II Международная конференция МГИМО-Одинцово
«Новые горизонты частного права»
Круглый стол «Урегулирование коммерческих споров: что нового в правовом регулировании и практике»

8 декабря 2021 г. 11:00—13:30. Online.

Программа: https://mgimo.ru/upload/2021/12/prog-ii-conf-novye-gorizonty-chastnogo-prava.pdf

https://www.youtube.com/watch?v=47IZFJf-m4o&t=502s

Д.Л. Давыденко: Вот так. Ну что? Так у нас вроде готовность у всех есть. Очень хорошо. Я тогда как сделаю? Поскольку Дмитрий пока что... Позже, когда всех представлю.

Уважаемые коллеги, доброе утро, для тех, кто в нашем часовом поясе или близком. И я рад приветствовать вас на II Международной конференции МГИМО и МГИМО-Одинцово «Новые горизонты частного права». Особенность этой конференции состоит в том, что ее организует университет с традициями сравнительного правоведения, и акценты [сделаны] на международно-правовые отношения.

И в то же время это не какая-то чисто научная конференция, то есть здесь сочетается и научный взгляд на практические вещи с практическим ракурсом. Широк и охват тем, в основном темы материально-правовые будут охвачены завтра, «Как трансформируются частные, частно-публичные отношения в эпоху цифровизации». Нельзя обойти вниманием будет «Правовое регулирование робототехники и искусственного интеллекта». Некоторые классические темы будут охвачены: «Рецепция норм зарубежного законодательства для модернизации отечественного частного права», «Универсализм и регионализм в международном частном праве».

Сегодняшний день посвящен теме «Урегулирование коммерческих споров». Я буду модерировать первую его часть, которая посвящена международному коммерческому арбитражу, тенденциям и эволюции, а также часть, посвященную альтернативным процедурам урегулирования споров, которая будет сегодня третьей, начнется в 4 часа, и начнет ее презентация сборника, точнее, комментария к Сингапурской конвенции о мировых соглашениях, заключенных по итогам... в результате медиации.

И нельзя обойти вниманием также еще одну тему сегодняшнюю, очень важную, — это «Инвестиционный арбитраж в современных реалиях». Особенность всех этих тем такова, что здесь у нас в какой-то степени господствует универсализм, хотя, конечно, не без регионализма. То есть все эти темы актуальны, независимо от национальной принадлежности, специфики региона. То есть это то, что важно для всего мира, для международной торговли в глобальном масштабе.

Что касается международного коммерческого арбитража, то в фокусе внимания у нас будет работа Комиссии ООН по праву международной торговли в области модернизации, унификации частного права, точнее, правового регулирования в разрешении, урегулировании частноправовых споров, коммерческих международных споров, прогрессивное развитие, да, такого права, установление новых, более эффективных правил разрешения споров. «Как работает ускоренный арбитраж» — сегодня целых два доклада посвящены этой теме с разных сторон, в том числе изнутри как это действует. И тема, которая уже давно доказала свою важность, — «Влияние банкротства на арбитражное разбирательство, банкротство стороны», в данном случае иностранное банкротство, когда арбитраж происходит в России. Ну и, конечно, целый ряд, ряд решений был вынесен по вопросам права, применимого к арбитражной оговорке, в

частности английскими судами, который[е] приковал[и] внимание всего арбитражного сообщества, пожалуй, в мире. И эта тема не будет оставлена без внимания сегодня.

Не могу не отметить, что наши спикеры сегодня являются профессионалами, которые сочетают практическую и научную деятельность, и этим интересны, знакомы с предметом своих выступлений как снаружи, так и изнутри. И я полагаю, что сегодня каждый слушатель найдет для себя что-то свое, что-то новое, стимулирующее к мысли и действию.

Сегодня также будет очень интересное выступление в части инвестиционного арбитража, в том, что касается, по-английски, *costs and damages in international investment arbitration*. Эмпирическое исследование, то есть сколько в последние годы присуждалось возмещения убытков в инвестиционных арбитражах, на что могут рассчитывать инвесторы, исходя из этого, а также какая сумма расходов была присуждена, что очень важно для планирования такого рода разбирательств, сколько тратит государство, сколько тратят иностранные инвесторы. И интересная тема о том, как довод о недобросовестности истца в инвестиционном арбитраже может быть заявлен в ходе процедуры приведения в исполнение инвестиционного арбитражного решения, на примере дел, конечно, бывших компаний, аффилированных с ЮКОС, нефтяной компанией, а также «Пугачев против России». Вот на примере в том числе этих дел будет тоже у нас сегодня выступление.

Ну и что касается прочих процедур, помимо арбитража, то здесь речь пойдет не только о медиации, но и, например, о процедурах *expert determination, early neutral evaluation* и других процедурах, как *dispute review boards,* — специальные процедуры, которые предназначены для того, чтобы стороны могли быстро и эффективно урегулировать спор без препятствия для исполнения контракта. Как они соотносятся с последующим арбитражем, эта тема будет раскрыта. Также соотношение таких комбинированных процедур, сочетающих в себе преимущества медиации и арбитража, будет раскрыто опять же с точки зрения эмпирических данных.

Ну и, безусловно, внимание будет уделено специфике урегулирования инвестиционно-строительных споров, которые всегда очень важны.

На этом я завершаю свое вступительное слово и с удовольствием передаю трибуну, так сказать, уступаю трибуну коллегам, первым из которых выступает Денис Владимирович Микшис, директор по международному сотрудничеству и региональному развитию Арбитражного центра при Российском союзе промышленников и предпринимателей, кандидат юридических наук, доцент, с темой «Правила ускоренного арбитража ЮНСИТРАЛ и ускоренный арбитраж в современном мире». Денис Владимирович, пожалуйста, вам слово.

Д.В. Микшис: Большое спасибо, Дмитрий Леонидович. Добрый день, уважаемые коллеги. Надеюсь, меня хорошо видно и слышно.

Д.Л. Давыденко: Да-да.

Д.В. Микшис: Спасибо. Итак, основной, скажем так, стержневой темой моего выступления будут ускоренный арбитраж и его преломления в недавно принятых Правилах ЮНСИТРАЛ и частично в практике и регламентах арбитражных учреждений. Ну надо сказать, что сам ускоренный арбитраж представляет собой оптимизированную и упрощенную процедуру, которая проводится в сжатые сроки, что позволяет сторонам эффективно урегулировать свой спор окончательно и оптимально с точки зрения расходов и времени. *Time-cost-effective*, как говорят наши англоязычные коллеги.

Парадокс же в том, что хотя запрос на оперативность арбитража является традиционным и давним, — я бы сказал, что этой традиции много веков, — но сама необходимость институциализировать и формализовать ускоренную процедуру возникла сравнительно недавно.

Ну вот, собственно, попробую объяснить сначала, почему так возникло это разделение. Понятно, что всегда на протяжении человеческой истории при возникновении гражданско-правовых споров стороны были заинтересованы в том, чтобы урегулировать их быстро и окончательным образом. При этом государственное правосудие, оно традиционно было, скажем так, небыстрым, еще Гораций его называл «хромым» в одной из своих од.

И неизменно, если мы посмотрим весь массив источников, арбитраж был, что называется, в авангарде рассмотрения споров и дотягивался туда, где государство не могло своевременно протянуть руку помощи тяжущимся сторонам, и в каком-то смысле, в хорошем, арбитраж даже задавал в смысле оперативности определенные вызовы и стандарты для государственного правосудия. Например, в Средние века именно за арбитражами, которые рассматривали споры до третьего прилива, до окончания ярмарки и так далее, подтягивалась практика ярмарочных судов и «судов пыльных ног».

Известны случаи, когда именно арбитраж сдержал многолетние судебные тяжбы. Вот один из показательнейших случаев — это конфликт, например, голландского семейства Ван дер Меган вокруг, скажем так, активов и семейного бизнеса. Судебные процессы длились 17 лет с перерывами, а арбитраж, который поставил [точку] в вопросе раздела активов между наследниками, занял полтора года, и то с учетом правопреемства. То есть там за время всех этих тяжб сменилось поколение наследников. Вот, пожалуй, один штрих.

Другой штрих — это то, что сами судьи коронных судов подчас рекомендовали сторонам при обращении прежде попытаться решить вопрос в арбитраже. Согласитесь, это, в общем, тоже о чем-то говорит. И не буду цитировать многочисленных классиков, которые процедуру судопроизводства за ее сложность и запутанность подвергали заслуженной критике, по сути, это весь золотой фонд нашей драматургии и зарубежной, начиная от Мольера, который говорил, что «судиться все равно, что в аду гореть», заканчивая Даниэлем Дефо, который был личностью многосторонней и в учебнике, в пособии «идеальному коммерсанту» целую главу выделил, почему надо пользоваться арбитражем и избегать тяжб, как чумы. Вот.

Ну простите за это длинное вступление, — оно было необходимо, чтобы подчеркнуть одну важную вещь, а именно: скорость всегда рассматривалась как одно из важных, я бы сказал имманентных, преимуществ арбитража. Но как это ни парадоксально, к концу XX в. это преимущество во многом было размыто и утрачено по мере формализации и институционализации арбитража, особенно проводимого по сложным спорам, а также под эгидой арбитражных учреждений. В рамках этого выступления нет возможности все аспекты и причины затронуть. Явление по-своему интересное.

Скажу лишь, [что] исполнение решений арбитражей через механизм Нью-Йоркской конвенции 1958 г. тоже поспособствовало тому, что называется «сударизация» условно, или формализация арбитража. Почему? Потому что, установив рамки, в которых компетентный суд может вмешиваться и рассматривать, скажем так, законность арбитражной процедуры, Нью-Йоркская конвенция среди прочего выделила, скажем так, важность соблюдения процедуры, ну и вообще важность соблюдения гарантий сторон. Отсюда возник интересный феномен — феномен надлежащего процесса и одержимости надлежащим процессом, то, что называется *due process paranoia*.

Все это спустя десятилетия по инерции привело к тому, что арбитражные процессы становились все дольше, а арбитражные решения и промежуточные постановления все длиннее, и, скажем так, значительная часть времени арбитров и административных секретарей уходила на то, чтобы обеспечить все шаги, все тонкости этой арбитражной процедуры. Возникла практика проведения многочисленных раундов устных слушаний и обменов состязательными позициями, консолидации этих позиций. И вот так, шаг за шагом, арбитраж частично утратил свою гибкость и свойства оперативности.

Говорю «частично», потому что ну невозможно под одну гребенку все процедуры провести. Арбитраж — это явление живое и саморегулируемое, поэтому, осознав эту проблему, арбитры и учреждения интуитивно сами пошли по пути разделения процесса на сложный и многоступенчатый для случаев, когда это действительно необходимо, и ускоренный и в чем-то упрощенный, предлагая в рамках арбитражных соглашений устанавливать более сжатые сроки для процедурных действий, более простой порядок формирования арбитража и тому подобные вещи. То есть внутренне этот запрос на ускоренную процедуру, он был осознан, отрефлексирован, и были найдены определенные механизмы. Частично эти процессы совпали и с усилиями по времени, с усилиями ЮНСИТРАЛ, внутри которой тоже накопилась, скажем так, критическая масса факторов и информации, позволившей поставить вопрос об унифицированной ускоренной процедуре.

Вообще любопытно, что хронологически эти два процесса, их формализации совпали. Первые «ускоренные» регламенты арбитражных учреждений — ну коллеги, может быть, меня поправят, — но вот наиболее значимая волна — появились в 2017 г. Это регламенты Международной торговой палаты (ICC), это регламенты шведского арбитражного института, Стокгольмского, Регламент Арбитражной американской ассоциации и так далее. То есть буквально взрывной последовал рост таких «ускоренных» регламентов: за полтора года их было принято несколько десятков. Ну, естественно, не остались в стороне и российские арбитражные учреждения.

И буквально синхронно с этим летом 2018 г. на 51-й сессии ЮНСИТРАЛ было дано поручение рабочей группе при ЮНСИТРАЛ — Рабочей группе № 2, которая занимается вопросами арбитража, — рассмотреть и формализовать вопрос по единообразной ускоренной процедуре по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ. И далее эта работа велась на протяжении шести сессий, начиная с 69-й в Нью-Йорке и вот заканчивая недавно закончившейся 74-й сессией. Вот.

То есть сама параллельность этих процессов, она говорит тоже о многом: о том, что эта созревшая потребность — как найти баланс между гарантиями надлежащего разбирательства и разумными сроками арбитража, — эта задача должна была найти свое предметное решение. Собственно, усилия Рабочей группы ЮНСИТРАЛ не так давно увенчались успехом. Была... В июле 2021 г. были утверждены Правила ускоренной процедуры и введены в действие с сентября 2021 г. Но надо сказать, что пока опубликованный на сайте ЮНСИТРАЛ текст все еще носит предварительный характер — это по-своему уникальный случай, — но его приняли с оговорками и поручили Рабочей группе довести до логического завершения пояснительную записку и еще некоторые второстепенные вопросы урегулировать. Поэтому ну не могу сказать, что эти правила в статусе кота Шрёдингера пребывают: все-таки они скорее есть, чем их нет. Но сделаем оговорку, что это предфинальный текст, то есть могут быть внесены какие-то не концептуальные, а небольшие правки.

Кратко расскажу о том, как менялась концепция этих правил. Перед Рабочей группой стояло несколько, скажем так, неочевидных ключевых вопросов. Первый из них — это в каком виде формализовать ускоренную процедуру: будут ли это нормы внутри Типового закона или Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, будет ли это отдельный свод правил либо это будут какие-то, что называется, точечные приложения и изменения? В итоге было достигнуто, на мой взгляд, оптимальное решение, были приняты именно Правила ускоренного арбитража, которые отличаются от Типовых правил арбитража ЮНСИТРАЛ, но вместе с тем они носят, что называется, модульный характер, то есть могут читаться и применяться вместе. Там есть опции *opt-in*, *opt-out*, предусматривающие либо исключения общих положений Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, либо их применение по мере возможности.

Второй принципиальный вопрос, который возник перед разработчиками, — это установление каких-то формальных критериев для применения ускоренного арбитража.

Вот здесь ваш покорный слуга был в ходе сессий Рабочей группы свидетелем очень жарких дискуссий; в частности, буквально на самой первой из этих сессий в феврале 19-го года в Нью-Йорке сразу же несколько делегаций, кстати, российская тоже, обозначили вопрос, что нельзя ставить какой-то жесткий формальный порог в виде суммы — то, как делается в ускоренных правилах арбитражных учреждений, — потому что в отличие от арбитража по правилам какого-либо учреждения арбитраж ЮНСИТРАЛ — это явление... под эгидой ЮНСИТРАЛ — это явление более универсальное, и очень трудно привести стороны из разных стран и правопорядков к какому-то заранее просчитанному знаменателю. То, что для практики одной страны, континентальной, является нормальным, в смысле, например, суммы, цены иска, то для другой является очень и очень существенным.

Ну и, кроме того, самый справедливый аргумент «против», который был высказан, — что невозможно заранее определить и зафиксировать стоимость предмета спора. Она может казаться значительной, а при обращении иск будет на незначительную сумму, и ровно наоборот. И тогда потребуется сложная процедура перехода обратно в неускоренный режим или наоборот. Итогом этих дискуссий стало вот именно такое взвешенное решение не ставить какого-либо формального порога, а обусловливать применение правил ускоренного арбитража соглашением сторон. Пожалуй, на сегодня это тоже является оптимальным. Ну будущее внесет свои коррективы. По крайней мере, это исключает возражение относительно ненадлежащих процессуальных гарантий. Если сторона сама выразила согласие, значит, уже не надо рассматривать вопрос о сумме или других формальных критериях. Были и другие вопросы, в которые тоже, учитывая регламент, нет возможности погружаться, но я надеюсь, что в ближайшее время мы с коллегами опубликуем на эту тему статью и там их более подробно коснемся. Теперь, если позволите, о самих Правилах ускоренного арбитража, что же в них такого ускоренного, что позволяет оптимизировать процедуру. Здесь я бы выделил пять моментов.

Первый момент — это то, что ускорена процедура начала арбитража: установлены очень небольшие для международного арбитража сроки для представления заявления об арбитраже и отзыва, ответа на просьбу об арбитраже — это 15-дневные сроки, что довольно необычно. Кроме того, установлена возможность, чтобы отзыв на арбитраж содержался сразу же в ответе на заявление об арбитраже. То, что стороны могли сразу же заявить в отношении арбитра либо критерии его выбора, либо кандидатуру, и так далее.

Во-вторых, существенно упро́щена, или упрощена́, простите за ударение, процедура назначения компетентного органа или его выбора. Если по классическому Регламенту ЮНСИТРАЛ она многоступенчатая, то в Правилах ускоренного арбитража предусмотрена возможность, чтобы стороны сразу же поручили секретарю Постоянного арбитражного суда в Гааге либо назначить компетентный орган, либо самому принять на себя функции такого компетентного органа. Причем сделать это можно в любой момент, а не только в момент инициирования арбитража.

Третий существенный момент, который позволяет всю процедуру ускорить, это большие дискреционные полномочия третейского суда, здесь и возможность продления и сокращения любых процессуальных сроков. Ну читаем, что внутри третейский суд может, например, количество раундов обмена документами предусмотреть и даже объем этих документов (10-я статья). Возможность не проводить устные слушания, если стороны поставлены об этом в известность и не выражают прямо такого намерения.

Это определение судом круга доказательств заранее, в том числе и форм, в которых представляются доказательства, например, по умолчанию показания свидетелей или заключения экспертов передаются в письменном виде, и лишь если третейский суд находит необходимым, он может предложить дополнительно выступить в слушаниях эксперту либо свидетелю. Это возможность использовать любые технические средства, вот то, что сейчас очень актуально, для проведения промежуточных консультаций со

сторонами, процедурных совещаний и слушаний, в том числе и возможность провести слушание, что называется, в дистанционном режиме, то есть по видеоконференцсвязи. Вот.

Это тоже существенный момент, потому что не так давно, буквально год назад, было предметом дискуссии в юридическом сообществе, насколько уместно третейскому суду, ну в том числе с учетом пандемии, императивно устанавливать, что слушания будут производиться с дистанционным участием сторон и арбитра.

Д.Л. Давыденко: Денис, просьба — одну минуту.

Д.В. Микшис: Да. Спасибо. Я, собственно, буквально как раз к финалу и подхожу.

И, наконец, статьей 16-й Правил ускоренного арбитража предусмотрен срок для завершения арбитража и вынесения решения — это шесть месяцев с даты формирования третейского суда, причем эти шесть месяцев могут быть продлены при определенных условиях, но вот в целом являются таким существенным ориентиром. Вокруг этого тоже было сломано много копий, но в итоге идея прошла.

Ну и последнее, о чем хотел сказать, это то, что не вошло в Правила ускоренного арбитража: не вошло предложение, позволявшее третейскому суду выносить решение без указания мотивов. Это новшество было признано слишком рискованным, а главное, как раз противоречащим принципу надлежащего процесса, даже если стороны бы прямо на это пошли и согласились. Потому что невозможно, не зная мотивов третейского суда, решать вопрос о справедливости этого решения и о его исполнимости.

Ну вот, пожалуй, это все. В части практики арбитражных учреждений, если будут вопросы, я готов пояснить уже в комментариях, поскольку время нас ограничивает. Большое спасибо.

Д.Л. Давыденко: Большое спасибо, Денис. Действительно очень актуальная процедура. Мой вопрос был предвосхищен по поводу мотивировки, потому что, действительно, можно ли сократить процедуру... сократить время арбитража за счет, скажем так, сокращения мотивировки, да, то есть неполного устранения, потому что сейчас стороны... арбитры стремятся отразить каждый довод стороны, ответить на каждый довод с целью избежать последующих, да, рисков. И вот это удлиняет, безусловно, процедуру. Но вот как, на ваш взгляд, здесь есть какое-то пространство для ускорения?

Д.В. Микшис: Да, разумеется, Дмитрий. И как раз вот на острие дискуссии был выдвинут тезис, что «хорошо, решение без мотивов действительно нонсенс. Но давайте пропишем хотя бы в пояснительной записке возможность изложения решения с краткой мотивировкой». Насколько я знаю, это предложение прошло. Я оговорюсь, что пояснительная записка не опубликована в окончательном виде, ждем ее в начале 22-го года. Но предварительно там такой пункт есть, поэтому, в общем-то, это, наверное, на сегодня самое разумное, что может быть предложено.

Д.Л. Давыденко: Большое спасибо. Если у кого-то есть вопросы, то, действительно, можно это, да, сделать в чат, я также слежу за вопросами в *YouTube*. Но если сейчас вопросов нет, тогда мы продолжим тему ускоренного арбитража, опыт изнутри. И я рад представить следующего спикера — Илья Сергеевич Александров, управляющий партнер группы компании «Александров и Партнеры», *Doctor Juris, MBA (Finance).* И тема выступления Ильи Сергеевича — «Опыт применения Регламента ускоренного арбитража Арбитражного института при Торговой палате Стокгольма, в том числе в условиях пандемии. От составления арбитражной оговорки до решения». Илья Сергеевич, пожалуйста, Вам слово.

И.С. Александров: Да, большое спасибо. Добрый день, уважаемые коллеги. Когда я увидел, что выступлений по ускоренному арбитражу будет целых два, я подумал, что, наверное, мы будем друг друга, скажем так, немного повторять, но, выслушав моего уважаемого коллегу, я понял, что здесь как раз-таки есть абсолютный еще такой перечень вопросов, которые стоит обсудить вновь, да, которые просто еще не затрагивались именно с точки зрения практического использования, применения ускоренного арбитража вот.

Я могу сказать, что мне довелось уже вот на данный момент, будучи консультантом в ряде проектов моих доверителей, использовать при составлении договоров, хозяйственных договоров, как рекомендуемые арбитражной оговорки, которые, например, выработаны Арбитражным институтом при Торговой палате Стокгольма, так и ну, скажем так, арбитражной оговорки собственного, собственного исполнения, собственной конфигурации. Ну вот.

И в ряде случаев, учитывая достаточно длительный уже период работы и консультирования, то есть мы самостоятельно с 2008 г. занимаемся оказанием юридических услуг, в ряде случаев доводилось даже проводить арбитражное разбирательство, участвовать в арбитражных разбирательствах, которые были инициированы уже на основании, на основании договоров и арбитражных оговорок, которые являлись плодом твоего собственного там, можно сказать, труда, да.

То есть это вдвойне приятно, то есть одно дело, когда к тебе приходит доверитель, клиент и ставит задачу по какому-то чужому договору, как говорится, инициировать разбирательство, составить исковое заявление и в максимально сжатые сроки обеспечить получение арбитражного решения.

Другое дело, когда ты видишь свой собственный родной договор, это же просто очень приятно, я так считаю, что когда ты сам в свое время потратил время и инвестировал, как говорится, собственный опыт и собственные знания и, как говорится, время в составление качественного договора, и потом еще, если... при условии, если сам доверитель грамотно и аккуратно вел всю документацию в исполнение данного договора, то, в принципе, участвовать в таком ускоренном арбитражном разбирательстве — это очень приятно и очень, в общем-то, эффективно.

Я могу сказать, что, конечно, вот за прошедшее время наш формат работы, я имею в виду формат работы юриста в целом, тут более такой широкий, да, аспект, он очень сильно изменился, да. Вот мы сейчас проводим наше мероприятие в онлайн-режиме вот. Я сейчас сижу в своем рабочем кабинете не в московском офисе, а я сижу в подмосковной деревне вот и вполне спокойно как бы общаюсь сегодня вот с вами, уважаемые коллеги, или через там пару часов у меня будет созвон с Грузией, с Арабскими Эмиратами и так далее, то есть точно так же мы используем эти средства коммуникации и в рамках арбитражных процедур уже на данный момент.

То есть, когда мы сейчас говорим о необходимости там проведения устных разбирательств, да, назначения там устного слушания, ну бог ты мой, то есть сейчас это, в принципе, очень быстро делается вот. Люди из совершенно разных точек мира могут спокойно подключиться через *Zoom, Microsoft Teams* или другое какое-то приложение и всеобъемлюще и в полном объеме обсудить те вопросы, которые, на их взгляд, нуждаются еще в обсуждении после того, как стороны обменялись исковым заявлением, отзывом на иск и какими-то другими документами, да, вот.

Поэтому и в условиях пандемии, и до нее, и, я думаю, после нее вот такой онлайн-формат и, соответственно, увеличение скорости арбитражных, арбитражных процессов в целом — это абсолютный тренд, и ускоренный арбитраж — это всего лишь просто удобный, удобный термин, который сейчас все более и более будет востребован вот.

Я считаю, я считаю, что и в России имеет смысл как бы этот опыт все больше и больше перенимать с учетом того, что на самом деле у нас есть достаточно большое количество споров, которые можно рассматривать в рамках коммерческого арбитража, второе — у нас достаточно крупная страна, которую сложно пересечь даже за одни сутки

из одного конца в конец, то поэтому ускоренный арбитраж, вот эти дистанционные форматы слушаний, устных разбирательств, обмен электронными версиями документов, электронными образами документов и прочие вот эти современные уже форматы работы юристов, форматы работы арбитров, — это, на мой взгляд, будущее. И здесь, конечно, здесь, конечно, я избрал именно Регламент ускоренного арбитража Стокгольмского... Института арбитражного при Торговой палате Стокгольма для того, чтобы проиллюстрировать с учетом вот предыдущих своих дел, в которых мне довелось участвовать на стороне истца, продемонстрировать эффективность и на самом деле эффективность и темпы, темпы таких разбирательств, вот.

Сейчас поднимался кратко вопрос по поводу необходимости составления мотивировочной части, да, там арбитражного решения, но я могу от себя сказать, что любой практикующий юрист, который в свое время написал не одну курсовую работу, а потом еще защитил диссертацию, а может быть, еще и не одну диссертацию, он, в принципе, способен за пару дней выдать там 10–20 страниц достаточно качественного текста. То есть для любого опытного арбитра это не должно вообще представлять никаких затруднений, мотивировать свое решение и обеспечить истца и ответчика обоснованием своей позиции в виде грамотно составленного текста, то есть не ограничиваясь просто резолютивной какой-то частью, кратенькой, почему... что он решил, а, естественно, обеспечивая сторонам возможность понять, в чем состоит, в чем состоит мотив арбитра, почему... руководствуясь чем он вынес соответствующее решение вот.

Я целиком и полностью выступаю за ускоренный арбитраж, то есть я его очень часто использую на практике. Всегда рекомендую доверителям, заказчикам включать арбитражные оговорки соответствующего содержания в тексты договоров вот. И мы, естественно, проводим, проводим ну своего рода такие эксперименты с новыми видами договоров, которые, которые составляются.

Мы стараемся по максимуму снабжать их, снабжать их разнообразными оговорками, которые предусматривают либо исключительную компетенцию арбитража, либо альтернативную[ые] возможность[и] как подавать исковые заявления в рамках регламента ускоренного арбитража, так и обращаться к государственному правосудию, если специфика спора этого требует.

То есть я никогда, никогда на практике не ограничиваюсь, стараюсь не ограничиваться каким-то одним способом, исходя из фактических обстоятельств отношений, да, договорно-хозяйственных, партнерских отношений между доверителем и его контрагентами или несколькими контрагентами, что немаловажно, да. То есть с учетом специфики ряда взаимоотношений конфиденциальность, оперативность в разрешении спора, если нет возможности мирным путем разногласия преодолеть, соответственно, востребованность ускоренного арбитража, они очень-очень большое значение имеют, поскольку арбитраж, он, естественно, должен следовать потребностям бизнеса, коммерческий арбитраж.

Бизнес — это всегда скорость, это темп, это требовательность к качеству работы, это требовательность к компетенции и, соответственно, естественно, к скорости удовлетворения требований в случае, если возникают спорные ситуации вот.

Ну думаю, что, наверное, я даже свой регламент по времени не исчерпал, немножко выступление получилось так тезисно-лозунговым таким, но в любом случае я предпочитаю, может быть, чуть-чуть короче все это сформулировать вот, поскольку арбитраж, что там говорить, это очень полезный инструмент, и мы все об этом знаем, то есть, судя по составу сегодняшних участников, здесь все собрались, как говорится, высокие специалисты в этой сфере. Я всех приветствую еще раз. Добрый день, уважаемые коллеги. Очень рад видеть знакомые фамилии в списке участников.

Д.Л. Давыденко: Спасибо, Илья. Действительно, процедура, вне сомнения, актуальная, и опыт Ильи это подтверждает. Насколько, однако, универсален, да,

ускоренный арбитраж? Всегда ли будет целесообразно вот, стоит ли во всех случаях выбирать именно его в контракте? То есть всегда вот предусматривать то, что споры будут разрешаться в порядке ускоренного арбитража по регламенту такому-то? Или же здесь есть какие-то оговорки? То есть в каких-то случаях заранее до возникновения, да, спора можно ли всегда безошибочно определить, что всегда нужна, так сказать, ускоренная процедура, учитывая, что можно оказаться и ответчиком, например, или что спор может быть очень комплексным, да, то есть где стороны могут пожелать все-таки, скажем, такого более обстоятельного разбирательства, да? Такой вопрос.

И.С. Александров: Ну я считаю, что выбор такой, он всецело зависит от юриста, который участвует в переговорах и в составлении договора вот. Чем опытнее, я считаю, специалист, тем, ну скажем так, меньше времени у него займет, во-первых, составление договора при условии наличия конструктивной позиции на противоположной стороне и, соответственно, меньше времени займет участие в переговорах по урегулированию разногласий или по урегулированию спора.

Поэтому, если мы говорим именно о необходимости обеспечить скорость и полноту при условии наличия нескольких опытных специалистов на обеих сторонах, я думаю, что ускоренный арбитраж — это хороший инструмент, который позволит сторонам, не теряя в качестве, то есть обеспечив полную, всеобъемлющую, как говорится, процедуру исследования доказательств, исследования доводов, как говорится, прийти к взвешенному, объективному, обоснованному решению. Естественно, есть споры, которые вызываются не столько, скажем так, добросовестными недоразумениями, да, там в рамках деловой практики; они, естественно, могут вызываться в ряде случаев и недобросовестным поведением, то есть неконструктивным, как говорится, отношением сторон к исполнению заключенного договора.

Естественно, мы знаем кучу случаев, когда, так сказать, существуют стратегии затягивания споров, их, скажем так... разрушение дел в результате, может быть, действий сторон, которые оспаривают не только сам факт, как говорится, наличие договора, но и действительность арбитражной оговорки и компетенцию арбитражного суда. То есть это, в принципе, достаточно часто встречается, и лет 10 назад у меня у самого был аналогичный спор с чужим договором, с некачественно составленной арбитражной оговоркой, где вместо Арбитражного института при Торговой палате Стокгольма был указан Международный арбитражный суд города Стокгольма вот, и пришлось, конечно, тратить достаточно большой объем времени на то, чтобы на стороне истца доказать ответчику, и суду, и, как говорится, адвокатам ответчика, которые всячески сопротивлялись такого рода попыткам, доказать все-таки наличие компетенции Стокгольмского арбитражного института вот, несмотря на некачественно составленный договор.

Случаи бывают абсолютно разные, но я лично выступаю за добросовестность сторон и в деловом обороте, и в рамках международного арбитража, поэтому все-таки выступаю за ускоренный арбитраж. То есть время — деньги, стороны хотят получить результат. Тот, кто не хочет получить результат, — он либо недобросовестен, либо у него есть какие-то другие мотивы, негативные, вот, и с этим тоже в принципе нужно что-то делать. Поэтому я за ускоренный арбитраж.

Д.Л. Давыденко: Спасибо, Илья. Может быть, у кого-то еще есть вопросы, да? Александр, Вас не слышно.

А.А. Костин: Да нет, у меня вопросов нету. Хотя здесь, например, возникает интересный вопрос: а если, предположим... кстати, очень интересный вопрос в плане, как, например, соотносится арбитражное разбирательство в Стокгольме и [ситуация],

предположим, если суд, российский суд, признал данную арбитражную оговорку неисполнимой и, предположим, началось судебное разбирательство в России?

Вот здесь интересный вопрос: насколько в принципе... это мысли вслух даже скорее, [а] не вопрос, как, например, предположим, если идет разбирательство в государственном суде в связи с тем, что... особенно в рамках ЕС, в связи с тем, что арбитражное соглашение признано неисполнимым или... и, например, параллельно идет в Стокгольме спор в связи с тем, что арбитраж признал компетенцию? Мысли вслух.

Д.Л. Давыденко: Да, тут возможны действительно различные противоречия, скажем, да, и спорные, что ли, ну решения, которые трудно привести в исполнение. Ну а тоже как вот, на ваш взгляд, пожалуй, ко всем, вот...

Д.В. Микшис: Дмитрий Леонидович, реплику позвольте?

Д.Л. Давыденко: Да-да, конечно.

Д.В. Микшис: Звук немного запаздывает. Можно, да?

Д.Л. Давыденко: Да-да.

Д.В. Микшис: Вот. Да. Мне понравилось то, что Илья Сергеевич сказал, что логичным решением... будущее в России, но я бы хотел подчеркнуть, что это не будущее, а уже настоящее, что все российские арбитражные институты на сегодня имеют и применяют ускоренную арбитражную процедуру, кто-то в рамках имеющихся регламентов, кто-то в рамках дополнительных настроек вот.

За коллег говорить не буду, из МКАС или Российского арбитражного центра, но могу сказать ответственно, что в Арбитражном центре при РСПП $^{3}/_{4}$ споров было рассмотрено именно с применением, проведением заседаний онлайн по видеоконференцсвязи. И, наверное, в 90% случаев мы получали заявления об арбитраже в электронном виде, по электронной почте либо через сайт. То есть на сегодня это скорее уже настоящее, чем будущее. И вопрос уже в совершенствовании этих процедур, что, в общем, не может не радовать.

Д.Л. Давыденко: Замечательно, да. Для полноты картины скажу, что такой у меня был опыт: когда я был ответственным секретарем Морской арбитражной комиссии при ТПП России, то там процедура была по ускоренному арбитражу, процедура ускоренная, в силу небольшого размера иска. Но в ходе разбирательства стороны не только попросили слушание, но и, что интересно, обе стороны подали ходатайства о переходе в обычный арбитраж, то есть они захотели еще один раунд представления позиций, не успели, так сказать, хотели подробнее представить. Любопытно, да, что такие случаи тоже бывают, да.

Д.В. Микшис: Это к вопросу, Дмитрий Леонидович, о гибкости арбитража. Тут опять же обзорно, вот широким мазком, можно сказать, что все регламенты арбитражных институтов, которые попадались, скажем, вот в поле зрения, они все содержат гибкую процедуру перехода от ускоренного арбитража и обратно. Там разница только в деталях, что-то где-то по умолчанию это происходит, скажем, выбор ускоренного арбитража, где-то на входе нужно прямое соглашение сторон.

В остальном это как раз очень хорошо настраивается, то есть сначала соглашением сторон, а, во-вторых, дискрецией состава арбитража. И практика показывает, что это работает. Вот, собственно, ваш пример по Морской арбитражной комиссии, по-моему, отличная иллюстрация.

Д.Л. Давыденко: Да. Меня тоже привлекает процедура ускоренного арбитража, что не нужно растягивать ее на месяцы, а то и... или там на следующий год, что все, так сказать, компактно, да. Интересен вопрос: уместно... правомерно... уместно ли уменьшать, скажем так, гонорар арбитра, если процедура ускоренная? В какой-то степени арбитру даже сложнее, да, то есть он должен отложить все дела и оперативно разрешить спор, все написать, то есть сделать быстро. Как, на ваш взгляд, по этому поводу?

И.С. Александров: Это вопрос ко мне?

Д.Л. Давыденко: Ну так, к Илье, к Денису, да.

И.С. Александров: Да, ну я могу сказать, что в принципе объем работы не всегда зависит от выбора регламента, поскольку существо спора есть существо спора, спор есть спор, документы есть документы, да. То есть их нужно изучать, стороны нужно иметь возможность выслушать, изучить их доводы в исковом заявлении, в отзывах, в возражениях и прочих документах вот. То есть, скажем так, я как раз таки считаю, что качественная работа юриста должна качественно и должным образом быть всегда оплачена. То есть от выбора регламента напрямую размер гонорара арбитра зависеть не должен, на мой взгляд.

Я считаю, что объем гонорара — это вообще такая очень, ну скажем так, философская категория в некоторой степени, поскольку у нас есть коллеги, которые привыкли к одному уровню гонорара в своей практике, есть коллеги, которые работают на другом немножко, скажем так, уровне вот.

Но если мы говорим именно о международном коммерческом арбитраже, да, о международном арбитраже, там сформировался определенный, ну скажем так, «ценник» так, ну мы будем прямо говорить, да, то есть коммерческие условия, на основе которых работают арбитры, то есть их гонорары вот, они, естественно, отличаются от региона к региону, но вот ставить в зависимость размер выплат арбитру от продолжительности спора я бы, честно говоря, не стал. Тем более что интенсивная работа одного арбитра в течение одной недели над каким-то отдельным спором, она может гораздо больше дать результатов, нежели такая постепенная, плавная, фрагментарная работа в течение там полугода или года, когда, как говорится, говоря простым языком, по чайной ложке представляются документы, там все в расслабленном состоянии, вежливо общаясь друг с другом, превращают жизнь доверителей в такой корпоративный арбитражный ад. То есть, естественно, это не должно происходить. Спасибо.

Д.Л. Давыденко: Спасибо. Тема исключительно интересная. Ну, если Вы не возражаете, будем двигаться дальше все же и... Или у Дениса есть какая-то реплика?

Д.В. Микшис: Очень кратко, чтобы не повторяться. Как практикующий арбитр, могу сказать, что, с одной стороны, мне приятно предложение Дмитрия Леонидовича, что не должно быть существенного снижения гонорара арбитра при ускоренном арбитраже, но, с другой стороны, не буду лукавить, большинство процессов, происходящих в порядке ускоренного арбитража, они все-таки предусматривают меньший объем процессуальных позиций сторон, и, в принципе, имеется небольшая корреляция, что ускоренный арбитраж... все-таки меньше мотивировочной части решения писать и описывать определенных вещей.

Поэтому я бы сказал, что не слишком эта разница должна быть, наверное, ощутимой для арбитра, но она может быть. Тем более, надо принять во внимание, что арбитражные институты, они так стимулируют стороны к применению ускоренного арбитража и решают свои задачи. То есть, в общем, некий разумный баланс должен быть.

Д.Л. Давыденко: Да, спасибо. Здорово. Ну что ж, в таком случае переходим к следующей интересной теме. Маренков Дмитрий Валерьевич, старший юрист, *in-house* юрист, также арбитр МКАС при Торгово-промышленной палате России, член редакционного совета журнала «Коммерческий арбитраж» о праве, применимом к арбитражной оговорке, обзор актуальной судебной практики. Пожалуйста, Дмитрий Валерьевич.

Д.В. Маренков: Спасибо. Я полагал, что сейчас Александр сначала выступает.

Д.Л. Давыденко: Я, да, видимо, не туда посмотрел. Как вот, по-Вашему, кто бы сейчас хотел в таком случае, да? Можем начать с Александра Алексеевича, а потом Дмитрий Валерьевич.

Д.В. Маренков: Так в последней версии программы. Мне было бы так удобнее, если можно.

Д.Л. Давыденко: Хорошо. Александр Алексеевич, как Вам, удобно сейчас начать?

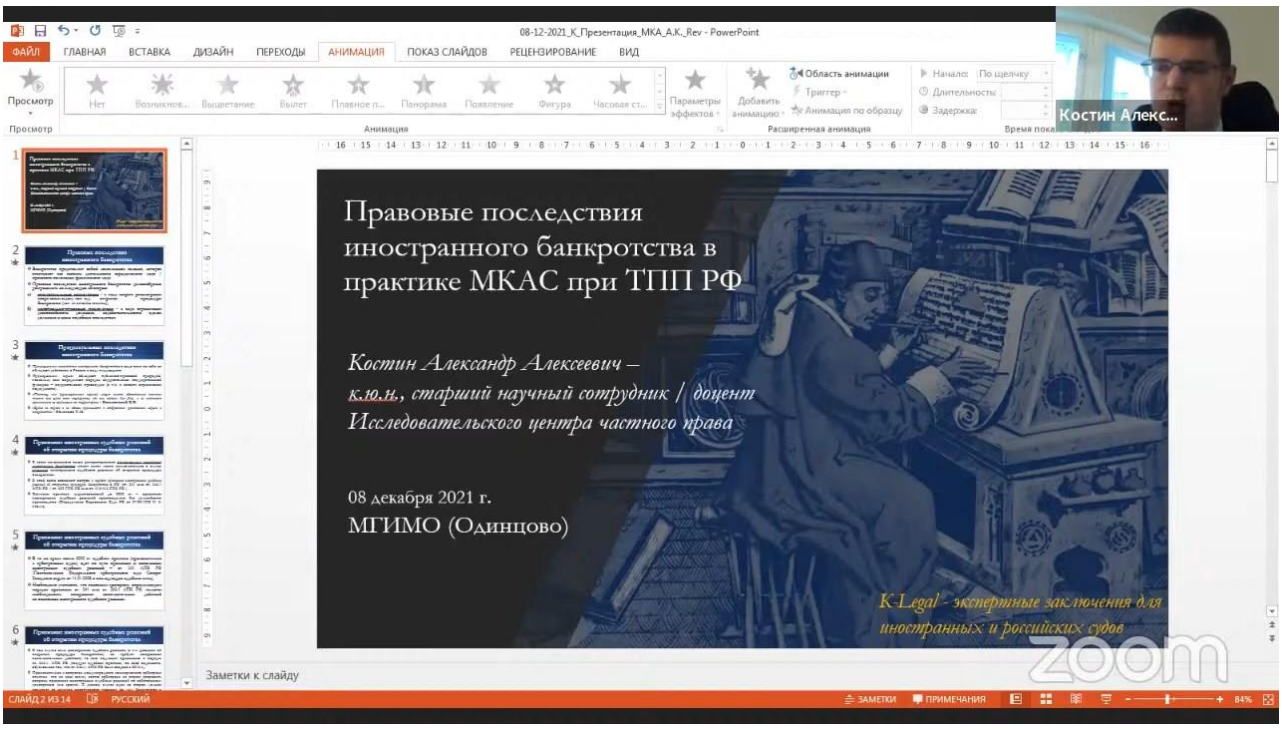
А.А. Костин: Ну не хотелось бы вступать в пререкания по поводу компетенции, подсудности, оставляю на Ваше усмотрение.

(Все смеются.)

Д.Л. Давыденко: Хорошо. Тогда Александр Алексеевич Костин, старший научный сотрудник Исследовательского центра частного права имени Сергея Сергеевича Алексеева при Президенте России, кандидат юридических наук, о правовых последствиях иностранного банкротства в практике МКАС при Торговой палате России. Пожалуйста, Александр Алексеевич.

А.А. Костин: Так, в первую очередь, значит, поскольку есть презентация, сейчас ее запускаю для просмотра и, пользуясь случаем, пока презентация загружается, хотелось бы поздравить всех коллег с прошедшим Днем юриста, а также с наступающим праздником — нет, не Рождеством и не Новым годом, — но с Днем принятия российской Конституции, то есть я считаю, что это важный день, и, мне кажется, это некоторое упущение состоит в том, что ему придается не настолько большое значение. Скажите, пожалуйста, презентация запустилась ли?

Д.Л. Давыденко: Пока нет. А есть, да, вот сейчас есть.



А.А. Костин: Запустилась. Сейчас, секунду. Тогда... Вот. Надеюсь, что технические вопросы решены. Уважаемые коллеги, значит тема моего доклада касается одной из вечных тем. Я не побоюсь этого слова, что она является одной из наиболее фундаментальных как в аспекте международного частного права, так и в аспекте банкротства. И касается тех правовых последствий, которые процедура иностранного банкротства способна породить в отношении производства в международном коммерческом арбитраже на территории России.

Сразу оговорюсь, что тема, она *mutatis mutandis*, может быть применена и к разбирательству в государственных судах. То есть, насколько, в принципе, процедура банкротства, она влияет на различные судебные в широком смысле процедуры в Российской Федерации. Значит, в первую очередь для освещения темы необходимо обратить внимание, в принципе, на те правовые последствия, которые иностранное банкротство способно породить. Поскольку банкротство представляет собой комплексную процедуру, которая охватывает собой все аспекты деятельности юридического лица, а также правовое положение физического лица, то целесообразно разграничить правовые последствия иностранного банкротства на следующие категории, то есть первое — это процессуальные последствия в виде запрета рассмотрения спора, спора иным судом, чем суд открытия процедуры банкротства.

То, что характеризуется как понятие *vis attractiva concursus*, и, соответственно, материально-правовые последствия, которые состоят, во-первых, в ограничении дееспособности должника, в недействительности сделок, заключенных должником по банкнотным основаниям, а также в иных подобных последствиях. Для текущего доклада наибольший интерес представляют именно процессуальные последствия. В чем состоят их особенности? В целом процессуальные последствия, а также в целом применение иностранного процессуального права... предполагается, что оно не может иметь место *ipso jure* в связи с тем, что процессуальные нормы обладают публично-правовой природой. Поскольку они определяют порядок осуществления правосудия в конкретном государстве, в том числе в аспекте определения подсудности.

Ну приведу пару примеров из наиболее авторитетных источников, хотя, в общем-то, подтверждений данному тезису можно найти много. В частности, в небезызвестном учебнике гражданского процесса под редакцией Васьковского указывается, что поэтому

они, процессуальные нормы, могут иметь обязательные значения только для судов того государства, где они изданы *lex fori* и не подлежат применению за пределами его территории. Также в учебнике Яблочкова, особенно что касается вопросов подсудности, специально указывается, что судья не вправе и не обязан принимать в соображение чужеземные нормы о подсудности и тем самым основывает свою некомпетентность на иностранных нормах о подсудности.

Соответственно, применительно к вопросам иностранного банкротства мы тем самым приходим к выводу о том, что если иностранное производство по делу о банкротстве, а в данном случае — это иностранный акт об открытии процедуры банкротства, не был[о] признан[о] в России, то тем самым арбитражное соглашение не может считаться недействительным само по себе и равным образом нет оснований для оставления иска без рассмотрения по статье... по части 4 статьи 148 Арбитражного процессуального кодекса. Соответственно, в этой связи возникает достаточно сложный вопрос о порядке признания иностранного судебного решения об открытии процедуры банкротства. То есть должно ли оно признаваться и исполняться, как это предусмотрено статьей 241 или 409 ГПК РФ или статьей... соответственно статьей 245^1 [АПК РФ] и статьей 413, 415 ГПК РФ.

Обращу внимание, что вопрос[ы] о подведомственности вопросов о признании иностранных судебных решений о банкротстве, они не выпадают из данной темы, скорее, склонны их относить к подведомственности арбитражных судов, но, просто чтобы не отклоняться, не буду специально акцентировать на этом внимание. И на что хотелось бы обратить внимание, что согласно практике, существовавшей до 2000-х годов, признание иностранных судебных решений об открытии процедуры банкротства производилось без дальнейшего производства, то есть об этом, в частности, говорит Определение Верховного Суда от 7 августа 1998 г., в котором без дальнейшего производства и, кстати, подчеркну, на основании Договора о правовой помощи между Россией и Эстонией 1994 г. было признано решение Таллиннского городского суда об открытии процедуры банкротства в отношении эстонской компании.

Соответственно, практика после 2000-х годов меняется, в том числе не в последнюю очередь это связано с тем, что вопросы признания и исполнения иностранных судебных решений по экономическим спорам были отнесены к подведомственности арбитражных судов, и при этом в том числе большая проблема до 2015 г. состояла в том, что АПК РФ, он отдельно не урегулировал процедуру признания иностранных судебных решений без дальнейшего производства, то есть, безусловно, существовал довольно дискуссионный вопрос: а насколько, как многие помнят, Указ Президиума Верховного Совета 1988 г. о порядке признания и исполнения иностранных судебных решений, он применим к решениям по экономическим спорам, учитывая, что во вводном Законе к АПК указывалось, что он применяется в части не противоречащей Арбитражному процессуальному кодексу.

То есть это был вопрос, и в целом арбитражные суды пошли по практике того, что иностранные судебные решения о введении процедуры банкротства подлежат именно признанию и приведению в исполнение, то есть для их наделения действием в Российской Федерации требуется определение российского суда об их признании и приведении в исполнение. Насколько данная практика является корректной в настоящее время, это определенный вопрос, поскольку ключевым критерием для разграничения порядка признания иностранных судебных решений, то есть будь то по статье 241 АПК РФ и[ли] по статье 245^1 АПК РФ, является именно необходимость совершения исполнительных действий на основании иностранного судебного решения. То есть, коль скоро не требуется совершение исполнительных действий на основании иностранного судебного решения об открытии процедуры банкротства, можно прийти к выводу о том, что скорее они подлежат признанию именно в порядке [статьи] 245^1 АПК РФ, то есть без дальнейшего производства.

Какое значение это имеет для международного коммерческого арбитража? То есть возьмем ситуацию, когда, предположим, вводится процедура банкротства в отношении ответчика по данному делу или... в иностранной юрисдикции или она уже была введена на момент разрешения спора. То есть, может ли состав арбитража *sua sponte* (по своему усмотрению) признать и привести... я оговорился, признать иностранное судебное решение об открытии процедуры банкротства. Полагаю все-таки, что нет, что в данном случае сторона... стороны должны по меньшей мере сослаться на наличие процедуры банкротства в иностранном суде.

И в том случае, если одна из сторон заявляет возражения против признания данного судебного решения в порядке, предусмотренном частью 3 статьи 245^1 АПК РФ, вопрос о признании данным[го] иностранным[ого] судебного решения должен быть передан на рассмотрение в государственный арбитражный суд. Это что касается вопросов доктрины и вопросов того, насколько в целом производство по делу о банкротстве в иностранном суде влияет на разбирательство в... и должно влиять на разбирательство в международном коммерческом арбитраже в России. Каким образом данный вопрос разрешается на практике?

Ну в первую очередь хотелось бы обратить внимание на решение МКАС при ТПП РФ от 9 января 2019 г. по делу № М-58/2018, в котором в том числе была введена процедура банкротства в отношении германского ООО, *Gemeinde [Gesellschaft] mit beschränkter Haftung*, в отношении которого в МКАС при ТПП РФ был предъявлен иск о взыскании задолженности по договору поставки. То есть был установлен факт наличия банкротства, и при этом отдельно германский управляющий ссылался на то, что на запрет подачи исков к ответчику вне рамок процедуры банкротства, в том числе согласно статье 38 Закона ФРГ «О банкротстве». Тем более, коллеги говорят, конечно, о положении о банкротстве. Соответственно, в первую очередь состав арбитров указал, что к арбитражному соглашению подлежит применению российское право, при этом отдельно состав арбитров также отметил, что в данном случае возникает вопрос о процессуальной правоспособности ответчика, который, по его мнению, подлежит регулированию правом ФРГ. Ну вопросы корректности рассмотрим чуть позднее, чтобы...

При этом, ну ссылаясь на то, ссылаясь на то, что процессуальная правоспособность подлежит регулированию правом ФРГ, состав арбитров изучил закон «О банкротстве» ФРГ, и, по его мнению, в данном случае пришел к выводу о том, что арбитражная оговорка утрачивает силу при возбуждении процедуры банкротства, нет... сама по себе не утрачивает силу при возбуждении процедуры банкротства в отношении одной из сторон процедуры, и тем самым нашел возможность вынести решение по существу. Это что касается случаев. Причем самое интересное, что в данном случае российский истец вступил в процедуру банкротства в ФРГ. Однако это не остановило состав арбитров от вынесения решения.

Соответственно, также имело место вынесение в развитие позиции постановления МКАС при ТПП РФ от 4 февраля 2020 г. по делу М-83/2019. Соответственно, в рассматриваемом деле российское ООО обратилось с иском к компании, учрежденной по праву Нидерландов, соответственно, опять-таки в данном случае поступило письмо от конкурсного управляющего ответчика о введении процедуры банкротства, и опять-таки конкурсный управляющий сослался на положения законодательства Нидерландов, которые, по мнению конкурсного управляющего, исключали возможность рассмотрения спора вне рамок процедуры банкротства в Нидерландах.

Соответственно, также конкурсный управляющий ходатайствовал о приостановлении разбирательства в том случае, если состав арбитража откажется его приостановить до момента завершения включения в реестр требований кредиторов. Соответственно, в чем состояла особенность данного дела? То есть в данном случае состав арбитража обратил внимание на то, что истец уже включился в реестр требований кредиторов ответчика, при этом данное заявление не было им отозвано, и при этом, как

было выяснено в ходе разбирательства, в общем-то, истец и не собирался его отзывать. И в данном случае состав арбитража пришел к выводу о том, что истец выбрал определенную процедуру предъявления требований к ответчику, и тем самым арбитражное разбирательство по настоящему делу стало невозможно.

То есть в данном случае разбирательство было прекращено без вынесения решения на основании абзаца 4 пункта 2 статьи 32 Закона «О международном коммерческом арбитраже», а также корреспондирующих правил арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ.

С учетом выявленной судебной практики, а также с учетом позиций доктрины на что хотелось бы обратить внимание. В первую очередь, что иностранное законодательство о банкротстве в части ограничения полномочий национального суда, арбитража в данном случае, оно носит публично-правовой характер. То есть полагаю, что состав арбитража не должен учитывать того обстоятельства, что... то есть по общему правилу введение процедуры банкротства в отношении иностранного ответчика само по себе не должно служить препятствием для ограничения права российской стороны на иск и тем самым для прекращения производства по делу без вынесения решения на основании статьи 32 Закона об арбитраже.

Это первое. Именно в силу того, что процессуальные нормы, то есть положения процессуального законодательства об ограничении права на иск, они сами по себе действием в России не обладают. То есть, конечно, более сложный вопрос состоит в том, а насколько состав арбитража должен учитывать то обстоятельство, что истец уже включился в процедуру банкротства в иностранном суде? То есть, как представляется, то есть является ли обязанностью состава арбитража здесь прекратить разбирательство по иску без вынесения решений?

Все-таки думается, что это не является обязанностью состава арбитража, но является именно его дискреционным полномочием, то есть состав арбитража, как... исходя из общих положений регламента, из общих положений правил арбитража, исходя из общих положений о недопустимости злоупотребления правом, вправе, но не обязан в данном случае прекратить разбирательство по делу без вынесения решения.

То есть данный вопрос сугубо остается в каждом конкретном случае на усмотрение состава арбитража без, соответственно, вменения ему в обязанность в каждом случае прекратить разбирательство по делу. Опять-таки это не касается, я подчеркну, что изложенное выше не касается случаев, когда иностранное судебное решение было признано в России. То есть, если мы признаем иностранное судебное решение, то получается, что мы признаем его действие у нас в нашем правопорядке.

В таком случае мы применяем те же самые правовые последствия, как и в случае введения процедуры банкротства, когда российский истец подает, обращается с иском к российскому ответчику.

И, завершая выступление, хотелось бы опять-таки подчеркнуть, что ни в коем случае на российскую сторону не может быть возложена обязанность по включению в реестр иностранного должника. То есть всегда у российского... то есть в случае введения процедуры банкротства у российской стороны всегда должна быть возможность обращения в российский арбитраж, и при этом... и в том случае, если, тем более, российская сторона не включилась в реестр требований иностранного ответчика, то данная возможность на иск, данное право на суд, она может и должна быть российской стороной не реализована. Так что благодарю за внимание.

Д.Л. Давыденко: Большое спасибо, Александр Алексеевич. Действительно, тема непростая. Вообще, тема соотношения банкротства, по крайней мере вот банкротства ответчика, и арбитраж[а], да, это нередко как головоломка, да?

Здесь есть сугубо такие консервативные подходы, что чуть какая-то процедура банкротства начинается, то забыть про арбитраж, есть другой подход, да, о том, что, как

правило, не препятствует, если иск подан в арбитраж, например, раньше, чем началась процедура банкротства, по крайней мере российская, да. А тут вы исследуете ситуацию, когда иностранное банкротство, что усложняет, да, вопрос.

Насколько, на Ваш взгляд, здесь вот актуален анализ со стороны арбитров такого аспекта, как вот *lex personalis*, который применяется к ответчику, его статус вот в качестве там компании с ограниченной дееспособностью, может быть, в том числе процессуальной, да, то есть вот с такой точки зрения. В одном из решений МКАС, на которые Вы сослались, вроде бы арбитры именно так и проанализировали этот вопрос, да, кажется? С точки зрения права, применимого к ответчику, его статусу.

А.А. Костин: Смотрите, хотелось бы здесь на что обратить внимание. То есть, безусловно, вопрос, он требует детального анализа, в том числе в аспекте того, что, потому что у нас есть интересная норма применительно к личному закону юридического лица, которая в том числе говорит про неспособность лица отвечать по своим обязательствам. То есть вопрос, что имел [в виду] в данном случае законодатель, — это большой вопрос.

Но все-таки, развивая мысль, мне бы хотелось высказать очень осторожно несогласие с позицией коллег, и вот по какой... с позицией уважаемых арбитров, и вот по какой причине: что все-таки, если мы... по крайней мере, как бы я интерпретировал статью 1202 Гражданского кодекса России, соответственно корреспондирующую положению о процессуальной дееспособности, поскольку материальная дееспособность является предпосылкой наличия процессуальной дееспособности, что все-таки, когда мы говорим о коллизионном регулировании, все-таки мы говорим о применении иностранного материального права, то есть как в свое время высказался Высший Арбитражный Суд в решении, в Определении, если необходимо, я ссылку готов сбросить, что...

Ну и собственно говоря, эта позиция раньше высказывалась Лазарем Адольфовичем Лунцем и Натальей Ивановной Марышевой, о том, что российский суд применяет иностранное... не применяет иностранное право, поскольку оно является процессуальным по своей природе. То есть в принципе коллизионное регулирование, оно касается применения иностранного материального права, то есть в аспекте процессуального права коллизия юрисдикций, она в целом не возникает, то есть по крайней мере с точки зрения того, что если мы исходим из того, что процессуальное законодательство, а в данном аспекте законодательство о банкротстве, то есть оно носит именно в контексте ограничения полномочий, в контексте ограничения компетенций суда, оно носит процессуальный характер, поскольку ограничивается компетенция других судов, то мы должны признать это процессуальной нормой, а процессуальные нормы, они носят публично-правовой характер, следовательно, мы их применить не можем.

Я бы сказал, что в аспекте статьи 1202... то есть нельзя ее рассматривать как основание для применения иностранных норм процессуального права. И, более того, в аспекте правоспособности на что хотелось бы обратить внимание, что все-таки с момента введения процедуры банкротства, само по себе... сама по себе не... то есть дееспособность ограничивается, но правоспособность, она не утрачивается, то есть лицо продолжает быть правоспособным, то есть оно остается, оно все равно остается субъектом права.

И в данном аспекте, ну, на мой взгляд, анализ все-таки, как мне кажется, анализ здесь положений, то есть отсылка к процессуальной правоспособности и основанный на ней анализ Закона «О банкротстве» все-таки в данном деле был излишним. То есть, как мне кажется, было бы более, чуть более правильно ограничиться... ну я опять-таки, если исходить из природы процессуальных норм, что все-таки вопрос касается именно...

То есть именно достаточно было ограничиться ссылкой на то, что арбитражное соглашение регулируется российским правом и, собственно говоря, дальше перейти к рассмотрению по существу. Но в любом случае, безусловно, вопрос, он сложный, и все-таки в любом случае анализ, в данном случае дело было... то есть в данном случае

обращение к германскому правопорядку, оно в целом было то, что называется *obiter dictum*, то есть без влияния на сам факт, ну на тот вывод, к которому пришли арбитры.

Д.Л. Давыденко: Да, спасибо. Может быть, у кого-то есть комментарии или вопросы по этому поводу, по поводу выступления? Если сейчас вопросов нету, в таком случае, да, большое спасибо, Александр...

А, вопрос есть от Дениса. Давайте я его озвучу. Имеется ли у состава арбитража возможность вынести отдельные решения в части требований, не затронутых банкротством, например, в отношении солидарных ответчиков?

А.А. Костин: Ну в первую очередь вопрос, конечно, он, что называется «от знатоков телезрителям», что в первую очередь здесь нужно понимать, какая солидарность, то есть солидарность в силу закона или солидарность в силу договора. То есть, насколько, в принципе, вопрос о солидарности может возникнуть в международном коммерческом арбитраже.

То есть имеется ли это в виду, когда предположим, это, на мой взгляд, редкая ситуация, когда предположим идет спор по кредитному договору и тем самым есть возможность консолидировать... есть согласие всех сторон, чтобы одновременно рассматривался спор к поручителю, то есть когда все стороны выразили согласие, чтобы потом в арбитраже были рассмотрены оба. То есть так в таком случае поступить.

Д.В. Микшис: Да, речь о договорных концессионных обязательствах как раз.

А.А. Костин: Все-таки, и причем, самое главное, что вопрос... здесь же еще осложняется ситуация, когда предположим, поручитель у нас, а компания кипрская, то есть нельзя... ну стандартная схема, то есть, когда кредит выдан на кипрское лицо, а при этом банкротство, то есть, предположим, видна процедура ликвидации в отношении кипрского лица, который[ая] ну недобровольный[ая], который[ая] ну аналогично[а], и, предположим, решение было признано, вопрос... понимаете, я бы на самом деле здесь, вопрос, конечно, к организации процесса, то есть, насколько... в первом постановлении о компетенции, в первом процессуальном приказе как было бы правильно разграничить производства и насколько они здесь отделимы, опять-таки с учетом... то есть, насколько они отделимы: производство по поручительству и производство по основному спору.

Ну, наверное, в принципе, с учетом того, что, сейчас опять-таки это говорю с учетом сжатого времени, наверное, все-таки такое разделение было бы возможным, но здесь сильно зависит от конкретных обстоятельств дела.

Д.Л. Давыденко: Да, спасибо большое. Тут есть, о чем подумать, вне всякого сомнения, да, конечно, затронуты вопросы такие.

А.А. Костин: Дмитрий Леонидович, маленькая ремарка и к организаторам тоже: если возникнет необходимость в презентации, соответственно, готов ей поделиться со всеми желающими или разослать ее, как *follow-up*, в рамках мероприятия.

Д.Л. Давыденко: Да. На самом деле я также приглашаю Вас, как и всех спикеров, подготовить материал на *CIS Arbitration Forum*, который выступает партнером сегодняшней конференции. Вот можно, безусловно, прислать презентацию для размещения, но с сопровождением некого комментария, да, то есть если Вы сопроводите, это будет отлично. Вот.

Ну что ж, в таком случае теперь переходим к нашему на текущий момент последнему выступлению. Дмитрий Валерьевич Маренков «Право, применимое к арбитражной оговорке». Пожалуйста, Дмитрий Валерьевич.

Д.В. Маренков: Добрый день. Здравствуйте. Спасибо, Дмитрий. Я сейчас передаю, транслирую свой экран, скажите пожалуйста, видно?

Д.Л. Давыденко: Да-да.

Д.В. Маренков: Да, окей. Спасибо за представление. Вкратце освещу тему «Право, применимое к арбитражной оговорке» в силу того, что в последние пару лет здесь было большое количество судебной практики из разных юрисдикций, местами противоречащей друг другу, очень подробной, анализирующей разные аспекты.

Эта тема не только носит теоретический характер, хотя сегодняшнее мероприятие у нас научное на основе МГИМО, или на платформе МГИМО, но также как покажет судебная практика, которую я вкратце представлю, имеет и практическое применение. Регулярно возникают вопросы, зависящие именно от того, какое право применяется к арбитражной оговорке, к арбитражному соглашению.

Арбитражное соглашение, во-первых, важно тем, что это является основой компетенции арбитров и отражает согласие сторон на рассмотрение спора именно в арбитраже, а не в государственных судах. Во всех правовых системах, с которыми я знаком, признан принцип самостоятельности или автономности арбитражной оговорки (*concept of separability* или *autonomy of arbitration agreement*). Также общепризнано, что стороны могут договориться о применимом праве... о применимом к арбитражной оговорке праве, но, тут же я позволил себе ремарку, но никогда этого не делают.

Мне здесь будет интересен опыт коллег, которые представляют и арбитражные центры, и науку, и практикующие юристы. Я участвовал в более чем 30 арбитражах и никогда не видел арбитражную оговорку, в которой бы был урегулирован вопрос применимого к арбитражной оговорке права. Также я видел много договоров, которые не привели к арбитражному разбирательству, но также не знаю ни одного примера, буду рад услышать, если у вас иной опыт в этом, в этом плане.

При этом стандартно, обычно можно услышать совет от арбитражных центров, особенно для неопытных сторон, что лучше применять стандартную арбитражную оговорку, правда, я посмотрел и в России... стандартные, типовые арбитражные оговорки, которые предлагают и российские, и иностранные арбитражные центры, и тоже не нашел там предложений указать применимое к арбитражной оговорке право.

При этом право, применимое к арбитражной оговорке, необходимо для ответа на ряд вопросов, например, было ли заключено арбитражное соглашение, выполнены ли формальные требования, как должна толковаться арбитражная оговорка, и практическое применение, приведшее к ряду случаев на практике, охватывает ли арбитражная оговорка стороны, которые не подписывали договор, так называемые *non-signatories*.

При этом этот вопрос может возникать как в рамках арбитражного разбирательства, так и на более поздней... более позднем этапе, так называемом *postwork stage*. То есть, когда речь идет о возможной отмене арбитражного решения или признании в другой юрисдикции. Здесь я хотел бы привести пару примеров.

Здесь, например, рекомендуемое арбитражное соглашение, которое предлагает МКАС по международным спорам, мы видим, что здесь, как я уже упомянул, не предлагается урегулировать вопрос применимого к этой арбитражной оговорке права. Также у нас сегодня присутствует представитель Арбитражного центра при РСПП, будет интересен Ваш комментарий.

Здесь, я вижу, предлагается урегулировать нормы материального права, которые, однако... но не права, применимого к арбитражной оговорке. Такая же ситуация с рекомендованной арбитражной оговоркой Российского арбитражного центра, в том числе в рамках возможных дополнений к этой оговорке. В качестве примера иностранных арбитражных центров я посмотрел на арбитражную оговорку Арбитражного института

Торговой палаты Стокгольма: также рекомендуется урегулировать нормы материального права, но не права, применимого к оговорке.

В прошлом году мы проводили в Германии опрос среди пользователей международного арбитража. Здесь присутствовали и, так сказать, юристы-арбитражники, литигаторы, процессуальные юристы, но также и корпоративные юристы, то есть юристы компаний, более 100 человек. Не знаю, насколько репрезентативным может считаться подобный опрос, но вот он показал следующие ответы. Мы видим, что право, применимое к арбитражной оговорке, заняло последнее место, пятое. Тем не менее меня удивил довольно все-таки высокий процент, почти 40 %, людей, которые осознают важность этого аспекта и готовы обращать на это внимание.

Здесь позволю себе комментарий, что, на мой взгляд, например, «место арбитража» я бы лично поставил выше, чем «арбитражный центр». От «места арбитража», как мы увидим далее, в судебной практике, в том числе и в контексте сегодняшней темы, довольно много чего зависит. На данный момент не сформировалось единого подхода в мире к вопросу определения права, которое применят... применимо к арбитражной оговорке. Здесь в основном распространен принцип права места арбитража, здесь можно аргументировать статьей 5, абзац 1, пункт А, среди причин отказа «соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания, по закону страны, где решение было вынесено», то есть места арбитража. Например, в шотландском Законе об арбитраже также идет прямое указание на то, что если место арбитража в Шотландии, то и шотландское право регулирует вопрос, применяется к арбитражной оговорке. Похожее положение я нашел в Регламенте Лондонского международного третейского суда (LCIA), где тоже упор делается на место арбитража.

В то же время существует довольно обширная судебная практика из разных стран, которая распространяет выбор права в отношении основного договора, в котором содержится арбитражная оговорка, также и на саму арбитражную оговорку.

Здесь в качестве противоаргумента [контраргумента] можно задаться вопросом: а как же дело... как же это сочетается с принципом самостоятельности, то есть автономности арбитражной оговорки? Наиболее благоприятное отношение к арбитражным оговоркам (arbitration friendly) можно наблюдать, например, в праве Швейцарии или Испании: здесь сразу несколько масштабов применяется.

Как указано в швейцарском Законе о международном частном праве арбитражное соглашение действительно по существу, если оно отвечает требованиям права, избранного сторонами, либо права, применимого к спорному правоотношению, в частности права, применимого к основному договору, либо швейцарскому праву. То есть здесь делаются максимальные усилия для того, чтобы объявить арбитражную оговорку действительной. Во Франции и в странах, на правовые системы которых повлияло французское право, например странах организации OHADA, речь идет о 17 африканских государствах, применяют еще несколько другой подход, в частности анациональный подход, когда во главе угла стоит... стоят совместные намерения сторон, при этом не применяется какое-либо национальное право, принимаются во внимание лишь императивные нормы и международный публичный порядок.

Хотел бы показать вам эту карту, я не сам ее составил, а позаимствовал из публикации, подробной, вышедшей в индийском журнале арбитражного права в этом году, профессор *Scherer* из Лондона и юрист *Ole Jensen* из фирмы *WilmerHale.* Здесь становится понятно, что все эти четыре подхода сосуществуют и какой-то тенденции к унификации на данный момент особо наблюдать нельзя, что называется, нужно дальше смотреть за развитием международной судебной практики. Напомню вам, что в Постановлении Пленума Верховного Суда от декабря 19-го года был прояснен вопрос, как к этому комплексу вопросов относится российское право. До этого констатировалось, что отсутствует единая позиция российских судов.

Однако в пункте 27 Пленума было четко указано, что при отсутствии выбора сторонами права, применимого к арбитражному соглашению, оно подчинено праву страны, в котором вынесено или должно быть вынесено арбитражное решение в соответствии с арбитражным соглашением. То есть здесь идет указание на уже упомянутую статью 5 Нью-Йоркской конвенции. Таким образом, ключевым фактором здесь является место арбитража (place of arbitration). Приведу несколько судебных решений.

Начну с немецкого решения, дабы оно касалось решения МКАС при Торгово-промышленной палате РФ. Речь шла об успешном признании решения МКАС на территории Германии. Немецкий ответчик ссылался на недействительность арбитражной оговорки, и это не было ключевым аспектом, но тем не менее немецкий суд упомянул, что в отсутствие... что вопрос недействительности или утверждаемая недействительность арбитражного соглашения должны рассматриваться по праву места арбитража, в данном случае Москва, то есть российское право.

В данном случае это бы никак не повлияло на результат дела, потому что было применимо российское материальное право, и как мы знаем, по правилам арбитража МКАС место арбитража обязательным образом находится в Москве. То есть так или иначе в результате применялось бы российское право. Также относительно свежее решение Верховного суда Австрии, где также суд пришел к выводу, что вопрос действительности арбитражного соглашения в принципе определяется правом места арбитража, если стороны не договорились об ином.

При этом такой выбор может быть как прямо выраженным, также и конклюдентным. И для конклюдентного выбора права достаточно того, что стороны выбрали применимое право в отношении всего договора. Таким образом, оговорка о применимом праве в отношении договора также распространяется и на содержащуюся в нем арбитражную оговорку. Широко обсуждаются два решения Верховного суда Соединенного Королевства.

В одном из них даже есть прямой российский контекст. Дело касалось ремонта, модернизации электростанций в Красноярском крае. Договор был составлен на двух языках, при этом превалирующей версией была именно русская версия. В договоре содержалась оговорка в пользу Международной торговой палаты (ICC) с местом арбитража в Лондоне. После того как российский страховщик выплатил компенсацию довольно в крупном размере, более 400 млн долл., он захотел... он обратился в суд к подрядчикам, в том числе турецкой строительной компании *ENKA*, обратился в Арбитражный суд города Москвы, а ответчик, *ENKA*, обратился в английский суд с заявлением о выдаче так называемой *anti-suit injunction*, то есть запрета заявлять требования в российских судах. Здесь ключевым вопросом был [следующий]: какое право применяется к арбитражной оговорке, если право, применимое, секунду, если право применимое к договору, не совпадает с правом места арбитража? Довольно обширное решение, более 100 страниц, вы видите, большинством голосов — три голоса против двух — что называется, здесь анализировать и анализировать, и, в принципе, это решение хорошо годится для научных трудов.

Вкратце только скажу результат, к которому Верховный суд Соединенного Королевства пришел: к арбитражной оговорке применяется право, которое выбрали стороны, при отсутствии такого выбора — право, с которым наиболее тесно связана арбитражная оговорка, так называемое *most closely connected*. В случае отсутствия иного выбора будет применяться, как правило, право договора, то есть выбор права касательно договора распространяется и на арбитражную оговорку. Однако в данном случае сам договор не содержал оговорку о применимом праве (*no choice of law clause*), и, таким образом, наиболее тесная связь состоит с правом выбранного места арбитража: Лондон — значит, английское право.

Буквально месяц назад вышло еще другое, также привлекшее широкое внимание решение, которое касалось спора между ливанской и кувейтской кампаниями.

Здесь речь шла о том, насколько материнская компания ответчика, которая не подписывала первоначальный договор, может считаться стороной арбитражного соглашения. Арбитражное разбирательство проходило по правилам Международной торговой палаты в Париже, при этом решение было вынесено против этой материнской компании. И здесь интересно как раз отражены разные подходы в этом случае к этому вопросу, дабы в Великобритании и во Франции на данный момент существуют противоречащие другие друг другу решения.

В частности, Верховный суд Соединенного Королевства пришел к выводу о применении английского права: выбор сторонами английского права как применимого к существу спора распространяется и на арбитражное решение. Поскольку по английскому праву материнская компания не могла быть стороной арбитражного соглашения, то в признании этого решения на территории Соединенного Королевства было отказано. В то же время в параллельно происходящем разбирательстве в государственных судах Франции о возможной отмене в[требование об] отмене арбитражного решения было отклонено, так как по подходу французских судов здесь ключевую роль должно было играть право Франции, по которому ответчик мог быть или был стороной арбитражного соглашения. Таким образом, в отмене арбитражного решения, вынесенного в Париже, на данный момент отказано, правда, дело будет еще рассмотрено в кассационной инстанции, то есть в Верховном суде Франции.

При этом французский суд упомянул, что он не обязан учитывать английскую судебную практику касательно признания данного арбитражного решения на территории Англии. Подходя к концу из-за времени, я хотел бы также упомянуть коротко решение Верховного суда, Верховного федерального суда Германии, в котором также указан принцип места арбитража согласно статье 5 Нью-Йоркской конвенции, а также упоминается, что Венская конвенция (CISG), то есть Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров, может применяться к вопросу заключения арбитражной оговорки.

Таким образом, позволю себе сделать следующие выводы. Несмотря на гармонизацию права в сфере международного арбитража, который происходит при помощи Нью-Йоркской конвенции, а также Типового закона ЮНСИТРАЛ, по-прежнему не существует единого подхода к вопросу права, применимого к арбитражной оговорке, во многих случаях складывается впечатление, что результат конкретных судебных решений зависит от конкретных обстоятельств, что называется на юридическом жаргоне *it depends*. Многочисленные судебные решения последних лет показывают, что это не сугубо теоретический аспект, а регулярно занимает судебные... суды и также непосредственно влияет на исход арбитражных решений и их исполнение.

Я бы сказал, что это, пожалуй, один из наиболее широко обсуждаемых вопросов на данный момент и заслуживает более тщательного изучения в науке, в том числе на русском языке не так много материалов, на мой взгляд, на эту тему можно найти, а на практике практикующим юристам следует проанализировать эту обширную судебную практику и относиться... то есть и разработать продуманный подход при оформлении арбитражных оговорок, что касается [а именно:] задаться вопросом, стоит ли в арбитражных оговорках прописывать применимое к этим арбитражным оговоркам право, а также более тщательно выбирать место арбитража в этой связи. Спасибо.

Д.Л. Давыденко: Большое спасибо, Дмитрий Валерьевич. Александр Алексеевич, у вас вопрос?

А.А. Костин: Комментарий, комментарий, кстати, который имеет отношение к интересному делу. По-моему, Дмитрий Леонидович, Вы в нем принимали участие. Это

дело, значит, рассматривалось, по-моему, значит, [в] стокгольмский[ом] арбитраж[е], это иск *Nordea IBAN* к московскому гольф-клубу и, соответственно, вопрос об отмене данного решения Верховного суда Швеции, где в том числе ответчик ссылался на то, что поскольку договор был заключен в 89-м году, то что договор является недействительным по причине, и арбитражная оговорка, в том числе по причине нарушения советского валютного законодательства, которое еще действовало на момент 89-го года. То есть это к вопросу о том, как соотносится право, применимое к основному договору, и право, применимое к арбитражному соглашению.

И здесь опять мы сталкиваемся с дихотомией между нормами материального права и процессуального, потому что все-таки арбитражное соглашение — это в первую очередь процессуальный договор, то есть с определенными незначительными процессуальными... материальными элементами. И, конечно, здесь все-таки приоритет должен быть именно у права страны арбитража, а не у права, применимого к договору.

Д.Л. Давыденко: Да, я тоже так думаю, тем более, в свете Нью-Йоркской конвенции, да. Но аспекты, которые раскрыл сегодня Дмитрий Валерьевич, — это, конечно, замечательная пища для новых, так сказать, размышлений и научных исследований. Действительно, это прямо-таки одно за другим, да, суды разных юрисдикций, причем весьма значимых, решают эти вопросы, да.

Оказывается, от этого зависит, можно ли привлечь сторону, лицо, которое вообще не подписывало арбитражное соглашение. Это вообще отдельная тема, да и тенденция, как бы попытка привлекать такие стороны, нередко весьма оправданная. Так что да, большое спасибо, Дмитрий Валерьевич.

Д.В. Микшис: Можно тоже две ремарки?

Д.Л. Давыденко: Пожалуйста.

Д.В. Микшис: Да. Я поддерживаю актуальность этой темы, учитывая выявленную разность подходов судов. Первая ремарка в отношении подхода судов системы общего права, она вообще имеет под собой давнюю традицию. У сэра Эдварда Коука, верховного судьи, в XVII в. было решение, там тоже затрагивался вопрос арбитражной оговорки, и он указал, что поскольку договор связан с английской землей плотнее, чем с Гамбургом, в котором рассматривался спор, «будем считать, что Гамбург находится в Англии».

Я вот до сих пор, честно говоря, периодически вспоминаю это как пример именно такого ну достаточно серьезного вмешательства британских судов в волю сторон. А второй момент, это, поскольку был задан вопрос:

«Встречалась ли в практике арбитражных институтов ссылка на право, применимое к арбитражной оговорке?» — прокомментирую, что пока не попадалось таких арбитражных соглашений, не встречалось. Были только соглашения, которые определяли право, применимое к арбитражу. Но это, в общем, другое совершенно.

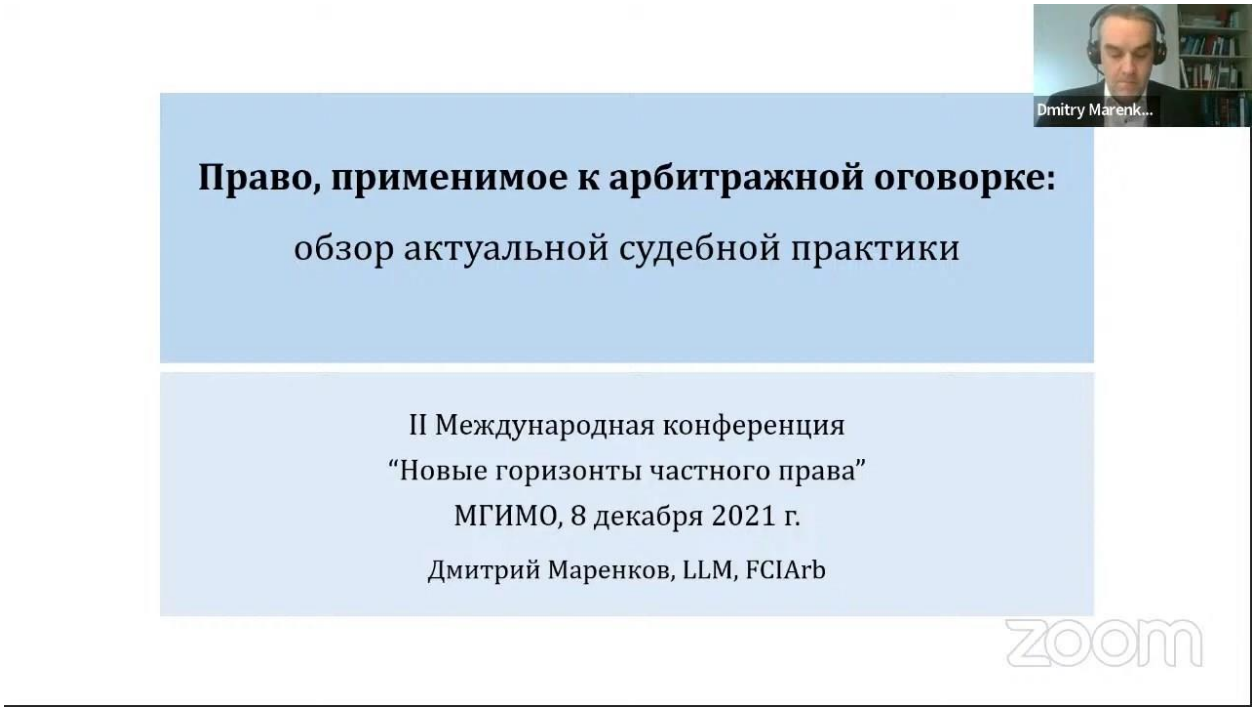
Д.Л. Давыденко: Ну что ж, да, возможно, к этому еще будут такие дела, еще зайдет речь о привлечении неподписантов, да. Так что, да, будем думать, что все, так сказать, что все это впереди. Мы сегодня действительно про новые горизонты, да, наша... предмет наших дискуссий вот. Я благодарю всех участников.

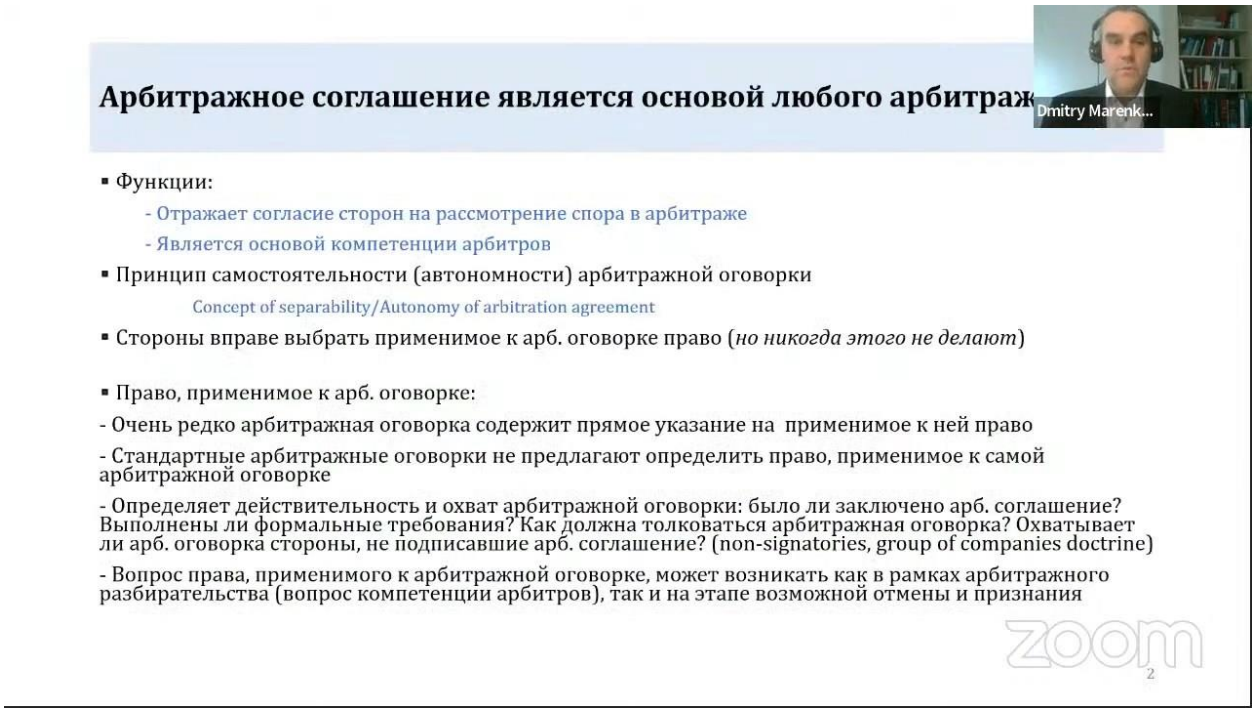
На мой взгляд, это было исключительно содержательно и интересно вот, к сожалению, да, с ограничением во времени. Сейчас я предлагаю всем, у кого есть желание и возможность, подключаться в 14:30 к следующей части «Инвестиционный арбитраж» вот и в 16 часов к следующей — это «Альтернативные способы урегулирования споров». Сейчас же я должен, так сказать, объявить перерыв и снова благодарю всех, кто участвовал, и до новых встреч. До связи.

Д.В. Микшис: Большое спасибо.

А.А. Костин: Спасибо большое.

Д.Л. Давыденко: Всего доброго, да. До свидания. Пока всем.





Стандартные арбитражные оговорки не предлагают определить применимое к самой арбитражной оговорке

Рекомендуемое арбитражное соглашение по международным коммерческим спорам, МКАС при ТПП РФ:

«Все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего договора или в связи с ним, в том числе касающиеся его вступления в силу, заключения, изменения, исполнения, нарушения, прекращения или действительности, подлежат рассмотрению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в соответствии с его применимыми правилами и положениями.

Арбитражное решение является для сторон окончательным.*

Исключается подача в государственный суд заявления о принятии решения об отсутствии у третейского суда компетенции в связи с вынесением третейским судом отдельного постановления о наличии компетенции как по вопросу предварительного характера*».

zoom

3

Стандартные арбитражные оговорки не предлагают определить применимое к самой арбитражной оговорке

Рекомендованная арбитражная оговорка Арбитражного центра при РСПП (для международных споров):

Все споры, разногласия, претензии и требования, возникающие из настоящего договора или прямо или косвенно связанные с ним, в том числе касающиеся его заключения, существования, толкования, расторжения, прекращения и действительности, подлежат разрешению в порядке третейского разбирательства, администрируемого Арбитражным центром при Российском союзе промышленников и предпринимателей (РСПП) в соответствии с его правилами, действующими на дату начала арбитража.

Стороны соглашаются, что документы и иные материалы в рамках арбитража могут направляться по следующим адресам электронной почты:

[наименование Стороны]: [адрес электронной почты];

[наименование Стороны]: [адрес электронной почты].

Рекомендованные дополнения к арбитражной оговорке:

Третейский суд будет состоять из [...] (трех арбитров / единоличного арбитра)

Местом арбитража будет являться [...] (Российская Федерация)

Языком арбитражного разбирательства будет [...] (русский / английский)

Настоящий договор регулируется нормами материального права [...]

Вынесенное третейским судом решение будет окончательным, обязательным для сторон и не подлежит оспариванию.

zoom

4

Стандартные арбитражные оговорки не предлагают определить применимое к самой арбитражной оговорке

Рекомендованная арбитражная оговорка Российского арбитражного центра:

Любой спор, разногласие или претензия, вытекающие из настоящего Договора и возникающие в связи с ним, в том числе связанные с его нарушением, заключением, изменением, прекращением или недействительностью, разрешаются путем арбитража, администрируемого Российским арбитражным центром при автономной некоммерческой организации «Российский институт современного арбитража» в соответствии с положениями Арбитражного регламента.

Стороны соглашаются, что для целей направления письменных заявлений, сообщений и иных письменных документов будут использоваться следующие адреса электронной почты:

[наименование Стороны]: [адрес электронной почты]

[наименование Стороны]: [адрес электронной почты]

В случае изменения указанного выше адреса электронной почты Сторона обязуется незамедлительно сообщить о таком изменении другой Стороне, а в случае, если арбитраж уже начат, также Российскому арбитражному центру при автономной некоммерческой организации «Российский институт современного арбитража». В ином случае Сторона несет все негативные последствия направления письменных заявлений, сообщений и иных письменных документов по неактуальному адресу электронной почты.

Стороны принимают на себя обязанность добровольно исполнять арбитражное решение.

5

Стандартные арбитражные оговорки не предлагают определить применимое к самой арбитражной оговорке

Рекомендованная арбитражная оговорка Российского арбитражного центра:

Возможные дополнения к рекомендованной арбитражной оговорке:

Споры разрешаются составом арбитража, состоящим из [●] арбитров [можно указать количество арбитров либо ФИО конкретных арбитров].

Местом арбитража является [●] [можно указать страну и/ или город]

Устные слушания должны проводиться по следующему адресу: [●]

Применимым к настоящему Договору правом является материальное право [●]

Языком арбитражного разбирательства является [●] язык.

Решение, вынесенное по итогам арбитража, является окончательным для сторон и отмене не подлежит.

Стороны соглашаются о применении почасовых ставок, установленных Арбитражным регламентом, для исчисления арбитражного сбора.

6

Стандартные арбитражные оговорки не предлагают определить применимое к самой арбитражной оговорке

Рекомендованная арбитражная оговорка Российского арбитражного центра:

Возможные дополнения к рекомендованной арбитражной оговорке:

Споры разрешаются составом арбитража, состоящим из [●] арбитров [можно указать количество арбитров либо ФИО конкретных арбитров].

Местом арбитража является [●] [можно указать страну и/ или город]

Устные слушания должны проводиться по следующему адресу: [●]

Применимым к настоящему Договору правом является материальное право [●]

Языком арбитражного разбирательства является [●] язык.

Решение, вынесенное по итогам арбитража, является окончательным для сторон и отмене не подлежит.

Стороны соглашаются о применении почасовых ставок, установленных Арбитражным регламентом, для исчисления арбитражного сбора.

7

Стандартные арбитражные оговорки не предлагают определить применимое к самой арбитражной оговорке

Типовая оговорка Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма (SCC):

Любой спор, разногласие или претензия, вытекающие из настоящего контракта или в связи с ним, в том числе касающиеся его нарушения, прекращения или недействительности, будут окончательно разрешены путем арбитража в соответствии с Арбитражным Регламентом Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма.

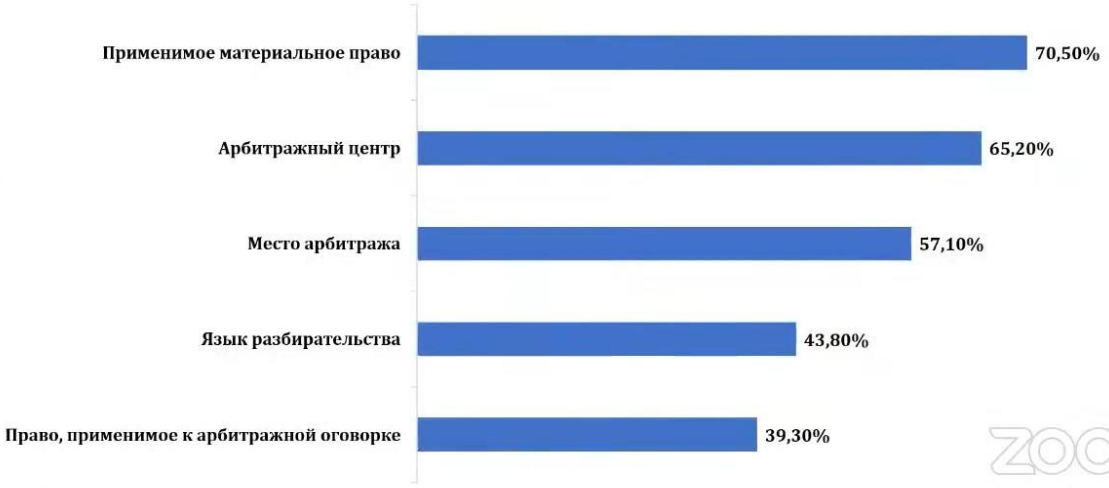
Рекомендуемые дополнения:

Состав арбитража будет состоять из трех арбитров/единоличного арбитра.
Местом проведения арбитража будет являться [...].
Языком арбитражного разбирательства будет [...].
Настоящий контракт регулируется нормами материального права [...].

8

Какие аспекты арбитражной оговорки для Вас наиболее важны?

(опрос Germany Trade & Invest, июнь 2020 г.),
www.gtai.de/schiedsgerichtsbarkeit



9

Основные подходы к определению права, применимого к арбитражной ог

Право места арбитража

- Ст. V (1)(a) «...соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания, по закону страны, где решение было вынесено» [= место арбитража]
- Section 6 Arbitration (Scotland) Act 2010: Law governing arbitration agreement: "Where (a) the parties to an arbitration agreement agree that an arbitration under that agreement is to be seated in Scotland, but (b) the arbitration agreement does not specify the law which is to govern it, then, unless the parties otherwise agree, the arbitration agreement is to be governed by Scots law."
- Art. 16(4) LCIA Rules (Регламент ЛМТС): "the law applicable to the Arbitration Agreement and the arbitration shall be the law applicable at the seat of the arbitration, unless and to the extent that the parties have agreed in writing on the application of other laws or rules of law and such agreement is not prohibited by the law applicable at the arbitral seat.

Право основного договора

- Судебная практика из Австрии, Англии и Уэльса, Германии, Индии, Канады, США
- Принцип самостоятельности (автономности) арбитражной оговорки?

В пользу действительности арбитражной оговорки (*in favorem validatis*)

- ст. 178(2) Швейцарского закона о МЧП: «Арбитражное соглашение действительно по существу, если оно отвечает требованиям права, избранного сторонами, либо права, применимого к спорному правоотношению, в частности - права, применимого к основному договору, либо швейцарского права.»
- Ст. 9(6) закона об арбитраже Испании

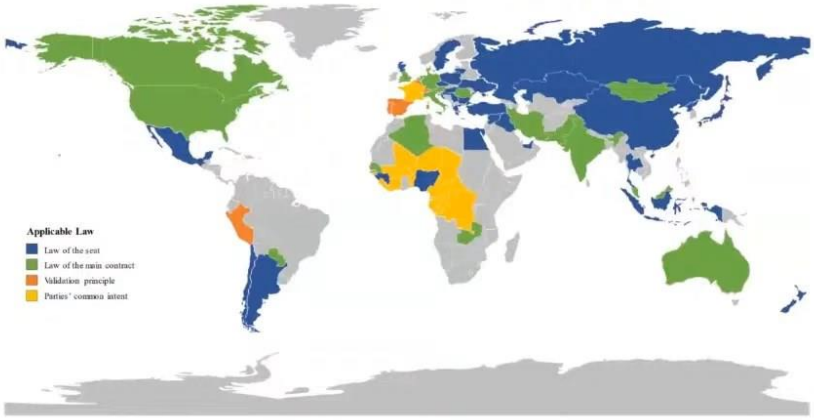
Анациональный подход

- Совместные намерения сторон, без применения национального права (соблюдение императивных норм и международного публичного порядка). Судебная практика Франции, напр. Верховный суд (Dalico), 1993
- Закон об арбитраже OHADA (17 африканских государств), Маврикий

10

Основные подходы к определению права, применимого к арбитражной ог

Annex: World Map of Approaches to the Law Governing the Arbitration Agreement



CC BY-SA 3.0 Peeperman/SharkD (remix), https://commons.wikimedia.org

Источник: M.Scherer/O.Jensen, Towards a Harmonized Theory of the Law Governing the Arbitration Agreement // Indian Journal of Arbitration Law. Volume 10, Issue 1. 2021. P. 1-16

11

Обзор актуальной судебной практики

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.12.2019 N 53

"О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража"

«27. По смыслу подпункта "а" пункта 1 статьи V Конвенции 1958 года вопросы заключенности, действительности, исполнимости и толкования арбитражного соглашения регулируются правом, применимым к арбитражному соглашению. Стороны вправе самостоятельно выбрать право, применимое к арбитражному соглашению. В силу принципа автономности арбитражного соглашения право, применимое к арбитражному соглашению, может отличаться от права, применимого к основному договору, и права, применимого к процедуре арбитража. При отсутствии выбора сторонами права, применимого к арбитражному соглашению, оно подчинено праву страны, в котором вынесено или должно быть вынесено арбитражное решение в соответствии с арбитражным соглашением.»

Ранее: отсутствие единой позиции кас. права, применимого к арб. оговорке

12

Обзор актуальной судебной практики

Высший земельный суд Франкфурта-на-Майне,

4 июня 2019 г. (№ 26 Sch 1/19)

- Признание решения МКАС при ТПП РФ
- Вопрос действительности арбитражной оговорки
- Ответчик не представил обоснования причин недействительности арбитражной оговорки в соответствии с применимым правом. В отсутствие выбора права, применимого к арбитражному соглашению, к нему **применяется право места арбитража** (Москва), т.е. российское право.

- В данном случае:

место арбитража: Москва, § 21(1) Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ

Оговорка о применимом материальном праве кас. договора – право РФ

13

Обзор актуальной судебной практики

Верховный суд Австрии (OGH), 15.05.2019, OGH 18 OCg 6/18h

Верховный суд Австрии (OGH), 6.3.2020, OGH 18 OCg 7/19g

- Вопрос действительности арбитражного соглашения, в принципе, определяется правом места арбитража, если стороны не договорились об ином. Это соответствует ст. V(1)(a) Нью-йоркской конвенции.
- Выбор применимого права может быть выраженным или конклюдентным
- Выбор права для основного договора является признаком того, что стороны конклюдентно выбрали это право и для содержащейся в нем арбитражной оговорки.
- В данном случае: место арбитража: Вена, Австрия / применимое мат. право – право Германии

14

Обзор актуальной судебной практики

Верховный суд Соединенного Королевства (UK Supreme Court), 9.10.2020

[2020] UKSC 38

Enka Insaat Ve Sanayi AS (Турция) v ООО Insurance Company Chubb (РФ)

- Модернизация Берёзовской ГРЭС в Красноярском крае (превалирующая версия договора на русском языке)
- Договор содержал арб. оговорку ICC (место арбитража – Лондон)
- После пожара на ГРЭС страховщик (Chubb Russia) выплатил возмещение (400mln USD) цессионарию, к которому перешли права генподрядчика из договора и обратился в Арбитражный суд г. Москвы с иском к Enka в порядке суброгации (дело А40-131686/2019)
- Anti-suit injunction: Enka обратилась в английский суд с заявлением о выдаче Chubb Russia предписания, запрещающего ему заявлять требования к Enka в российском суде

15

Обзор актуальной судебной практики

UK Supreme Court, 9.10.2020, [2020] UKSC 38

Enka Insaat Ve Sanayi AS (Турция) v ООО Insurance Company Chubb (РФ)

Ключевой вопрос: какое право применяется к арб. оговорке, если право, применимое к договору, не совпадает с правом места арбитража?

Решение Верховного суда большинством голосов (3:2), 114 страниц

К арбитражной оговорке применяется

- право, которое выбрали стороны

- при отсутствии такого выбора: право, с которым наиболее тесно связана арб. оговорка („most closely connected“)

- в случае отсутствия иного выбора будет применяться, как правило, право договора (т.е. выбор права кас. договора распространяется на арб. оговорку). Исключения: риск, что оговорка будет недействительной, или прямое указание в законе (как напр. в законе об арбитраже Шотландии)
- В случае отсутствия выбора права договора (как в данном случае) наиболее тесная связь состоит с правом выбранного места арбитража

16

Обзор актуальной судебной практики

Верховный суд Соединенного Королевства (UK Supreme Court), 27.10.2021

Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait) [2021] UKSC 48

- Договор комм. концессии (франчайзинг, рестораны) между Kabab и AHFC. AHFC затем становится дочерней компанией Kout Food Group в результате реорганизации
- Арбитражный иск только против материнской компании KFG, не AHFC
- Решение ICC/МТП, сентябрь 2017 (место арбитража – Париж; оговорка о применимом праве – английское право; отсутствие указания на применимое к арб. оговорке право): согл. праву Франции KFG стало стороной арб. оговорки
- Арбитры (при наличии особого мнения): вопрос охвата арб. оговорки регулируется правом Франции, а вопрос уступки прав по английскому праву
- В силу новации обязательства по англ. праву Kout Food Group стало стороной договора
- Признание и исполнение арбитражного решения против стороны, не подписавшей арбитражное соглашение

17

Обзор актуальной судебной практики

Верховный суд Соединенного Королевства (UK Supreme Court), 27.10.2021

Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait) [2021] UKSC 48

- Commercial Court: право договора (англ. право) применяется и к арб. оговорке, KFG не стала стороной арб. соглашения – отказ в исполнении в Англии
- Court of Appeal, 20.1.2020, [2020] EWCA Civ 6: к арб. оговорке применяется англ. право. Факт, что договор не определял права, применимого права к арб. оговорке, не имеет значения. Отказ в признании и исполнении
- Supreme Court: Одни и те же принципы применяются до вынесения арбитражного решения и на этапе приведения в исполнение
- Выбор сторонами английского права как применимого к существу спора распространяется и на арбитражное соглашение
- Так как ответчик, согласно английскому праву, не являлся стороной арб. соглашения, в признании и приведении в исполнение было отказано

18

Обзор актуальной судебной практики

Аппеляционный суд Парижа (Cour d'appel de Paris / Court of Appeal), 23.6.2020

№ 17/22943, *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v Kout Food Group (Kuwait)*

▪ заявление KFG об отмене арб. решения ICC/МТП, т.к. KFG не являлась стороной арбитража

▪ Ходатайство об отмене отклонено

▪ Позиция французского права:

- полная автономия арб. оговорки

- применимое к арб. оговорке право определяется с соответствием с правом места арбитража

- выбора применимого права кас. договора недостаточно для установления воли сторон относительно применимого к арб. оговорке права

- Французский суд не обязан учитывать англ. судебную практику кас. признания данного арб. решения в Англии

- Дело будет рассмотрено в касс. инстанции (Cour de Cassation / Supreme Court)

19

Обзор актуальной судебной практики

Верховный федеральный суд Германии (Bundesgerichtshof, BGH), 26.11.2020

№ I ZR 245/19

▪ При отсутствии выбора права, применимого к арбитражной оговорке: право страны места арбитража согласно ст. V(1)(a) Нью-йоркской конвенции (в данном случае: места арбитража – Амстердам; -> право Нидерландов

▪ Венская конвенция (CISG) может применяться к вопросу заключения арбитражной оговорки

Внимание: выбор «российского права», «швейцарского права», «права Франции», «права Германии», «права Австрии» в трансграничном договоре купли-продажи = Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 1980 год) (CISG)

94 страны-участницы Венской конвенции, вкл. РФ

20

Выводы

- Несмотря на гармонизацию права в сфере международного коммерческого арбитража (Типовой закон ЮНСИТРАЛ, Нью-Йоркская конвенция) по-прежнему не существует единого подхода к вопросу права, применимого к арб. оговорке

- Многочисленные судебные решения последних лет показывают, что этот вопрос не является сугубо теоретическим/академическим

- Один из наиболее актуальных и обсуждаемых вопросов (в свете международной судебной практики)

- Наука: заслуживает более тщательного изучения

- Практика: тщательный, продуманный подход при оформлении оговорки о разрешении споров (арбитражной оговорки) при заключении международных договоров, в т.ч. кас. место арбитража

Контакт: d.marenkov@internet.ru

zoom

21