 1 июля 2003 г., а также письмо от 1 июля 2003 г. с просьбой начать поставку не позднее 2 июля 2003 г. Однако никаких подтверждений о начале поставки Истцом получено не было, а поставка не была осуществлена.

Ответчику направлялись претензии Истца от 12 сентября 2003 г. и 14 октября 2003 г., которые подтверждают соблюдение Истцом условий о претензионном порядке разрешения споров, оговоренных в пункте 6.1 Контракта. Обе претензии были отклонены Ответчиком.

Руководствуясь пунктом 5.3 Контракта, в котором установлена ответственность за нарушение сроков поставки товара в виде выплаты поставщиком пени в размере 0,1 процента от стоимости непоставленного или поставленного с нарушением срока товара за каждый день просрочки, но не более 5 процентов от общей

стоимости непоставленного товара, Истец просил МКАС взыскать с Ответчика неустойку за непоставку товара в июле 2003 года в размере ... долл. США.

МКАС, основываясь на пункте, содержащемся в Дополнениях № 1, 3 и 4 к Контракту, в котором стороны согласовали, что “остальные условия Контракта принимаются без изменения”, не признал обоснованными доводы Ответчика о том, что условия о неустойке за непоставку товара, содержащиеся в пункте 5.3 Контракта, не распространяются на период после 2001 года в силу пункта 3.2 Контракта, и констатировал, что в действительности стороны пролонгировали все условия Контракта, касающиеся их ответственности, путем подписания Дополнений № 1, 3 и 4 к Контракту.

Учитывая изложенное и руководствуясь пунктом 5.3 Контракта, а также статьями 330 и 394 ГК РФ, МКАС пришел к выводу, что требование Истца о взыскании с Ответчика неустойки за непоставку товара в июле 2003 года в размере ... долл. США обоснованно и подлежит удовлетворению.

Относительно требования Истца о взыскании с Ответчика неустойки за непоставку товара в августе и сентябре 2003 года МКАС установил следующее.

Руководствуясь пунктом 5.3 Контракта и статьей 394 ГК РФ, Истец просил МКАС взыскать с Ответчика неустойку за непоставку товара в августе и сентябре 2003 года в суммарном размере ... на основании пункта 3 Дополнения № 4 к Контракту, в котором стороны согласовали только общий объем поставок в 2003 – 2005 годах и договорились о том, что поставки товара будут осуществляться ежемесячно равными партиями.

Проанализировав материалы дела и заслушав доводы представителей сторон, МКАС констатировал следующее. Несмотря на пункт 3 Дополнения № 4 к Контракту, в котором установлено условие о ежемесячной отгрузке товара равномерными партиями, в действительности практика взаимоотношений сторон была иной. Товар поставлялся неравномерными партиями. На основании указанного Дополнения сторонами регулярно заключались приложения, в которых согласовывались на каждый месяц конкретные объемы, марки товара, цена поставляемого товара и условие о его грузополучателе, свидетельством чего, в частности, являются Приложения № 23–32 к Контракту на поставку товара в январе – июне 2003 года, представленные в материалах дела. Напротив, сторонами не были согласованы и не были подписаны какие-либо Приложения к Контракту, устанавливающие объемы и условия поставок, в частности указание конкретного грузополучателя товара, в августе и сентябре 2003 года. Поскольку в Приложениях к Контракту указывались различные грузополучатели, а товар ранее никогда не поставлялся в место нахождения Истца, то Ответчик не имел реальной возможности осуществить поставку товара при несогласованных условиях поставки. Какие-либо заявки, запросы о поставках товара в августе и сентябре 2003 года в адрес Ответчика Истцом не направлялись.

Руководствуясь пунктами 1.1 и 5.3 Контракта, а также статьей 394 ГК РФ и принимая во внимание отсутствие доказательств согласования сторонами конкретных объемов и условий поставок в августе – сентябре 2003 года в виде соответствующих подписанных приложений к Контракту, МКАС пришел к выводу об отсутствии оснований для возложения на Ответчика ответственности за непоставку товара в августе и сентябре 2003 года и признал требование Истца о взыскании суммы неустойки в размере ... долл. США необоснованным и не подлежащим удовлетворению.

5. По вопросу о возмещении убытков, понесенных Истцом вследствие неисполнения Ответчиком обязательств по поставке товара в июле 2003 года, МКАС установил следующее.

В пункте 5.1 Контракта сторонами была согласована ответственность сторон за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязательств по Контракту в виде возмещения убытков, понесенных другой стороной вследствие данного неисполнения.

В силу неисполнения Ответчиком обязательств по поставке товара в июле 2003 года Истец заключил 27 июня 2003 г. дополнительное соглашение № 12 к договору от 31 декабря 2002 г. с другим поставщиком – компанией U. – на неплановую поставку товара марки, сходной по своим качественным характеристикам с товаром марки, производимой Ответчиком и указанной в Приложениях № 33 и 34 к Контракту, однако по более высоким ценам, чем цены на товар, установленные в Дополнении № 4 к Контракту. Истец в Дополнении № 1 к договору от 1 августа 2001 г., подписанном с покупателем – компанией R. – 30 июня 2003 г., согласовал замену марки товара, другие условия поставки и более высокие цены на товар.

Требования Истца о взыскании убытков основаны на расчетах разницы между выручкой, которую получил бы Истец от продажи товара Ответчика покупателю, и выручкой, реально полученной Истцом от продажи товара покупателю, что и составило сумму убытков, понесенных Истцом и не покрытых неустойкой, в размере ... долл. США, которую Истец, руководствуясь пунктом 5.1 Контракта, просил взыскать с Ответчика.

Учитывая, что в Приложениях № 33 и 34 к Контракту сторонами не установлена точная дата отгрузки товара в июле 2003 года, МКАС, несмотря на письмо Истца от 27 июня 2003 г. и доводы представителей Истца, не посчитал обоснованным заключение Истцом в тот же день, 27 июня 2003 г., дополнительного соглашения № 12 к договору от 31 декабря 2002 г. с другим поставщиком на неплановую поставку товара, то есть не только до истечения всего периода поставки товара (июль 2003 года), установленного сторонами в указанных Приложениях к Контракту, но и заранее, до наступления этого периода.

МКАС принял во внимание объяснения Ответчика о том, что товар марки, производимой Ответчиком и указанной в дополнительном соглашении № 1 к договору от 1 августа 2001 г., заключенном Истцом и компанией U. 30 июня 2003 г., был заменен на товар другой марки, относящейся к группе особо ценных марок, цена которого существенно выше цены товара, подлежавшего поставке Ответчиком.

Учитывая изложенное и обращаясь к пункту 1 статьи 524 ГК РФ, согласно которой “если... покупатель купил у другого лица по более высокой, но разумной цене товар взамен предусмотренного договором, покупатель может предъявить продавцу требование о возмещении убытков в виде разницы между установленной в договоре ценой и ценой по совершенной взамен сделке”, МКАС признал необоснованным требование Истца о возмещении суммы понесенных им убытков, поскольку Истцом по дополнительному соглашению № 12 к договору от 1 августа 2001 г. был приобретен, а по дополнительному соглашению к договору от 31 декабря 2002 г. с компанией R. был продан товар, существенно отличный по качеству и цене от товара, согласованного Истцом и Ответчиком в Приложениях № 33 и 34 к Контракту. Кроме того, и это главное, МКАС пришел к выводу, что Истец не доказал, что при заключении Приложений № 33 и 34 о поставке товара в июле 2003 года только 24 июня 2003 г. у Истца уже 27 июня 2003 г. возникли основания для применения правила, установленного

в статье 397 ГК РФ или тем более в пункте 1 статьи 524 ГК РФ, которое рассчитано на случай “расторжения договора вследствие нарушения обязательства продавцом”. МКАС также пришел к выводу, что требование Истца не подпадает под условия, установленные пунктом 5.1 указанного Контракта.

Таким образом, руководствуясь статьями 393, 394, 397, пунктом 1 статьи 520 и пунктом 1 статьи 524 ГК РФ, состав арбитража отклонил требование Истца о взыскании понесенных последним убытков, не покрытых неустойкой, в размере ... долл. США.

6. Относительно требования Истца о возмещении Ответчиком понесенных Истцом расходов по уплате регистрационного и арбитражного сборов состав арбитража установил следующее.

Исходя из материалов дела, МКАС констатировал, что при подаче искового заявления Истцом были уплачены регистрационный и арбитражный сборы на общую сумму ... долл. США.

Учитывая изложенное и руководствуясь пунктом 2 параграфа 6 Положения об арбитражных расходах и сборах, МКАС пришел к выводу, что требование о возмещении Ответчиком расходов Истца по уплате регистрационного и арбитражного сборов подлежит удовлетворению в размере, пропорциональном размеру удовлетворенных исковых требований, а именно в сумме ... долл. США.

Резолютивная часть решения

На основании изложенного и руководствуясь параграфом 43 Регламента МКАС, Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации

р е ш и л:

1. Взыскать с компании, имеющей местонахождение в России, в пользу компании, имеющей местонахождение в Швейцарии, ... долл. США, в том числе сумму неустойки за просрочку поставки товара в размере ... долл. США и сумму арбитражного сбора в размере ... долл. США.
2. В остальной части иска отказать.

НАЦИОНАЛЬНАЯ ЛИГА ПЕРЕВОДЧИКОВ

Профессиональное объединение переводчиков-фрилансов

Для юристов:

Перевод юридических документов. Устный перевод сложных по тематике переговоров.

Контактные телефоны:	Английский язык:	(095) 764-79-35
	Немецкий язык:	8-926-113-12-05
	Французский язык:	8-926-113-44-87
	Испанский язык:	8-917-583-51-28
	Японский язык:	8-916-800-18-74

Web-сайт: www.russian-translators.ru; e-mail: liga@russian-translators.ru

Если для вас важно высокое качество перевода, обратитесь в НЛП. Через нашу Лигу вы найдете переводчиков-профессионалов, квалификация которых отвечает вашим требованиям, и установите с ними прямые контакты, минуя посредников.

ЧЛЕНЫ НЛП РАБОТАЮТ НАДЕЖНО И КАЧЕСТВЕННО

РОССИЙСКО-ШВЕДСКИЙ СЕМИНАР

22 июня 2005 г. в Торгово-промышленной палате Российской Федерации прошел семинар на тему “Международный коммерческий арбитраж: опыт России и Швеции”, организованный при содействии Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма. В его работе приняли участие ведущие специалисты в этой области двух стран, арбитры, практикующие адвокаты и ученые.

В начале семинара Председатель МКАС при ТПП РФ профессор **А.С. Комаров** и Председатель МАК при ТПП РФ профессор **С.Н. Лебедев** рассказали о работе по совершенствованию арбитражного законодательства, проводимой в рамках ЮНСИТРАЛ. По итогам этой работы уже подготовлен Типовой закон “О согласительных процедурах”, и сейчас основное внимание уделяется формулированию дополнений к Типовому закону “О международном коммерческом арбитраже”, касающихся формы фиксации арбитражного соглашения и возможности принятия составом арбитража обеспечительных мер.

Правила, касающиеся закрепления арбитражного соглашения в письменной форме, должны быть приближены к современным условиям, когда между сторонами все реже и реже заключаются договоры в традиционной бумажной форме с оригинальными подписями сторон. Следует учитывать постоянный рост числа сделок, оформляемых с использованием современных электронных технологий. Эксперты ЮНСИТРАЛ близки к тому, чтобы предложить мировому сообществу формулировки, которые отражают указанные потребности рынка.

Особо трудной оказалась работа над предложениями о принятии обеспечительных мер. Было согласовано, что для их принятия составом арбитража истцу надлежит доказать арбитрам наличие необходимости в таких мерах и существование у него теоретической возможности выиграть арбитраж. Если представленные заинтересованной стороной доказательства будут приняты арбитрами и постановление об обеспечительных мерах будет вынесено, оно должно подлежать исполнению в том же порядке, в каком исполняются окончательные арбитражные решения, то есть на основании статьи 36 Типового закона “О международном коммерческом арбитраже”. Особые сложности вызвал вопрос о принятии обеспечительных мер против стороны, которая не участвует в проведении арбитражного разбирательства. Работа над поиском необходимых формулировок о принятии обеспечительных мер продолжается.

Известный шведский адвокат и арбитр профессор **К. Хобер** и заместитель Председателя МКАС при ТПП РФ профессор **И.С. Зыкин** рассказали о существенном росте за последнее время числа инвестиционных споров, в которых сторонами являются государство и иностранный частный инвестор. В рамках таких споров особую значимость приобретают вопросы о том, что считать экспроприацией капиталовложения и каким образом применять к частным инвестициям нормы международного публичного права. В связи со значительной новизной встающих про-

блем особое внимание должно уделяться доктрине. Российская Федерация ратифицировала значительное количество соглашений о защите и поощрении капиталовложений, предусматривающих право иностранного инвестора на обращение в арбитраж, а также подписала (но не ратифицировала) Договор к Энергетической Хартии. Вопрос о его временном применении и соотношении с российским законодательством становится весьма острым ввиду претензий, предъявляемых России иностранными компаниями. При проведении арбитража по инвестиционным спорам следует также обратить внимание на соблюдение процедуры договорного урегулирования споров, предшествовавшей обращению в арбитраж. Несоблюдение такой процедуры может иметь далеко идущие последствия для компетенции арбитража и для приведения в исполнение арбитражного решения.

Заместитель Председателя МКАС при ТПП РФ профессор **А.А. Костин** и член Президиума МКАС при ТПП РФ профессор **М.Г. Розенберг** рассказали о наиболее интересных случаях из практики МКАС, связанных с установлением компетенции арбитража при наличии возражений со стороны ответчика против рассмотрения споров в этом институциональном органе. В ряде случаев для установления существования арбитражного соглашения составу арбитража приходилось тщательно изучать полномочия лиц, подписавших соответствующие документы, и их заявления, сделанные в ходе разбирательств в судах других стран, сопоставлять между собой русский и английский тексты договора и осуществлять толкование выявленных в них различий. Арбитр МКАС профессор **М.П. Бардина** рассказала о специфике установления права, применимого к договорным отношениям по внешнеэкономической сделке, государственными судами и международными арбитражами. У арбитров по сравнению с судьями существуют гораздо более разнообразные возможности, но при этом многое зависит и от позиций сторон, как сформулированных в тексте сделки, так и заявленных в ходе арбитражного разбирательства. При необходимости арбитры могут применять в качестве источника правового регулирования обычай и обыкновение международного оборота, прежде всего – Принципы УНИДРУА.

Адвокат **К. Содерлунд**, судья Верховного Суда Швеции в отставке **Г. Данелиус** и адвокат **Ю. Гернандт** рассказали о поддержке шведскими государственными судами международного арбитража, осуществляемого на территории Швеции, и о том, каким образом в Арбитражном институте Торговой палаты Стокгольма решаются вопросы об отводе арбитров. Как отмены арбитражных решений, так и отводы арбитров на практике случаются в Швеции весьма редко.

На семинаре также было проведено инсценированное арбитражное разбирательство по Регламенту Арбитражного института ТПС, в ходе которого участники смогли на практике познакомиться с процессуальными особенностями проведения арбитража в Швеции.

ДЕЛО *FIDELITY MANAGEMENT SA & ORS V. MYRIAD INTERNATIONAL HOLDINGS BV & ANR*: АНГЛИЙСКИЕ СУДЫ ПОДТВЕРЖДАЮТ ПРИВЕРЖЕННОСТЬ К ПОДДЕРЖКЕ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ

Как известно, Закон Англии “Об арбитраже”, в отличие от российского Закона “О международном коммерческом арбитраже”, не основан на Типовом законе ЮНСИТРАЛ. Это проявляется, в частности, в том, что согласно подпункту

“d” пункта 2 статьи 68 этого Закона сторона, проигравшая арбитраж, может, поставив в известность об этом другую сторону разбирательства и сам арбитраж, обратиться в суд с ходатайством об отмене арбитражного решения ввиду серьезного дефекта (*serious irregularity*), связанного с тем, что состав арбитража решил не все вынесенные на его рассмотрение вопросы (*failure by the tribunal to deal with all the issues that were put to it*).

Тем не менее эта, казалось бы, многообещающая возможность для пересмотра существа арбитражного решения толкуется английскими судьями в весьма “проарбитражном” контексте. В этом деле¹ сторона, недовольная решением по части исковых требований, вынесенным Лондонским международным третейским судом, просила отменить его в связи с тем, что, по ее мнению, состав арбитража не дал ответа на существенный для исхода дела вопрос.

Рассматривавший дело судья Морисон (*Morison*) сослался, как обычно, на имеющие отношение к делу прецеденты. Первый из них по делу *Zermalt Holdings SA v. Nu-Life Upholstery Repairs Ltd*² был сформулирован еще по Закону Англии “Об арбитраже” 1950 года, и еще тогда судья Бингэм (*Bingham*) указал, что “в качестве общего подхода суды стремятся поддерживать арбитражные решения. Они не осуществляют их тщательное обследование с целью выявления недочетов, нестыковок или ошибок, что могло бы негативно сказаться на отношении к арбитражу как таковому. Напротив, арбитражное решение должно читаться с разумной точки зрения делового человека, презюмирующего, как это имеет место и в настоящем деле, что ошибок в нем нет”.

Далее в 2000 году судья Томас (*Thomas*) указал в деле *Husman (Europe) Ltd v. Al Ameen Development & Trade Co*³, что “...я не считаю, что подп. “d” п. 2 ст. 68 [Закона об арбитраже] требует от состава арбитража отдельно расписывать каждый шаг, посредством которого он пришел к своим выводам или рассмотрел каждый вопрос, поставленный стороной разбирательства. Если состав арбитража не расписывает так свои шаги, это еще не означает, что он разрешил не все вынесенные на его рассмотрение вопросы”. Судья Колман (*Colman*) в деле *World Trade Corp v. Czarnikow Sugar*⁴ сформулировал целых шесть выводов, касающихся консервативного толкования нормы Закона о том, что арбитраж разрешил не все вынесенные на его рассмотрение вопросы. Он категорически отказался рассматривать ее в качестве повода для пересмотра существа арбитражного решения и посчитал достаточным, если арбитры ответили на существенные вопросы (*essential issues*), поставленные перед ними, а не на все вопросы, как их пожелали сформулировать стороны.

Судья Морисон согласился со сформулированными ранее подходами и добавил, что для отмены арбитражного решения в связи с тем, что состав арбитража разрешил не все вынесенные на его рассмотрение вопросы, необходимо, чтобы пропущенный вопрос имел бы фундаментальное значение, причем он отметил разницу между “оставлением вопроса без рассмотрения” и “отсутствием мотивировки”, почему вопрос был решен тем или иным образом.

В этом деле стороны разошлись во мнениях, каким образом следует сформулировать вопросы, на которые арбитраж должен дать ответ. Арбитры сделали это сами, и недовольная исходом дела сторона в связи с этим пыталась оспорить

арбитражное решение по части исковых требований со ссылкой на подпункт “d” пункта 2 статьи 68 Закона Англии. Судья посчитал, что арбитры правильно сформулировали вопрос, необходимый для решения существа спора, и дали на него мотивированный ответ.

Таким образом, английское правосудие еще раз подтвердило свою приверженность поддержке арбитража.

СИМПОЗИУМ ЛОНДОНСКОГО МЕЖДУНАРОДНОГО ТРЕТЕЙСКОГО СУДА “О ВАЖНОСТИ РОССИЙСКОГО УЧАСТИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ”

7 июля 2005 г. в Москве прошел симпозиум на тему “О важности российского участия в международном арбитраже”, организованный Лондонским международным третейским судом (LCIA) при поддержке международной юридической фирмы *Freshfields Bruckhaus Deringer*. Генеральный директор LCIA г-н А. Уинстэнли (*A. Winstanley*) рассказал о специфике Арбитражного регламента LCIA и преимуществах, которые дает его использование сторонам в ходе осуществления арбитражного разбирательства. Кандидат юридических наук, адвокат Я. Климов (*Freshfields Bruckhaus Deringer*) в своем выступлении проанализировал различные аспекты заключения и исполнения арбитражных соглашений. Вице-президент LCIA г-н Л. Леви (*L. Levy*) указал обстоятельства, которые следует принимать во внимание при составлении арбитражных оговорок и выборе подходящего типа арбитражного разбирательства. Партнер юридической фирмы SALANS, член редакционного совета нашего журнала г-н Дж. Герцифельд (*J. Hertzfeld*) остановился на практических и правовых критериях избрания места проведения арбитража. Председатель МКАС при ТПП РФ профессор А.С. Комаров осветил новейшие тенденции, связанные с участием российских компаний в международных арбитражах. Партнер юридической фирмы *Clifford Chance* И.Н. Марисин в своем выступлении рассмотрел типичные случаи вмешательства российских судов в процедуру международного арбитражного разбирательства. Ю.Э. Монастырский, партнер фирмы “Монастырский, Зюба, Степанов и партнеры”, рассказал о принятии российскими судами обеспечительных мер в связи с арбитражными разбирательствами. Партнер юридической фирмы *Baker & McKenzie* В. Хвалей осветил практику признания и приведения в исполнение российскими судами иностранных арбитражных решений. З. Дуглас (*Z. Douglas*) (*Freshfields Bruckhaus Deringer*) проанализировал ряд международных арбитражных решений, вынесенных на основании двусторонних соглашений о защите и поощрении капиталовложений. Член редакционного совета нашего журнала профессор К. Хобер (*K. Hober*) (*Mannheimer Swartling*) остановился на изучении перспектив, открывающихся для российских юридических лиц в свете новейших тенденций в международном арбитраже. Закрывая симпозиум, Президент LCIA Я. Полссон (*J. Paulsson*) (партнер фирмы *Freshfields Bruckhaus Deringer*) подвел итоги его работы и поделился своим видением существующих проблем.

¹ [2005] EWHC 1193 (Comm), 9 июня 2005 г.

² [1985] EGLR 14.

³ [2000] 2 Lloyd's Rep. 83. P. 97.

⁴ [2005] 1 Lloyd's Rep. 422.

Подписка на II полугодие 2005 года в отделениях
почтовой связи России, стран СНГ и Балтии по каталогу
Агентства "Роспечать"

Ф.СП-1	АБОНЕМЕНТ		на <u>газету</u> журнал		70040 (индекс издания)							
	"Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации"					Количество комплектов						
	(наименование издания)											
	на 2005 год по месяцам											
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
												X
Куда		(почтовый индекс)					(адрес)					
Кому												
(фамилия, инициалы)												

						Доставочная карточка		на <u>газету</u> журнал		70040 (индекс издания)		
ПВ		место		литер								
"Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации"												
(наименование издания)												
стоимость		подписки		_____ руб. _____ коп.		Количество комплектов						
		переадресовки		_____ руб. _____ коп.								
на 2005 год по месяцам												
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	
											X	
Куда		(почтовый индекс)					(адрес)					
Кому												
(фамилия, инициалы)												

Информация о подписке на журнал "Вестник
Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации"
на II полугодие 2005 года
по каталогам Агентства "Роспечать"
в отделениях почтовой связи России, стран СНГ и Балтии

Журнал выходит 6 раз в полугодие

Каталог Агентства "Роспечать"	Индекс подписки	Страница в каталоге
Газеты. Журналы	70040	138
Газеты. Журналы Для подписчиков Москвы	70040	160

ВЕСТНИК

Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации

В издательстве ООО "ЮРИТ-Вестник"

любой номер журнала

**"Вестник Высшего Арбитражного Суда
Российской Федерации"**

за 2003 – 2004 годы можно приобрести по цене

77 р. 00 к. (с НДС).

Количество номеров ограничено!

Содержание номеров на www.vestnik-vas.ru.

тел.: (095) 926 83 74, факс: (095) 926 43 87,

e-mail: post@vestnik-vas.ru

НОВОЕ

ПРЕДЛОЖЕНИЕ

ИЗДАТЕЛЬСТВА

ООО "ЮРИТ-Вестник"

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ

Российский опыт:

О коммерческом арбитраже в России
Применение ИНКТЕРНАС в практике МКАС
при ТПП РФ

Сфера действия Венской конвенции о договорах
международной купли-продажи товаров
1980 года и сопоставление споры договорно
о признании права

Зарубежный опыт:

Арбитраж в Швейцарии

Из практики судов различных государств
по приращению и исполнению и сопоставлению
различия международного арбитража

Из практики международных коммерческих
арбитражей

2004

№ 1

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ

Российский опыт:

Действие Конвенции из "Уровского кодекса
СОВ" в современных условиях
Императивные нормы в международном
коммерческом арбитраже

Зарубежный опыт:

Новые подходы к признательности исполнения
иностранного арбитражного решения
по Нью-Йоркской конвенции

Из опыта Международного коммерческого
арбитражного суда при ТПП РФ в Москве

Изменение арбитражных решений
по делу Лоду во Франции

Особые мнения:

Из практики судов в арбитражах

События и факты

2004

№ 2

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ

Российский опыт:

Императив иностранного государства
и международный коммерческий арбитраж
Арбитрабельность споров: российский подход

Зарубежный опыт:

Резюме решений по признательности исполнения
иностранного арбитражного решения
или приращению в исполнении международного
арбитражного решения

Сибирский метод в арбитраже: право публичный
порядок, неотъемлемость и приращение
исполнения иностранного арбитражного решения
Международный коммерческий арбитраж
и публичный порядок. Обзор законодательной практики
и судебной практики

Особые мнения:

Из практики судов различных государств
и международных коммерческих арбитражей

2004

№ 3

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ

Российский опыт:

Применение Федерального арбитражного суда
Московского округа по делам, связанным
с исполнением и приращением и исполнением
иностранного арбитражного решения

О законодательных тенденциях регулирования споров
международных коммерческих арбитражей в России

Арбитражные спорах: спорность, исполнимость
иностранного арбитражного решения, и его приращение
и исполнение (полюс) в арбитраже МКАС

Обязательные меры в российском суде
и в арбитраже международного арбитража

Зарубежный опыт:

Применение в исполнении и приращении арбитражного
решения по Закону Арбитражного ТПП РФ: проблемы
исполнимости и приращения решения

Применение иностранного арбитражного решения
в США

Особые мнения по поводу решений Окружного суда
Аппелляции по делу о признании и исполнении
иностранного решения МКАС при ТПП РФ

Из практики судов различных государств по приращению
и исполнению и сопоставлению различия международного
арбитража

2004

№ 4

Комплект журнала

"Международный коммерческий арбитраж"

№ 1 – 4 за 2004 год по цене 440 руб. с НДС!

тел. (095) 926 83 74, 975 04 43, факс 926 43 87, e-mail: info@intarb.ru