РЕДАКЦИЯ

ОБЩИЙ РЕДАКТОР

ХВАЛЕЙ Владимир Владимирович – Председатель Правления РАА, член Правления Международного Совета по Коммерческому арбитражу (ICCA), вице-президент Международного Арбитражного суда при Международной Торговой палате (ICC), Председатель Российского национального комитета Международной торговой палаты (ICC Russia), член Лондонского Международного Арбитражного суда (LCIA), член Президиума Международного Арбитражного Суда при Белорусской Торгово-промышленной палате, член правления Украинской Арбитражной Ассоциации, вице-президент Арбитражного Комитета Международной Ассоциации Юристов (IBA) 2013-2014 гг., партнер международной юридической фирмы «Бейкер и Макензи».

ОТВЕТСТВЕННЫЙ РЕДАКТОР

ГРИЩЕНКОВА Анна Владимировна – региональный представитель от России в Судебной Комитете IBA, региональный представитель от России в комитете HK45 при Международном арбитражном центре Гонконга (HKIAC). Включена в списки арбитров в Австрии (VIAC), Куала-Лумпуре (KLRCA), Гонконге (HKIAC), России (АЦ), член Президиума Арбитражного центра. Партнер адвокатского бюро «КИАП», магистр по американскому праву (LL.M).

© RAA

АВТОРСКИЙ КОЛЛЕКТИВ

АНТОНОВ Артём Сергеевич – Старший юрист юридической фирмы Lidings – **Статьи 34 (пункт 1, 3 и 4), 35 Закона о МКА, Статьи 40, 41 Закона об арбитраже, Статьи 423-425, 427 ГПК РФ.**

АКУЕВ Мурат Николаевич – Партнер международной юридической фирмы Cleary Gottlieb Steen & Hamilton – **Статьи 24, 25 Закона о МКА, Статьи 27, 28 Закона об арбитраже**.

АКЧУРИНА Марина Александровна – Юрист международной юридической фирмы Cleary Gottlieb Steen & Hamilton – **Статьи 24, 25 Закона о МКА, Статьи 27, 28 Закона об арбитраже**.

АНДРЕЕВА Татьяна Константиновна – Доцент кафедры Гражданского процесса Юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова, кандидат юридических наук, судья ВАС РФ в отставке, Заслуженный юрист РФ – **пункт 4 статьи 3 Закона о статусе судей**.

АСТАХОВ Павел Олегович – Юрист коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры», докладчик Третейского суда при РСПП – **Статьи 20, 22 Закона о МКА, Статьи 20, 24 Закона об арбитраже**.

АХМЕТЗЯНОВА Элина Фаритовна – Координатор программ РАА, LL.M. – **Статья 39 Закона об арбитраже**.

БЕЗБОРОДОВ Александр Юрьевич – Адвокат, партнер международной юридической фирмы БАЙТЕН БУРКХАРДТ, LL.M. – **Статьи 34 (пункт 2 подпункт 2 абзац 1 и 2), 36 (пункт 1 подпункт 2 абзац 1 и 2, пункт 3), Статья 42 Закона об арбитраже, Статьи 38, 233 (пункт 4 подпункт 1), 239 (пункт 4 подпункт 1), 248 АПК РФ**.

© RAA

БЕЙЛИН Никита Александрович – Старший юрист международной юридической фирмы Squire Patton Boggs – **Статья 36 (пункт 1 подпункт 1 абзац 7) Закона о МКА, Статья 49 Закона об арбитраже**.

БОГДАНОВА Наталья Александровна– Юрист международной юридической фирмы БАЙТЕН БУРКХАРДТ – **Статья 5 Закона о МКА, Статья 5 Закона об арбитраже, Статьи 4 (Часть 6), 27 (часть 6) и 33 АПК РФ, Статьи 3 (часть 3), 22.1 ГПК РФ**.

БУЛАТОВ Павел Юрьевич – Советник международной юридической фирмы White & Case – **Статьи 2, 19, 34 (пункт 2 подпункт 1 абзац 5), 36 (пункт 1 подпункт 1 абзац 6) Закона о МКА, Статьи 2 (пункты 1-3, 5-10, 12-21), 19 Закона об арбитраже, Статьи 233 (пункт 3 подпункт 4), 239 (пункт 3 подпункт 5), 245.1 АПК РФ, Статья 413 ГПК РФ.**

ВОЛГИНА Валерия Олеговна – Юрист международной юридической фирмы Squire Patton Boggs – **Статья 36 (пункт 1 подпункт 1 абзац 7) Закона о МКА, Статья 22 Закона об арбитраже.**

ВОРОТЫНЦЕВА Анна Александровна – Юрист международной юридической фирмы White & Case – **Статья 245.1 АПК РФ, статья 413 ГПК РФ**.

ВЯЧЕСЛАВОВ Фёдор Александрович – Партнер юридической фирмы «VLawyers», член IBA и со-председатель Young Litigators Forums Litigation Committee IBA,преподаватель кафедры Гражданского права Юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук – **Статьи 9, 17, 31, 33 Закона о МКА, Статьи 9, 17, 34, 37 Закона об арбитраже, Статья 90 АПК РФ, Статья 139 ГПК РФ**.

© RAA

ГОРЛЕНКО Андрей Андреевич – Ответственный администратор Арбитражного центра при Институте современного арбитража – **Статьи 2 (пункт 11), 44, 52 Закона об арбитраже, Статьи 27 (часть 6), 225.1 АПК РФ, Статья 8 (пункт 4) Закона об ООО, Статьи 2 (пункт 8) и 91 (пункт 3) Закона об АО, Статья 13 (части 7 и 8) Закона о внесении изменений в законодательство о третейских судах**.

ГРИБАНОВ Андрей Владимирович – Доцент кафедры международного частного права Всероссийской академии внешней торговли, адвокат Коллегии адвокатов г. Москвы «Лекс Интернейшнл», арбитр МКАС при ТПП РФ, кандидат юридических наук – **Статья 26 Закона о МКА, Статьи 26, 29 и 43 Закона об арбитраже**.

ГРИЩЕНКОВА Анна Владимировна – Партнер адвокатского бюро «КИАП», LL.M., региональный представитель России в Судебном комитете IBA – **Статьи 4, 18 Закона о МКА, Статьи 4, 18, 21, 50, 51 Закона об арбитраже, Статья 56 (часть 3) УПК РФ, Статья 56 (часть 5.2) АПК РФ, Статья 69 (часть 3) ГПК РФ**.

ГУЗЕЙ Степан Викторович – Партнер юридической фирмы Lidings, кандидат юридических наук – **Статьи 34 (пункты 1, 3 и 4), 35, 36 (пункт 2) Закона о МКА, Статьи 40, 41 Закона об арбитраже, Статьи 230-232, 233 (пункты 1 и 2), 234, 236-238, 239 (пункты 1 и 2), 240, 241–243, 245, 246 АПК РФ, Статьи 411, 418-420, 422-425, 427 ГПК РФ**.

ДУМЛЕР Виктор Владимирович- Партнер адвокатского бюро «Думлер и партнеры» – **Статьи 9, 17 Закона о МКА, Статьи 9, 17 Закона об арбитраже, Статья 90 АПК РФ, Статья 139 ГПК РФ**.

ЕРМОЛЕНКО Александр Сергеевич – Партнер юридической компании «ФБК Право», доцент Московского государственного юридического университета им. О. Е. Кутафина, кандидат юридических наук – **Статья 35 Закона об арбитраже**.

© RAA

ЗЕЛЕНИН Андрей Дмитриевич – Управляющий партнер юридической фирмы Lidings – **Статьи 34 (пункт 1, 3 и 4), 35 Закона о МКА, 36 (пункт 2), Статьи 40, 41 Закона об арбитраже, Статьи 230-232, 233 (пункты 1 и 2), 234, 236–238, 239 (пункты 1 и 2), 240, 241-243, 245, 246 АПК РФ, Статьи 411, 418-420, 422-425, 427 ГПК РФ**.

ЗЕНКОВА Марина Федоровна – Юрист международной юридической фирмы White & Case – **Статьи 34 (пункт 2 подпункт 1 абзац 5), 36 (пункт 1 подпункт 1 абзац 6) Закона о МКА, статья 2 (пункты 1-3, 5-10, 12-21) Закона об арбитраже, Статьи 233 (пункт 3 подпункт 4) и 239 (пункт 3 подпункт 5) АПК РФ.**

ЗЫКОВ Роман Олегович – Генеральный секретарь РАА, партнер юридической фирмы Mansors, кандидат юридических наук, LL.M. – **Статьи 9, 17 Закона о МКА, Статьи 9, 17 и 45 Закона об арбитраже, Статья 90 АПК РФ, Статья 139 ГПК РФ**.

КОПЫТИН Андрей Владимирович – Юрист практики разрешения споров международной юридической фирмы Linklaters – **Статьи 10, 11 Закона о МКА, Статьи 10, 11 Закона об арбитраже**.

КУЛЬКОВ Максим Анатольевич – Управляющий партнер юридической фирмы «Кульков, Колотилов и партнеры», LL.M. – **Статьи 29, 30 Закона о МКА, Статьи 32, 33 Закона об арбитраже**.

КУРБАНГАЛИЕВ Фаяз Билалович – Юрист-стажер международной юридической фирмы Cleary Gottlieb Steen & Hamilton – **Статьи 24, 25 Закона о МКА, Статьи 27, 28 Закона об арбитраже**.

ЛЫСОВ Сергей Владимирович – Юрист юридической фирмы «Кульков, Колотилов и партнеры», LL.M. – **Статьи 29, 30 Закона о МКА, Статьи 32, 33 Закона об арбитраже**.

© RAA

МАЛЕВИЧ Елена Александровна – Юрист международной юридической фирмы Squire Patton Boggs – **Статья 49 Закона об арбитраже**.

МОРОЗОВ Сергей Валерьевич – Юрист международной юридической фирмы БАЙТЕН БУРКХАРДТ, LL.M. – **Статья 6 Закона о МКА, Статья 6 Закона об арбитраже, Статья 31 АПК РФ, Статья 30.1 ГПК РФ**.

НИКИФОРОВ Илья Викторович – Заместитель Председателя Правления РАА, Вице-Председатель Арбитражной Комиссии ICC (Париж), Санкт-Петербургский государственный университет, кафедра гражданского права – **Статья 28 Закона о МКА, Статья 31 Закона об арбитраже**.

ПАНОВ Андрей Александрович – Старший юрист международной юридической фирмы Norton Rose Fulbright, магистр права (Оксфорд), действительный член Королевского института арбитров (FCIArb) – **Статьи 7, 8, 16, 34 (пункт 2 подпункт 1 абзац 1, 2 и 4), 36 (пункт 1 подпункт 1 абзац 1, 2, 3 и 5) Закона о МКА, Статьи 7, 8, 16 Закона об арбитраже, Статьи 233 (пункт 3 подпункты 1, 2 и 3), 235, 239 (пункт 3, подпункт 1, 2, 4) АПК РФ**.

ПОПЕЛЫШЕВА Юлия Владимировна – Советник юридической фирмы Clifford Chance CIS Limited, действительный член Королевского института арбитров (FCIArb), LL.M. – **Статьи 12–15, 34 (пункт 2 подпункт 1 абзац 5), 36 (пункт 1 подпункт 1 абзац 6) Закона о МКА, статьи 12-15 Закона об арбитраже, Статьи 233 (пункт 3 подпункт 4) и 239 (пункт 3 подпункт 5) АПК РФ**.

ПЫРКОВ Максим Александрович – Старший юрист Freshfields Bruckhaus Deringer – **Статья 13 (части 1-6, 9, 16-18 и 20) Закона о внесении изменений в законодательство о третейских судах**.

© RAA

РАЩЕВСКИЙ Евгений Сергеевич – Партнер, руководитель практики международных арбитражных и судебных споров адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры», магистр частного права, кандидат юридических наук – **Статьи 34 (пункт 2 подпункт 2 абзац 3), 36 (пункт 1 подпункт 2 абзац 3) Закона о МКА, Статьи 233 (пункт 4 подпункт 2), 239 (пункт 4 подпункт 2), АПК РФ**.

РОЗЕЕВА Анастасия Руслановна – Помощник юриста в международной юридической фирме Cleary Gottlieb Steen & Hamilton – **Статьи 24, 25 Закона о МКА, Статьи 27, 28 Закона об арбитраже**.

РОМАНОВА Валерия Евгеньевна – Адвокат, старший юрист практики разрешения споров международной юридической фирмы Linklaters – **Статьи 10, 11 Закона о МКА, Статьи 10, 11 Закона об арбитраже**.

СОЛОМАХИНА Юлия Александровна – Партнер международной юридической фирмы Cleary Gottlieb Steen & Hamilton – **Статьи 24, 25 Закона о МКА, Статьи 27, 28 Закона об арбитраже**.

СУСПИЦЫНА Ирина Игорьевна – Руководитель проектов МКА адвокатского бюро «КИАП», LL.M. – **Статья 32 Закона о МКА, Статья 36 Закона об арбитраже**.

ТЕРЕЩЕНКО Татьяна Алексеевна – Профессор кафедры гражданского права и процесса НИУ ВШЭ (СПб филиал), руководитель аналитического отдела адвокатского бюро «Прайм Эдвайс Санкт-Петербург», FCIArb, арбитр РАА, арбитр Арбитражного центра при АНО «ИСА», арбитр МТС «IUS», кандидат юридических наук – **Статьи 3, 21, 23, 34 (пункт 2 подпункт 1 абзац 3), 36 (пункт 1 подпункт 1 абзац 4) Закона о МКА, Статьи 3, 23, 25 Закона об арбитраже, Статьи 233 (пункт 3 подпункт 5), 239 (пункт 3 подпункт 3) АПК РФ**.

© RAA

ТОДУА Олег Зурабович – Юрист международной юридической фирмы White & Case – **Статья 2 Закона о МКА, Статья 2 (пункты 1-3, 5-10, 12-21) Закона об арбитраже**.

ТРЕЩЕВ Сергей Александрович – Партнер международной юридической фирмы Squire Patton Boggs – **Статья 36 (пункт 1 подпункт 1 абзац 7) Закона о МКА, Статьи 22, 49 Закона об арбитраже**.

ШМАРКО Александра Александровна – Со-председатель РАА25 (подразделения РАА для студентов и молодых юристов) и организатор студенческого Конкурса РАА по Арбитражу Онлайн, юрист международной юридической фирмы Baker McKenzie – **Статья 38 Закона об арбитраже**.

ЩЕГЛОВА Дарья Андреевна – Юрист международной юридической фирмы White & Case – **Статья 19 Закона о МКА, Статья 19 Закона об арбитраже**.

ЮЖАКОВ Максим Игоревич – Юрист международной юридической фирмы БАЙТЕН БУРКХАРДТ, LL.M. – **Статья 27 Закона о МКА, Статья 30 Закона об арбитраже, Статьи 74.1, 240.1-240.5 АПК РФ, Статья 63.1 ГПК РФ**.

ЮРЛОВ Сергей Алексеевич – Юрист международной юридической фирмы Squire Patton Boggs – **Статья 49 Закона об арбитраже**.

ЯДЫКИН Алексей Игоревич – Старший юрист практики по разрешению споров международной юридической фирмы Freshfields Bruckhaus Deringer – **Статья 1 Закона о МКА, Статьи 1, 2 (пункт 4), 46-48, 53, 54 Закона об арбитраже, Статья 13 (Части 10-15, 19, 21 и 22) Закона о внесении изменений в законодательство о третейских судах**.

© RAA

Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»

от 07.07.1993 N5338-1

Статья 1. Сфера применения[1]

1. Настоящий Закон применяется к международному коммерческому арбитражу, если место арбитража находится на территории Российской Федерации. Однако положения, предусмотренные статьями 8, 9, 35 и 36, применяются и в тех случаях, когда место арбитража находится за границей.

2. Не урегулированные настоящим Законом вопросы, связанные с созданием и деятельностью на территории Российской Федерации постоянно действующих арбитражных учреждений, администрирующих международный коммерческий арбитраж, хранением материалов дел и внесением изменений в юридически значимые реестры в Российской Федерации на основании решений третейских судов (арбитражных решений), соотношением процедуры медиации и арбитража, а также с требованиями к арбитрам (третейским судьям) и ответственностью арбитров и постоянно действующих арбитражных учреждений в рамках международного коммерческого арбитража в случаях, если место арбитража находится на территории Российской Федерации, регулируются в соответствии с Федеральным законом «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

3. В международный коммерческий арбитраж по соглашению сторон могут передаваться споры сторон, возникающие из гражданско-правовых отношений, при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной стороны находится за границей либо если любое место, где должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из отношений сторон, или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора, находится за границей, а также споры, возникшие в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации или российских инвестиций за границей.

4. Для целей пункта 3 настоящей статьи:

1) если сторона имеет более одного коммерческого предприятия, коммерческим предприятием считается то,

[1] Автор комментария – А.И. Ядыкин.

© RAA

которое имеет наибольшее отношение к арбитражному соглашению;

2) если сторона не имеет коммерческого предприятия, принимается во внимание ее постоянное местожительство.

5. В случаях, предусмотренных международными договорами Российской Федерации и федеральным законом, в международный коммерческий арбитраж могут передаваться не охватываемые настоящей статьей споры с участием иностранного инвестора в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации или российских инвестиций за границей.

6. Федеральными законами могут устанавливаться ограничения на передачу отдельных категорий споров в арбитраж или может предусматриваться передача споров в арбитраж только в соответствии с иными положениями, чем те, которые содержатся в настоящем Законе.

1. Комментируемая статья определяет сферу действия Закона о МКА и в сочетании со статьей 1 Закона об арбитраже разграничивает споры, подведомственные[2] международному коммерческому арбитражу и «внутреннему» арбитражу[3].

Статья 1 Закона о МКА, как в предыдущей, так и в новой редакции основана на статье 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ, но с рядом отличий от него[4].

Сфера действия Закона о МКА охватывает международный коммерческий арбитраж, местом которого является Российская Федерация.

Соответственно, Закон о МКА не применяется к международному коммерческому арбитражу, место которого находится вне территории России, за рядом исключений, основанных на положениях Типового закона ЮНСИТРАЛ. К международному ком-

[2] Здесь и далее в настоящем комментарии термин «подведомственность» применительно к третейскому разбирательству (в том числе международному коммерческому арбитражу) означает возможность передачи споров для рассмотрения в рамках третейского разбирательства (международного коммерческого арбитража).

[3] То есть споры, не подведомственные международному коммерческому арбитражу и подлежащие рассмотрению в соответствии с Законом об арбитраже.

[4] См. комментарии к пунктам 2 и 3 настоящей статьи.

мерческому арбитражу, место которого находится вне территории России, применяются положения Закона о МКА, регулирующие:

– последствия обращения стороны с иском в российский суд при наличии арбитражного соглашения[5];
– право сторон на обращение в российский суд с заявлением о принятии обеспечительных мер до или во время проведения арбитражного разбирательства[6];
– признание и приведение в исполнение арбитражных решений[7].

Ограничивая сферу действия Закона о МКА территорией России, рассматриваемая норма прямо не затрагивает вопроса о том, в каких случаях допустима передача споров с участием российских лиц в арбитраж, место которого находится за пределами России. Этот вопрос также прямо не урегулирован в иных нормах Закона о МКА или в иных положениях российского законодательства[8].

Отметим, что в Законе об арбитраже проведено разграничение между спорами, подведомственными международному коммерческому арбитражу (в соответствии с Законом о МКА), и прочими («внутренними») спорами[9], однако при этом также прямо не решен вопрос о допустимости передачи в арбитраж, место которого находится за границей, «международных» и «внутренних» споров[10].

Исходя из частноправовой природы арбитража и свободы договора, по общему правилу, стороны вправе избрать любое место разрешения спора, в том числе находящееся за грани-

[5] Статья 8 Закона о МКА.

[6] Статья 9 Закона о МКА.

[7] Статьи 35, 36 Закона о МКА.

[8] Возможно, единственным исключением является статья 36.4 ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» Данная норма, возможно, подразумевает передачу в арбитраж за границей спортивный споров «внутреннего» характера. В то же время возможна и более консервативная интерпретация этой нормы, требующая наличия «международного» элемента или выбора России как места разбирательства.

[9] Статья 2 Закона об арбитраже.

[10] Этот вопрос является отдельным от вопроса о допустимости администрирования иностранными арбитражными институтами арбитражей на территории России или выполнения ими функций компетентного и назначающего органа (в значении, предусмотренном Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ) в отношении арбитража в России. См. комментарий к статье 1 Закона об арбитраже.

© RAA

цей[11], при этом не предусмотрено какого-либо формального запрета на передачу как «международных» так и «внутренних» споров в арбитраж за границей[12].

2. Пункт 2 статьи 1 предусматривает, что к международному коммерческому арбитражу с местом разбирательства на территории Российской Федерации применяется целый ряд норм российского законодательства о «внутреннем» третейском разбирательстве, не основанных на Типовом законе ЮНСИТРАЛ и по большей части императивных:

– о создании и деятельности ПДАУ на территории России[13];
– о хранении арбитражных решений, постановлений о прекращении производства и материалов дел[14];
– о внесении изменений в юридически значимые реестры на территории Российской Федерации на основании арбитражных решений[15];

---

[11] За исключениями, предусмотренными законом. В частности, в настоящее время статьей 225.1 АПК РФ предусмотрены случаи, в которых местом арбитража должна являться Россия.

[12] Возможность передачи в арбитраж за границей споров, подведомственных международному арбитражу в соответствии с Законом о МКА, не вызывала сомнений еще до принятия новой редакции этого закона и безусловно сохраняется в рамках новой редакции. Вместе с тем, в связи с отсутствием специального регулирования существует риск того, что российские суды будут признавать действительность арбитражных оговорок о передаче споров с участием российских лиц в арбитраж за границей лишь при условии, что спор является подведомственным международному коммерческому арбитражу в соответствии с Законом о МКА. Подобная интерпретация существовала в рамках ранее действовавшей редакции Закона о МКА. Так, в одном из дел, рассматривая вопрос о действительности и исполнимости арбитражной оговорки, предусматривавшей передачу спора между двумя российскими юридическими лицами в арбитраж за границей по правилам ICC, ВАС РФ пришел к выводу о том, что арбитражная оговорка была неисполнимой в связи с тем, что «.. международный коммерческий арбитраж, как средство разрешения споров, применяется в международных коммерческих отношениях, то есть в отношениях, основанных на конфликте юрисдикций и применимого права.. В рассматриваемом случае конфликт юрисдикций и применимого права отсутствует, поскольку отношения не носят международного характера – сторонами контракта являются российские юридические лица, услуги, являющиеся предметом договора, подлежат оказанию на территории Российской Федерации», см. Определение ВАС РФ от 22.03.2010 N ВАС-3174/10.

[13] Глава 9 Закона об арбитраже; в отношении иностранных арбитражных институтов, получивших право на осуществление функций ПДАУ, она применяется с ограничениями, предусмотренными частью 1 статьи 52 Закона об арбитраже.

[14] Статья 39 Закона об арбитраже.

[15] Статья 43 Закона об арбитраже.

– о соотношении процедуры медиации и арбитража[16];
– о требованиях к арбитрам[17];
– об ответственности ПДАУ[18] и арбитров[19].

Кроме того, к международному коммерческому арбитражу в России могут быть применены отдельные заключительные положения Закона об арбитраже[20], регулирующие переходные вопросы, возникающие в связи с проведением институциональной реформы арбитража в России. Применение норм Закона об арбитраже, к международному арбитражу в России направлено на гармонизацию режима «внутреннего» третейского разбирательства и международного коммерческого арбитража, а также соблюдение единых стандартов и требований применительно к обоим видам арбитража.

3. Редакция пункта 3 статьи 1[21], определяющего подведомственность споров международному коммерческому арбитражу, претерпела существенные изменения.

Прежде всего, отметим ряд новых критериев для определения «международного» характера спора (т.е. спора, подведомственного международному коммерческому арбитражу). Так, в международный коммерческий арбитраж могут быть переданы споры при соблюдении следующих критериев:

(1) спор возникает из гражданско-правовых отношений, при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, и при этом:

– коммерческое предприятие хотя бы одной стороны находится за границей либо
– любое место, где должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из отношений сторон, или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора, находится за границей; или

[16] Статья 49 Закона об арбитраже.

[17] Части 6-11 статьи 11 Закона об арбитраже.

[18] Статья 50 Закона об арбитраже. Технически данная норма предусматривает ответственность не самих ПДАУ, а некоммерческих учреждений, при которых они созданы.

[19] Статья 51 Закона об арбитраже.

[20] Отдельные положения статьи 52 (например, части 11, 13,15) Закона об арбитраже.

[21] Соответствует пункту 2 той же статьи Закона о МКА в предыдущей редакции.

© RAA

(2) спор возникает в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации или российских инвестиций за границей.

Критерии (1) и (2) применяются независимо друг от друга, и соблюдения любого из них достаточно для признания спора подведомственным международному коммерческому арбитражу в соответствии с Законом о МКА.

Определение «международного» характера спора исходя из существа спора и местонахождения сторон в целом основано на положениях статьи 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ, однако, в отличие от Типового закона, Закон о МКА не признает достаточными признаками «международного» характера спора иностранное место арбитража, а также наличие договоренности сторон о том, что предмет спора связан более чем с одной юрисдикцией[22].

Взаимосвязь с осуществлением иностранных инвестиций является российской новеллой, не вытекающей из Типового закона ЮНСИТРАЛ.

В новой редакции данной нормы гражданско-правовой характер спора и его связь с международным (внешнеторговым) оборотом сформулированы как независимые, отдельные признаки «международного» характера спора, что, по нашему мнению, позволяет отнести к подведомственности международного коммерческого арбитража «международные» гражданско-правовые споры, не обязательно носящие торговый (коммерческий, предпринимательский) характер в принятом значении этих терминов[23].

Под термином «коммерческое предприятие» в Законе о МКА понимается не юридическое лицо и не предприятие как отдельный объект гражданских прав в значении статьи 132 ГК РФ, а особое определение субъекта, заимствованное из Венской кон-

[22] См. подпункты (b)(i) и (c) пункта 3 статьи 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

[23] На более широкое понимание российским законодателем сферы международного коммерческого арбитража косвенно указывает и текст преамбулы Закона о МКА: «*Настоящий Закон:.. исходит из признания важности арбитража (третейского разбирательства) как широко применяемого метода разрешения споров, в том числе возникающих в сфере международной торговли..*».

венции[24]: под «коммерческим предприятием» понимается место, из которого осуществляется де-факто коммерческая деятельность [..]; это требует определенной продолжительности и стабильности, а также некоторой степени самостоятельности»[25].

Комментируемый пункт вводит также дополнительный и альтернативный признак «международного» характера спора – «если любое место, где должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из отношений сторон, или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора, находится за границей».

В данном случае критерий «международного характера спора» будет удовлетворен в ситуации, если коммерческие предприятия обеих сторон находятся в одном государстве, а исполнение обязательств связано с другой страной[26].

Предыдущая редакция Закона о МКА «автоматически» относила к подведомственности международного коммерческого арбитража все и любые споры гражданско-правового характера, хотя бы одной из сторон которых являлось предприятие с иностранными инвестициями либо международное объединение или организация, учрежденные в России, либо если спор возникал между участниками предприятия с иностранными инвестициями, при этом не требовалось, чтобы спор был непосредственно связан с осуществлением иностранных инвестиций или имел иные иностранные элементы. Данный подход

---

[24] Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus. A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary. Kluwer Law International. 1989 <http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=kli-ka-holtzmann-1985-art1> (последнее посещение – 5 октября 2016 г.).

[25] Исходя из толкования положений статьи 1 и статьи 10 Венской конвенции, The UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, 2012 Edition <https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf> (последнее посещение – 5 октября 2016 г.)

[26] Howard M. Holtzmann and Joseph E. Neuhaus. A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary. Kluwer Law International. 1989 http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=kli-ka-holtzmann-1985-art1 (последнее посещение – 5 октября 2016 г.). См. также: UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration <ttps://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf.> (последнее посещение – 5 октября 2016 г.). См. также пункт 11 Пояснительной записки Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону с изменениями, принятыми в 2006 г.

© RAA

был вполне оправданным на этапе принятия Закона о МКА, поскольку обеспечил предприятиям с иностранными инвестициями возможность рассмотрения споров между собой и с иными участниками гражданского оборота на основе данного закона, соответствующего Типовому закону ЮНСИТРАЛ и значительно более современного по сравнению с действовавшими на тот момент нормами о «внутреннем» третейском разбирательстве[27]. В то же время, с учетом существенной гармонизации норм о международном коммерческом арбитраже и «внутреннем» третейском разбирательстве и существенной модернизации последнего с широким использованием Типового закона ЮНСИТРАЛ сохранение данного искусственного изъятия споров предприятий с иностранными инвестициями из сферы действия законодательства о «внутреннем» третейском разбирательстве перестало быть оправданным. С учетом этого в новой редакции рассматриваемой нормы используется иной критерий – взаимосвязь спора с осуществлением иностранных инвестиций в России или российских за рубежом. Иными словами, критерием теперь является не субъектный состав участников спора, а фактическая связь предмета спора с осуществлением трансграничных инвестиций[28] или иной «международной» экономической деятельностью.

Отметим, что изменение разграничения споров между международным коммерческим арбитражем и «внутренним» третейским разбирательством потребовало изменений в Регламенте МКАС, который ранее тесно следовал нормам Закона о МКА. В соответствии с новыми Правилами арбитража международных коммерческих споров в МКАС могут передаваться споры, подведомственные международному коммерческому арбитражу в соответствии с новой редакцией статьи 1 Закона о МКА, а также споры по «дореформенным» (т.е. заключённым до 1 сентября 2016 г.) соглашениям о передаче споров в МКАС, при условии, что на дату их заключения спор признавался подведомственным международному коммерческому арбитражу (что позволяет МКАС рассматривать в порядке международного коммерческого арбитража споры, охватываемые заключёнными до 1 сентя-

[27] Карабельников Б. Р. Международный коммерческий арбитраж. Учебник. Изд. 2-е, переработанное и дополненное. М., 2013. С. 27.

[28] Данная связь, в том числе, может выражаться в том, что предметом спора являются иностранные инвестиции в форме акций (доли участия в капитале) российских компаний.

бря 2016 г арбитражными соглашениями, даже если они «выпадают» из подведомственности международного коммерческого арбитража в соответствии с новой редакцией статьи 1 Закона о МКА). Споры, охватываемые арбитражными соглашениями, заключёнными, начиная с 1 сентября 2016 г., и носящие «внутренний» характер, также могут быть рассмотрены МКАС, но в соответствии с другим регламентом (Правилами арбитража внутренних споров) и с применением Закона об арбитраже.

При этом в большинстве случаев споры, которые ранее подпадали под действие рассматриваемой нормы, вероятно, будут подпадать под ее действие и в новой редакции, однако возможно и «выпадение» части споров из подведомственности международному коммерческому арбитражу. В частности, споры «внутреннего» характера между предприятиями с иностранными инвестициями и иными участниками гражданского оборота в России, не имеющие какой-либо непосредственной связи с иностранными юрисдикциями, должны рассматриваться как неподведомственные международному коммерческому арбитражу в рамках новой редакции Закона о МКА, в отличие от предыдущей его редакции[29].

Следует также отметить, что в настоящее время судебная практика исходит из невозможности передачи в арбитраж за границу и/или в арбитраж, администрируемый иностранным арбитражным учреждением, концессионных споров[30].

---

[29] Отметим, что Закон о МКА в новой редакции не конкретизирует, что понимается под «связью спора с осуществлением иностранных инвестиций», т.е. требуется ли непосредственная или любая, даже самая косвенная связь спора с иностранными инвестициями. Полагаем, что в новой редакции рассматриваемой нормы речь идет именно о первом, то есть для установления подведомственности спора международному коммерческому арбитражу по данному основанию необходимо установить, что конкретный спор непосредственно связан с осуществлением иностранных инвестиций. В ситуации, когда сторона спора является предприятием с иностранными инвестициями, но сам спор не имеет никакой связи с иностранными государствами помимо иностранного участия в уставном капитале стороны (и спор возникает не в отношении такой иностранной инвестиции/участия в капитале), критерии подведомственности спора международному коммерческому арбитражу по новому Закону о МКА, по нашему мнению, не соблюдаются.

[30] См. Определение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 09.12.2015 года по делу № А56-9227/2015; Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 17.02.2016 года по тому же делу, оставленное без изменения Определением ВС РФ № 307-ЭС16-3267 от 04.05.2016. В данном деле суды интерпретировали статью 17 Федерального закона № 115-ФЗ

© RAA

4. Пункт 4 комментируемой статьи полностью идентичен пункту 3 Закона о МКА в предыдущей редакции и основан на положениях статьи 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Данная норма уточняет правила определения местонахождения коммерческого предприятия каждой из сторон, а также дает возможность использовать для целей пункта 3 статьи 1 Закона о МКА место жительства стороны в случае, если она не имеет коммерческого предприятия.

5. Пункт 5 статьи 1 Закона о МКА, как в предыдущей, так и в новой редакции предусматривает возможность отнести к международному коммерческому арбитражу и иные споры, если это предусмотрено международным договором или федеральным законом.

6. Пункт 6 закрепляет возможность ограничения арбитрабильности споров и/или установления особых правил арбитража в отношении отдельных категорий споров федеральным законом. Данная норма является отсылочной и непосредственно не определяет круг споров, передача которых в арбитраж не допускается или которые могут быть предметом арбитража только при соблюдении определенных дополнительных ограничений и требований. Соответствующие ограничения и требования устанавливаются иными федеральными законами.

Так, в настоящее время не могут быть переданы на рассмотрение в арбитраж:

(i) дела, возникающие из административных и иных публичных правоотношений[31];

(ii) дела об установление фактов, имеющих юридическое значение[32];

от 21 июля 2005 года «О концессионных соглашениях», предусматривающую рассмотрение споров между сторонами концессионного соглашения в «третейских судах Российской Федерации», как допускающую передачу концессионных споров только в рамках арбитража, имеющего институциональную связь с территорией Российской Федерации (включая рассмотрение спора в соответствии с принятыми в России правилами арбитража, в российском ПДАУ или же с назначением арбитров российским назначающим органом, формирование состава арбитража и проведение арбитражного разбирательства на территории России).

[31] Пункт 2 части 2 статьи 33 АПК РФ.

[32] Пункт 3 части 2 статьи 33 АПК РФ.

(iii) дела о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок[33];

(iv) дела о защите прав и законных интересов группы лиц[34];

(v) дела, рассматриваемые судом в порядке особого производства[35];

(vi) споры о несостоятельности (банкротстве)[36];

(vii) споры об отказе в государственной регистрации, уклонении от государственной регистрации юридических лиц, индивидуальных предпринимателей[37];

(viii) споры о защите интеллектуальных прав с участием организаций, осуществляющих коллективное управление авторскими и смежными правами, а также споры, отнесенные к подсудности Суда по интеллектуальным правам[38];

(ix) некоторые виды корпоративных споров[39];

(x) споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о приватизации государственного и муниципального имущества[40];

(xi) споры, возникающие из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд[41];

---

[33] Пункт 3 части 2 статьи 33 АПК РФ.

[34] Пункт 3 части 2 статьи 33 АПК РФ.

[35] Пункт 1 части 2 статьи 22.1 ГПК РФ.

[36] Пункт 1 части 2 статьи 33 АПК РФ. См. также пункт 3 статьи 33 Закона о банкротстве.

[37] Пункт 1 части 2 статьи 33 АПК РФ.

[38] Пункт 1 части 2 статьи 33 АПК РФ.

[39] Пункт 4 части 2 статьи 33 АПК РФ. См. часть 2 статьи 225.1 АПК РФ. При этом в отношении арбитрабильных корпоративных споров предусмотрены дополнительные требования и ограничения – см. части 3-5 статьи 225.1 АПК РФ.

[40] Пункт 5 части 2 статьи 33 АПК РФ, пункт 5 части 2 статьи 22.1 ГПК РФ.

[41] Пункт 6 части 2 статьи 33 АПК РФ, пункт 6 части 2 статьи 22.1 ГПК РФ. Пунктом 8 статьи 13 Закона о внесении изменений в законодательство о третейских судах предусматривается возможность принятия отдельного федерального закона, определяющего компетентное ПДАУ для администрирования споров, возникающих из отношений, регулируемых законодательством о государственных и муниципальных закупках. С момента вступления в силу такого федерального

© RAA

(xii) споры, возникающие из отношений, связанных с возмещением вреда, причиненного окружающей среде[42];

(xiii) споры, возникающие из семейных отношений, в том числе споры, возникающие из отношений по распоряжению опекунами и попечителями имуществом подопечного, за исключением дел о разделе между супругами совместно нажитого имущества[43];

(xiv) споры, возникающие из трудовых отношений[44];

(xv) споры, возникающие из наследственных отношений[45];

(xvi) споры о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью[46];

(xvii) споры о выселении граждан из жилых помещений[47].

(xviii) некоторые виды спортивных споров[48].

закона данная категория споров перейдет из разряда неарбитрабильных в разряд споров, подлежащих арбитражу с соблюдением особых ограничений.

[42] Пункт 7 части 2 статьи 33 АПК РФ, пункт 9 части 2 статьи 22.1 ГПК РФ.

[43] Пункт 2 части 2 статьи 22.1 ГПК РФ.

[44] Пункт 3 части 2 статьи 22.1 ГПК РФ.

[45] Пункт 4 части 2 статьи 22.1 ГПК РФ.

[46] Пункт 7 части 2 статьи 22.1 ГПК РФ.

[47] Пункт 8 части 2 статьи 22.1 ГПК РФ.

[48] См. ограничения на передачу в институциональный арбитраж некоторых видов споров в профессиональном спорте и спорте высших достижений – часть 2 статьи 36.03 Федерального закона №329-ФЗ от 4 декабря 2007 г. (с изменениями и дополнениями) «О физической культуре и спорте».

© RAA

Статья 2. Определение терминов и правила толкования[1]

Для целей настоящего Закона:

– **«арбитраж» означает процесс разрешения спора третейским судом и принятия решения третейским судом (третейское разбирательство) независимо от того, администрируется ли он постоянно действующим арбитражным учреждением, включая без ограничения Международный коммерческий арбитражный суд и Морскую арбитражную комиссию при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (приложения I и II к настоящему Закону), или нет;**

– **«третейский суд» означает единоличного арбитра или коллегию арбитров (третейских судей);**

– **«суд» означает соответствующий орган судебной системы государства;**

– **«компетентный суд» означает суд Российской Федерации, определенный в соответствии с процессуальным законодательством Российской Федерации;**

– **когда какое-либо положение настоящего Закона, за исключением статьи 28, предоставляет сторонам возможность принимать решения по определенному вопросу, стороны могут поручить принятие такого решения какому-либо третьему лицу, включая постоянно действующее арбитражное учреждение;**

– **если в каком-либо положении настоящего Закона имеется ссылка на то, что стороны согласились либо что они могут согласиться, или в любой другой форме имеется ссылка на соглашение сторон, это соглашение включает любые правила арбитража, указанные в этом соглашении;**

– **когда в каком-либо положении настоящего Закона, исключая абзац первый статьи 25 и пункт 2 статьи 32, имеется ссылка на иск, оно применяется также к встречному иску, а когда в нем имеется ссылка на возражение, оно применяется к возражению на такой встречный иск.**

[1] Авторы комментария – П.Ю. Булатов, О.З. Тодуа.

© RAA

В целом данная статья, несмотря на наличие определенных особенностей, повторяет структуру и содержание аналогичной статьи из Типового закона ЮНСИТРАЛ.

В Типовом законе ЮНСИТРАЛ термин «арбитраж», по сути, не определяется[2] – в нем лишь содержится указание на то, что данное понятие включает как институциональный арбитраж, т.е. арбитраж, администрируемый ПДАУ, так и арбитраж *ad hoc*.

В комментируемой статье под термином «арбитраж» понимается процесс разрешения спора и принятия решения третейским судом.

Под термином «третейский суд» понимается состав арбитража, сформированный в соответствии с соглашением сторон для рассмотрения спора. Это родовое понятие, которое включает единоличного арбитра либо коллегию арбитров, выбранных как в рамках арбитража, администрируемого ПДАУ, так и в рамках арбитража *ad hoc*.

Это значение термина «третейский суд» (как состав арбитража) следует отличать от распространенного ранее употребления термина «третейский суд» для обозначения организации, администрирующей арбитражное разбирательство. В настоящее время для таких организаций российское законодательство об арбитраже использует термин «арбитражное учреждение» либо «постоянно-действующее арбитражное учреждение»[3].

Под термином «суд» Закон о МКА понимает «компетентный суд», определенный в следующем пункте комментируемой статьи, любой другой российский суд, образованный в соответствии с Федеральным конституционным законом от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации», а также любой государственный суд, образованный в соответствии с законодательством иностранного государства. Таким образом, понятие «суд» противопоставляется понятию «третейского суда» по признаку того, является ли этот суд государственным или негосударственным.

---

[2] Согласно статье 2 Типового Закона ЮНСИТРАЛ ««арбитраж» означает любой арбитраж, независимо от того, осуществляется ли он постоянным арбитражным учреждением или нет».

[3] См. пункты 5 и 9 статьи 2 Закона об арбитраже.

Закон о МКА также вводит определение «компетентный суд», которое отсутствует в Типовом Законе ЮНСИТРАЛ. Термин «компетентный суд» используется в контексте выполнения государственными судами функций содействия и контроля в отношении арбитража.

Комментируемая статья также предусматривает возможность делегирования сторонами разрешения тех или иных вопросов третьим лицам, включая арбитражные учреждения, а также возможность сторон договориться о каких-либо условиях путем отсылки к правилам арбитража. Вместе с тем данное положение не применяется в отношении правил, которые могут быть установлены только прямым соглашением сторон[4].

[4] Так, часть 13 статьи 7 Закона о МКА указывает, что условия, которые могут быть определены только прямым соглашением сторон, не рассматриваются в качестве неотъемлемой части арбитражного соглашения, если они включены в правила арбитража, но в отношении них отсутствует прямое соглашение сторон.

© RAA

Статья 3. Получение письменных сообщений[1]

1. Если стороны не договорились об ином:

– любое письменное сообщение считается полученным, если оно доставлено адресату лично или на его коммерческое предприятие, по его постоянному местожительству или почтовому адресу; когда таковые не могут быть установлены путем разумного наведения справок, письменное сообщение считается полученным, если оно направлено по последнему известному местонахождению коммерческого предприятия, постоянному местожительству или почтовому адресу адресата заказным письмом или любым иным образом, предусматривающим регистрацию попытки доставки этого сообщения;

– сообщение считается полученным в день такой доставки (фиксации попытки доставки).

2. Положения настоящей статьи не применяются к сообщениям в ходе производства в судах.

1. Один из основополагающих принципов третейского разбирательства – представление сторонам возможности изложить свою позицию арбитражу[2] – обеспечивается, в том числе, предоставлением возможности получения информации стороной не только о самом факте арбитражного разбирательства, но и основных его стадиях (таких, например, как назначение даты устного слушания).

Значение данного положения сложно переоценить, поскольку отсутствие надлежащего уведомления может послужить основанием для отмены арбитражного решения или отказа в признании и приведении его в исполнение[3].

В силу диспозитивности международного коммерческого арбитража стороны вправе установить любой порядок получения письменных сообщений и/или соблюдать тот, который

[1] Автор комментария – Т.А. Терещенко.

[2] См. также статью 18 Закона об МКА.

[3] В соответствии с подпунктом 1 пункта 2 статьи 34, подпунктом 1 пункта 1 статьи 36 Закона об МКА.

© RAA

установлен в регламенте, о применении которого стороны договорились[4].

В случае, если порядок направления письменных уведомлений не согласован сторонами, применяются следующие правила.

Во-первых, сообщение не обязательно должно быть фактически доставлено получателю. Иногда получатель уклоняется от получения сообщения, зачастую фактическое место нахождения получателя сложно установить. В силу этого комментируемая статья не говорит о том, как письменное сообщение *должно быть доставлено* адресату, но определяет, при каких обстоятельствах оно *считается полученным* адресатом. То есть речь идет о юридической фикции, которая устанавливает презумпцию уведомления, даже если впоследствии адресат представит доказательства того, что сообщение не было фактически доставлено.

Во-вторых, уведомление считается полученным, если оно:

(i) доставлено адресату лично[5]. Под *«личной доставкой»*, очевидно, понимается доставка либо лично физическому лицу, либо руководителю юридического лица. При этом следует помнить, что в случае оспаривания надлежащего уведомления сторона должна представить доказательства того, что такое личное уведомление имело место. Таким доказательством может быть, в частности, расписка лица в получении письменного уведомления;

---

[4] Например, пунктами 1.1.5, 1.2.7, 1.2.11, 1.2.12 Регламента по арбитражу онлайн РАА от 14.03.2017 установлено, что *«Все документы и уведомления передаются сторонами, РАА, а также Арбитром посредством электронной почты, посредством Системы РАА, а также иными способами, предусмотренными настоящим Регламентом»*. Согласно пункту 2 статьи 3 Арбитражного Регламента ICC *«Все уведомления или сообщения Секретариата и состава арбитража направляются по последнему адресу стороны или представителя стороны, которой они предназначаются, полученному либо от самой стороны, либо от другой стороны. Такое уведомление или сообщение может быть передано путём вручения под расписку, заказным письмом, курьерской службой, по электронной почте или любым иным способом телекоммуникации, подтверждающим факт отправки»*. Похожие правила установлены также и в других регламентах (см., например, статью 4 Арбитражного Регламента LCIA, статью 2 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ).

[5] Английская версия Типового закона ЮНСИТРАЛ говорит *“delivered to the addressee personally”*.

© RAA

(ii) доставлено на коммерческое предприятие, по постоянному местожительству или почтовому адресу получателя[6]. Данная норма предоставляет возможность доставления письменных сообщений по месту нахождения коммерческого предприятия, или по постоянному месту жительства, *или* по почтовому адресу получателя. Под термином «коммерческое предприятие» должно пониматься место фактического осуществления коммерческой деятельности получателя (это может быть производственное предприятие, офис и т.д.).

В-третьих, когда *не удается установить* адрес, место нахождения коммерческого предприятия или место жительства получателя путем *«разумного наведения справок»*, письменное сообщение считается полученным, если оно направлено по последнему известному местонахождению коммерческого предприятия, постоянному местожительству или почтовому адресу адресата заказным письмом или любым иным образом, предусматривающим регистрацию попытки доставки этого сообщения. Таким образом, данная норма требует:

(i) разумного наведения справок об адресе получателя. В зависимости от конкретных обстоятельств дела такой адрес может быть установлен посредством поиска в открытых источниках информации, в том числе и в сети Интернет; по контактным данным, предоставленным адресатом, например, при заключении контракта; он может быть указан в содержании или реквизитах того или иного документа, которые были представлены при исполнении спорной сделки, включая банковские документы, и т.п. Поскольку «разумность» является оценочным критерием, отправитель должен обеспечить наличие доказательств того, что он предпринял действия, которые совершил бы в подобных обстоятельствах любой другой добросовестный участник по поиску адреса;

(ii) в случае, если разумное наведение справок не дало позитивного результата, отправитель сообщения вправе направить его по последнему известному адресу;

(iii) такое сообщение должно быть отправлено любым способом, предусматривающим регистрацию попытки его доставки.

---

[6] Английская версия Типового закона ЮНСИТРАЛ говорит *“delivered at his place of business, habitual residence or mailing address”*.

В-четвертых, сообщение считается полученным в день, когда зафиксирована доставка по соответствующему известному адресу или попытка такой доставки[7] (например, посредством расписки в получении с указанием личных данных получателя, оформления специального уведомления, проставления отметки и т.п.)[8].

2. В пункте 2 комментируемой статьи указано на то, что установленные ею правила не применимы к сообщениям в ходе производства в государственных судах. Такое указание логич-

---

[7] В прежней редакции абзаца 3 пункта 1 статьи 3 Закона об МКА отсутствовало указание на фиксацию попытки доставки, однако этот пробел восполнялся посредством толкования.

[8] В судебной практике признано, что предусмотренная пунктом 1 статьи 3 Закона о МКА гарантия извещения стороны арбитражного разбирательства не может рассматриваться в отрыве от обязанности стороны спора действовать разумно и осмотрительно, а также независимо от тех рисков, которые с неизбежностью возникают в связи с заключением участником гражданского оборота арбитражного соглашения (см. подробнее: постановление Президиума ВАС РФ от 31.03.2009 N 17412/08). Развивая и практически применяя указанную идею, ВС РФ в Определении от 30.12.2015 по делу N 302-ЭС15-11092, А33-25043/2014 указал на следующее: *«Из материалов настоящего дела следует, что международный коммерческий арбитраж направлял документы по двум известным истцу и арбитражу адресам, которые сам ответчик использовал в своих коммерческих отношениях с истцом, в том числе указывал в банковских документах. Следовательно, эти адреса соответствуют критерию последнего известного адреса стороны, содержащемуся в норме пункта 1 статьи 3 Закона о международном коммерческом арбитраже... Сторона арбитражного соглашения, действуя разумно и осмотрительно, не может не осознавать, что в соответствующих случаях возможно начало процедуры арбитражного (третейского) разбирательства. Указывая в договоре, содержащем арбитражное соглашение, и в коммерческой документации по его исполнению, свои адреса места нахождения, сторона договора должна осознавать, что именно по этим адресам в случае начала арбитражной (третейской) процедуры будет направляться корреспонденция международным коммерческим арбитражем. Учитывая это, сторона договора для реализации своих прав должна предпринять необходимые и достаточные меры для получения предназначенной ей корреспонденции по указанным ею адресам. В противном случае все риски, связанные с неполучением или несвоевременным получением корреспонденции, возлагаются на ее получателя. Иное истолкование нормы права могло бы повлечь злоупотребления со стороны недобросовестных участников третейского (арбитражного) процесса, которые, уклоняясь от получения корреспонденции, могли бы парализовать само третейское разбирательство, несмотря на свое согласие участвовать в нем»*.

© RAA

но, поскольку разбирательство в судах строго регламентировано в том или ином процессуальном законодательстве[9].

Из данной нормы также логично следует, что правила, применимые к направлению уведомлений в государственном судопроизводстве, не применяются в третейском разбирательстве, в том числе и в случаях, когда в деле участвуют иностранные лица.

[9] Например, судебным извещениям посвящены глава 12 АПК РФ, глава 10 ГПК РФ. Тем не менее, многие идеи, положенные в основу правового регулирования уведомлений, едины и в арбитраже, и в государственном судопроизводстве. Так, согласно частям 2-4 статьи 123 АПК РФ *«Гражданин считается извещенным надлежащим образом, если судебное извещение вручено ему лично или совершеннолетнему лицу, проживающему совместно с этим гражданином, под расписку на подлежащем возврату в арбитражный суд уведомлении о вручении либо ином документе с указанием даты и времени вручения, а также источника информации. Судебное извещение, адресованное юридическому лицу, вручается лицу, уполномоченному на получение корреспонденции. Лица, участвующие в деле, и иные участники арбитражного процесса также считаются извещенными надлежащим образом арбитражным судом, если: 1) адресат отказался от получения копии судебного акта и этот отказ зафиксирован организацией почтовой связи или арбитражным судом; 2) несмотря на почтовое извещение, адресат не явился за получением копии судебного акта, направленной арбитражным судом в установленном порядке, о чем организация почтовой связи уведомила арбитражный суд; 3) копия судебного акта не вручена в связи с отсутствием адресата по указанному адресу, о чем организация почтовой связи уведомила арбитражный суд с указанием источника данной информации; 4) судебное извещение вручено уполномоченному лицу филиала или представительства юридического лица; 5) судебное извещение вручено представителю лица, участвующего в деле; 6) имеются доказательства вручения или направления судебного извещения в порядке, установленном частями 2 и 3 статьи 122 настоящего Кодекса. В случае, если место нахождения или место жительства ответчика неизвестно, надлежащим извещением считается направление извещения по последнему известному месту нахождения или месту жительства ответчика»*.

Статья 4. Отказ от права на возражение[1]

Если сторона, которая знает о том, что какое-либо положение настоящего Закона, от которого стороны могут отступать, или какое-либо требование, предусмотренное арбитражным соглашением, не были соблюдены, и тем не менее продолжает участвовать в арбитражном разбирательстве, не заявив возражений против такого несоблюдения без неоправданной задержки, а если для этой цели предусмотрен какой-либо срок, то в течение такого срока она считается отказавшейся от своего права на возражение.

Комментируемая статья сохранена в ранее действовавшей редакции и текстуально совпадает со статьей 4 Типового закона ЮНСИТРАЛ. Аналогичные нормы имеются в арбитражном законодательстве некоторых стран[2].

Комментируемая статья призвана обеспечить надлежащую процедуру арбитражного разбирательства, с одной стороны, а с другой стороны, обеспечить окончательность арбитражного решения и ограничить возможности процессуальных злоупотреблений стороны, которая, зная о допущенных процессуальных нарушениях, своевременно не заявляет об этом.

Правовым снованием для установленного комментируемой нормой последствия не заявления о допущенном нарушении является природа третейского разбирательства, которая основывается на соглашении сторон. То есть, если сторона не заявляет в разумный срок о нарушении процедуры, то считается, что сторона в силу своего молчаливого поведения согласилась с такой процедурой.

При применении данной статьи необходимо учитывать следующие важные особенности:

1. Для того, чтобы сторона потеряла права на возражение, сторона:

   а) должна знать о не соблюдении требования арбитражного соглашения или диспозитивной нормы Закона о МКА;

   и при этом

[1] Автор комментария – А.В. Грищенкова.
[2] Статья 73 английского Закона об арбитраже 1996, статья 34 закона Швеции об арбитраже, статья 1027 Гражданского процессуального кодекса Германии.

© RAA

б) продолжила участвовать в разбирательстве, не заявив возражений в установленный срок или, при отсутствии такого срока, в разумный срок.

Из буквального толкования закона следует, что для утраты права на возражение необходимо, чтобы сторона знала (а не должна или могла знать) о несоблюдении положения закона или арбитражного соглашения[3].

2. Утрачено может быть лишь право на возражение против нарушения положений Закона о МКА, от которых можно отступить, то есть от диспозитивных, но не императивных положений.

К таким положениям, относятся, в том числе, положения о назначении арбитров[4], отводе[5] и прекращении полномочий арбитров[6], определении начала арбитражного разбирательства[7], выборе языка разбирательства[8], места проведения арбитража[9], способа извещения сторон[10], проведении или не проведении устного слушания[11].

3. В соответствии с комментируемой нормой сторона должна заявить о своих возражениях «без неоправданной задержки», а если для этой цели предусмотрен какой-либо срок, в течение данного срока.

Такой срок может быть установлен Законом о МКА, арбитражным соглашением или составом арбитража.

Законом о МКА установлены, в том числе, следующие сроки:

---

[3] Для сравнения – английским Законом об арбитраже 1996 года предусмотрено большее количество случаев утраты права на возражение. В статье 73 указано, что *«если сторона арбитража принимает участие или продолжает участвовать в разбирательстве, не заявив возражение.. она не вправе заявлять возражение позднее перед составом арбитража или судом, если только она не докажет, что в то время, когда она приняла участие или продолжила принимать участие в разбирательстве, она не знала и не могла, действуя разумно, узнать об основаниях для возражения».*

[4] Статья 11 Закона о МКА.

[5] Статья 13 Закона о МКА.

[6] Статья 14 Закона о МКА.

[7] Статья 21 Закона о МКА.

[8] Статья 22 Закона о МКА.

[9] Статья 20 Закона о МКА,

[10] Статья 3 Закона о МКА.

[11] Статья 24 Закона о МКА.

а) заявление об отводе арбитра должно быть сделано в течение 15 дней после того, как стороне стало известно о формировании состава арбитража или об обстоятельствах для отвода, если иное не установлено сторонами[12];

б) оспаривание компетенции состава арбитража должно быть сделано не позднее представления стороной первого заявления по существу спора[13];

в) заявление о превышении составом арбитража своей компетенции должно быть сделано как только вопрос, выходящий за пределы компетенции, будет поставлен перед составом арбитража[14];

г) заявление об исправлении, разъяснении арбитражного решения, а также о вынесении дополнительного решения должно быть сделано в течение 30 дней со дня получения арбитражного решения, если не установлен иной срок[15].

В случае отсутствия установленного срока для заявления возражений в законе, соглашении сторон или решении состава арбитража (например, устанавливающем процедуру арбитражного разбирательства), возражения должны быть сделаны без неоправданной задержки.

В законе отсутствуют критерии неоправданности задержки. Предполагается, что под неоправданной задержкой можно понимать любой период, превышающий разумный срок для совершения соответствующего действия[16]. В международной практике выработана позиция, что под заявлением возражения без неоправданной задержки понимается заявление возраже-

---

[12] Статья 13 Закона о МКА.

[13] Статья 16 Закона о МКА. На практике достаточно часто арбитры отклоняют как несвоевременные возражения стороны против юрисдикции состава арбитража, заявленные после представления возражений по существу спора. Эта позиция поддерживается также и решениями государственных судов (см., решение МКАС при ТПП РФ от 30.12.2003 по делу N 58/2003, Определение ВС РФ от 24.05.2002 N 5-Г02-58).

[14] Статья 16 Закона о МКА.

[15] Статья 33 Закона о МКА.

[16] Так, например, в одном из дел, сторона заявила возражения против вынесения решения по делу усеченным составом арбитров в связи со смертью арбитра в течение 9 дней после его смерти. Суд посчитал девятидневный срок разумным (Постановление Президиума ВАС РФ от 20.07.2010 N 4325/10 по делу N А40-96594/09-68-760).

© RAA

ния либо на ближайшем устном слушании или, если слушание не назначено, в письменном возражении, поданном незамедлительно после возникновения соответствующих обстоятельств[17].

4. Закон не устанавливает возможности продления (или восстановления) пропущенного по уважительным причинам срока для представления возражения. Однако в силу диспозитивности третейского разбирательства такая возможность может быть установлена соглашением сторон как непосредственно в арбитражном соглашении, так и в согласованном арбитражном регламенте[18].

5. Положения комментируемой статьи не позволяют стороне «зарезервировать» право на заявление возражения на более поздней стадии. Если нарушение имеет место, сторона должна либо сразу же заявить об этом, либо она считается утратившей право ссылаться на такое допущенное нарушение. Опять таки, в силу диспозитивной природы третейского разбирательства такая возможность может быть предусмотрена в согласованном регламенте.

6. В случае, если возражения не заявлены надлежащим образом, сторона утрачивает право на возражение и, соответственно, данные возражения не могут быть заявлены на этапе оспаривания решения и не могут стать основанием для его отмены либо отказа в приведении в исполнение арбитражного решения.

В судебной практике встречаются, в том числе, следующие случаи утраты права на возражения:

---

[17] CLOUT case No. 659 [Oberlandesgericht Naumburg, Germany, 10 Sch 08/01, 21 February 2002], также доступно в Интернете <http://www.dis-arb.de/de/47/datenbanken/rspr/olg-naumburg-az-10-sch-08-01-datum-2002-02-21-id166> (последнее посещение – 01 июля 2016). Цит. по: UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, страница 18.

[18] Например, пункт 1.6 Регламента арбитража онлайн Арбитражной Ассоциации от 14.03.2017 предусматривает возможность сохранения права на возражение при соблюдении некоторых условий. *«Если какая-либо из сторон Арбитражного разбирательства онлайн не возразила незамедлительно против любого несоблюдения настоящего Регламента или любого требования арбитражного соглашения или применимой нормы процессуального права и тем не менее продолжает учавствовать в арбитраже, считается, что такая сторона отказалась от права заявить такое возражение, если только эта сторона не сможет доказать, что отсутствие такого заявления с учётом конкретных обстоятельств было обоснованным».*

– надлежащим образом извещенный ответчик не представил отзыва по делу и не оспорил компетенцию состава арбитража, в связи с чем, компетентный суд, даже несмотря на неясность арбитражной оговорки, отказался отменять арбитражное решение[19];

– представители стороны участвовали в деле, не заявляя отвод арбитрам, в этой связи суд отказал в отмене арбитражного решения и не согласился с доводом стороны о нарушении принципа беспристрастности[20].

[19] Решение МКАС при ТПП РФ от 28.06.2010 по делу N 143/2009, Постановление Президиума ВАС РФ от 11.05.2005 N 207/04 по делу N А40-11425/03-30-89, Определение ВС РФ от 21.01.2002 N 45-Г01-38.

[20] Определение ВАС РФ от 12.12.2011 N ВАС-15217/11 по делу N А40-27101/11-141-232, Определение ВС РФ от 24.04.2001 N 5-Г01-48.

© RAA

Статья 5. Пределы вмешательства суда[1]

По вопросам, регулируемым настоящим Законом, никакое судебное вмешательство не должно иметь места, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено в настоящем Законе.

Статья 5 практически дословно повторяет статью 5 Типового закона ЮНСИТРАЛ и закрепляет принцип недопустимости судебного вмешательства в деятельность арбитражных судов, за исключением случаев, прямо предусмотренных в Законе о МКА[2]. Никакие иные законы и подзаконные нормативно-правовые акты не могут расширять перечень таких «изъятий».

Следует заметить, что периодически предпринимаются попытки умалить ценность третейского разбирательства со ссылками на его противоречие Конституции РФ и на то, что оно якобы может ограничивать конституционное право лица на защиту его интересов государственным судом[3]. В связи с этим КС РФ указал, что ограничение компетенции судов, закрепленное в статье 5 Закона о МКА, представляет собой *«необходимую гарантию реализации сторонами права на свободу договора и осуществления ими права на судебную защиту в той процессуальной форме, которая была ими добровольно избрана»* и которая не исключает возможности обращения в суды в случаях, предусмотренных Законом о МКА[4].

КС РФ также указал, что *«заключая арбитражное соглашение, субъекты гражданско-правовых отношений добровольно отказываются от разрешения споров государственным судом»*[5].

---

[1] Автор комментария – Н.А. Богданова.

[2] Для сравнения кратко отметим, что аналогичная норма имеется в параграфе 1026 Германского процессуального уложения и в параграфе 1(c) английского Закона об арбитраже 1996 г.

[3] В соответствии с частью 1 статьи 46 Конституции РФ каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод».

[4] Определение КС РФ от 20.02.2002 № 54-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы акционерной компании «Алроса» на нарушение конституционных прав и свобод статьями 5 и 34 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже».

[5] Определение КС РФ от 15.05.2001 № 204-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы акционерной компании «Алроса» и запроса Верховного суда Республики Саха (Якутия) о проверке конституционности пункта 1 статьи 35 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже».

© RAA

По указанной причине Закон о МКА закрепляет исчерпывающий перечень относительно немногочисленных случаев, когда государственный суд осуществляет какие-либо действия в связи с арбитражным разбирательством:

(i) направление сторон в арбитраж, в случае, когда одна из сторон арбитражного соглашения обратится с иском по существу вопроса, охваченному арбитражным соглашением, в государственный суд[6];

(ii) принятие мер по обеспечению иска, поданному в рамках третейского разбирательства[7];

(iii) назначение, отвод и прекращение полномочий арбитров в случаях, предусмотренных Законом о МКА[8];

(iv) рассмотрение заявлений об отмене положительного предварительного арбитражного решения о компетенции[9];

(v) содействие в получении доказательств[10];

(vi) отмена арбитражного решения[11];

(vii) признание и приведение в исполнение арбитражного решения[12].

Новая редакция Закона о МКА предоставляет сторонам третейского разбирательства возможность исключить прямым соглашением осуществление судом некоторых полномочий, а именно:

(i) назначение[13], отвод[14] и прекращение[15] полномочий арбитров;

(ii) рассмотрение заявлений об отмене положительного предварительного арбитражного решения о компетенции[16];

---

[6] Пункт 1 статьи 8 Закона о МКА.
[7] Статья 9 Закона о МКА.
[8] Пункт 3 и 4 статьи 11, пункт 3 статьи 13, статья 14 Закона о МКА.
[9] Пункт 3 статьи 16 Закона о МКА.
[10] Статья 27 Закона о МКА.
[11] Статья 34 Закона о МКА.
[12] Статьи 35, 36 Закона о МКА.
[13] Пункт 5 статьи 11 Закона о МКА.
[14] Пункт 3 статьи 13 Закона о МКА.
[15] Пункт 1 статьи 14 Закона о МКА.
[16] Пункт 3 статьи 16 Закона о МКА.

© RAA

(iii) отмена арбитражного решения[17].

Следует заметить, что судебное вмешательство в арбитражное разбирательство может иметь место только в случае обращения за защитой нарушенных и оспариваемых прав одним из участников арбитражного разбирательства либо при обращении самого состава арбитража, но не по инициативе государственного суда. Любое другое вмешательство государственного суда в спор, рассматриваемый составом арбитража, является незаконным.

В литературе отмечается, что ограничение возможности вмешательства государственных судов в процедуру арбитражного рассмотрения споров и оспаривания вынесенных арбитражных решений является одним из преимуществ международного коммерческого арбитража[18].

[17] Пункт 1 статьи 34 Закона о МКА.

[18] Карабельников Б.Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2008. 606 с. // СПС Консультант плюс.

© RAA

Статья 6. Органы для выполнения определенных функций содействия и контроля в отношении арбитража[1]

Функции, указанные в пунктах 3 и 4 статьи 11, пункте 3 статьи 13, статье 14, пункте 3 статьи 16 и пункте 2 статьи 34, выполняются компетентным судом, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Законом.

Настоящая статья определяет орган, который уполномочен осуществлять перечисленные в настоящей статье функции по отношению к международному арбитражу.

Текстуально статья 6 Закона о МКА дословно повторяет статью 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ[2].

Необходимо отметить, что перечень функций содействия и контроля, указанный в статье 6 Закона о МКА, не является исчерпывающим. Дополнительные функции содержатся в отдельных статьях Закона о МКА.

Как указано в пояснительной записке Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону ЮНСИТРАЛ[3], причиной для перечисления в статье 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ только отдельных функций содействия и контроля (связанных с назначением, отводом, прекращением полномочий арбитров, юрисдикцией состава арбитража и отменой арбитражного решения) явилось стремление к централизации, специализации и эффективности[4].

---

[1] Автор комментария – С.В. Морозов.

[2] Формулировка статьи 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ предусматривает, что каждое государство, вводящее в действие настоящий Типовой закон, указывает суд, суды или, когда это указано в тексте закона, иные органы, компетентные выполнять такие функции, перечисленные в статье 6 Типового закона.

[3] Пояснительная записка Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже 1985 года с изменениями, принятыми в 2006 году <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf> (последнее посещение – 30 июня 2016 года). См. также: Протокол 310 заседания ЮНСИТРАЛ 05 июня 1985 года при подготовке Типового закона. Пар. 27 и сл. // Ежегодник ЮНСИТРАЛ. 1985. Том XVI. С. 421. <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/310meeting-e.pdf> (последнее посещение – 30 июня 2016 года).

[4] Между тем, в отношении статьи 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ не была предоставлена какая- либо судебная практика при подготовке в 2012 году Сборника прецедентного права по Типовому закону ЮНСИТРАЛ. См.: UNCITRAL

© RAA

При этом в пояснительной записке указано, что вопросами юрисдикции и отменой арбитражного решения могут заниматься только государственные суды, а назначением, отводом, прекращением полномочий арбитров – также и иные органы (например, арбитражные учреждения или торговые палаты)[5].

Данный подход был в полной мере воспринят в прежней редакции статьи 6 Закона о МКА. Для международного коммерческого арбитража *ad hoc* на территории России функции, связанные с назначением, отводом, прекращением полномочий арбитров должен был выполнять президент ТПП РФ[6], а функции, связанные с юрисдикцией и отменой арбитражного решения (для арбитража *ad hoc* и институционального арбитража) – суды общей юрисдикции, а впоследствии – государственные арбитражные суды[7].

2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf> (последнее посещение – 30 июня 2016 года).

[5] Примечательно, что инициатором предоставления в статье 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ таких полномочий внесудебным органам была делегация СССР во главе с проф. С.Н. Лебедевым. См.: Протокол 310 заседания ЮНСИТРАЛ 05 июня 1985 года при подготовке Типового закона. Пар. 28, 42, 44 // Ежегодник ЮНСИТРАЛ. 1985. Том. XVI. С. 421-422 <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/310meeting-e.pdf> (последнее посещение – 30 июня 2016 года); A/CN.9/263. Пар. 9. С. 18 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V85/241/24/PDF/V8524124.pdf?Open Element> (последнее посещение – 30 июня 2016 года).

[6] При передаче спора на разрешение ПДАУ указанные функции должны были выполняться в соответствии с регламентом ПДАУ. Подробнее см.: Международный коммерческий арбитраж. Комментарий законодательства. Постатейный научно-практический комментарий к Закону РФ «О международном коммерческом арбитраже» / Под ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина. СПб., 2007. С. 39. См. также замечания представителя Международной торговой палаты г-на Хьернера, который участвовал вместе с авторами указанного выше комментария в разработке Типового закона ЮНСИТРАЛ: Протокол 310 заседания ЮНСИТРАЛ 05 июня 1985 года при подготовке Типового закона. Пар.34 // Ежегодник ЮНСИТРАЛ. 1985. Том. XVI. С. 422 <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/310meeting-e.pdf> (последнее посещение – 30 июня 2016 года).

[7] После вступления в силу § 1 «Подведомственность» главы 4 АПК РФ. См. также: Международный коммерческий арбитраж. Комментарий законодательства. Постатейный научно-практический комментарий к Закону РФ «О международном коммерческом арбитраже» / Под ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина. СПб., 2007. С. 40-41; Постатейный комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Т.К. Андреева, С.К. Загайнова, А.В. Закарлюка и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2013 // СПС Консультант Плюс.

В ныне действующей редакции все функции содействия и контроля в отношении третейского разбирательства должны осуществлять государственные суды РФ. Исключение сделано лишь для МКАС и МАК[8]. По делам, подлежащим рассмотрению в этих учреждениях и относящимся к международному коммерческому арбитражу, президент ТПП РФ продолжает выполнять функции, связанные с назначением, отводом, прекращением полномочий арбитров, как и в прежней редакции Закона о МКА.

К функциям содействия и контроля в отношении арбитража стоит отнести разрешение вопросов, связанных с:

(i) избранием (назначением) арбитров[9];

(ii) отводом арбитров[10];

(iii) прекращением полномочий арбитров[11];

(iv) содействием составу арбитража в получении доказательств[12];

(v) обеспечением иска, поданного в рамках третейского разбирательства[13];

(vi) оспариванием предварительного положительного решения состава арбитража о компетенции[14];

(vii) оспариванием (отменой) арбитражного решения[15];

(viii) принудительным исполнением арбитражных решений[16];

(ix) возражениями против признания иностранного арбитражного решения, не требующего принудительного исполнения[17].

---

[8] Приложения I и II к Закону о МКА.
[9] Пункты 3 и 4 статьи 11 Закона о МКА.
[10] Пункт 3 статьи 13 Закона о МКА.
[11] Пункт 1 статьи 14 Закона о МКА.
[12] Статья 27 Закона о МКА.
[13] Статья 9 Закона о МКА.
[14] Пункт 3 статьи 16 Закона о МКА.
[15] Статья 34 Закона о МКА, статья 31 АПК РФ, статья 30.1 ГПК РФ.
[16] Статья 35 Закона о МКА, статья 31 АПК РФ, статья 30.1 ГПК РФ.
[17] Статья 245.1 АПК РФ, статья 413 и статья 416 ГПК РФ.

© RAA

При этом стороны, арбитражное соглашение которых предусматривает администрирование арбитража ПДАУ, своим прямым соглашением могут:

(i) исключить разрешение государственным судом вопросов:

(a) о назначении арбитров[18];

(b) об отводе арбитров[19],

(c) прекращении полномочий арбитров[20];

(d) о компетенции состава арбитража[21];

(ii) договориться об окончательности арбитражного решения, которое в этом случае не будет подлежать отмене[22].

Положения, предоставляющие сторонам возможность отказаться от выполнения уполномоченным органом функций содействия и контроля, связанных с назначением, отводом, прекращением полномочий арбитров и компетенцией состава арбитража, не применяются к арбитражу, начатому и не завершенному до 01 сентября 2016 года[23].

Понятие компетентного суда закрепляется в абзаце 5 статьи 2 Закона о МКА. В соответствии с ним компетентным судом является суд Российской Федерации, определенный в соответствии с процессуальным законодательством Российской Федерации. Суд обладает компетенцией, если он имеет полномочия на рассмотрение и разрешение одновременно подведомственного и подсудного ему дела[24].

---

[18] Пункт 5 статьи 11 Закона о МКА.

[19] Пункт 3 статьи 13 Закона о МКА.

[20] Пункт 1 статьи 14 Закона о МКА. По нашему мнению, данные положения о назначении, отводе и прекращении полномочий арбитров стоит толковать расширительно и распространять возможности сторон отказаться также и от содействия арбитражу со стороны президента ТПП РФ в случае администрирования спора МКАС или МАК.

[21] Пункт 3 статьи 16 Закона о МКА.

[22] Пункт 1 статьи 34 Закона о МКА.

[23] В силу частей 17 и 20 статьи 13 Закона о внесении изменений в законодательство о третейских судах.

[24] Арбитражный процесс: Учебник / Отв. ред. В.В. Ярков. М.: Инфотропик Медиа, 2014. С. 70; Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушникова. М.: Издательский Дом «Городец», 2011. С. 99.

Общие правила о подведомственности (статья 27 АПК РФ, статья 22 ГПК РФ) служат для выбора надлежащей системы судов Российской Федерации: арбитражных судов или судов общей юрисдикции. Базовым критерием для определения подведомственности является предмет (характер) спорного правоотношения и содержание спора (дела)[25].

Арбитражные суды Российской Федерации, таким образом, выполняют функции содействия и контроля в отношении арбитража по спорам, возникающим из гражданских правоотношений при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности.

Суды общей юрисдикции выполняют функции содействия и контроля в отношении арбитража по иным гражданско-правовым спорам, не отнесенным законом к ведению арбитражных судов.

Подсудностью на выполнение функций содействия и контроля в отношении арбитража могут[26] обладать арбитражные суды субъектов Российской Федерации и районные суды, суды субъектов Российской Федерации в системе судов общей юрисдикции, а также отдельно упомянутые Арбитражный суд г. Москвы и Московский городской суд.

При оказании содействия и контроля в отношении арбитража государственный суд руководствуется нормами процессуального законодательства, действующими на момент возбуждения судом производства по соответствующему заявлению, а также действующей в этот момент редакцией Закона о МКА.

---

[25] Подробнее см.: Арбитражный процесс: Учебник / Отв. ред. В.В. Ярков. М., 2014. С. 71; Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М.К. Треушникова. М.: Издательский Дом «Городец», 2011. С. 94; Курочкин С.А. Международный коммерческий арбитраж и третейское разбирательство. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 192.

[26] В некоторых случаях может потребоваться заключение сторонами специального соглашения.

© RAA

Статья 7. Определение, форма и толкование арбитражного соглашения[1]

1. **Арбитражное соглашение - это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением или его частью независимо от того, носило такое правоотношение договорный характер или нет. Арбитражное соглашение может быть заключено в виде арбитражной оговорки в договоре или в виде отдельного соглашения.**

2. **Арбитражное соглашение заключается в письменной форме.**

3. **Положение, предусмотренное пунктом 2 настоящей статьи, считается соблюденным, если арбитражное соглашение заключено в форме, позволяющей обеспечить фиксацию содержащейся в нем информации или доступность такой информации для последующего использования.**

4. **Арбитражное соглашение считается заключенным в письменной форме в виде электронного сообщения, если содержащаяся в нем информация является доступной для последующего использования и если арбитражное соглашение заключено в соответствии с требованиями закона, предусмотренными для договора, заключаемого путем обмена документами посредством электронной связи.**

5. **Арбитражное соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно заключается путем обмена исковым заявлением и отзывом на исковое заявление, в которых одна сторона заявляет о наличии соглашения, а другая против этого не возражает.**

6. **Ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, представляет собой арбитражное соглашение, заключенное в письменной форме, при условии, что указанная ссылка позволяет считать такую оговорку частью договора.**

7. **Арбитражное соглашение может быть заключено путем его включения в правила организованных торгов или правила**

[1] Автор комментария – А.А. Панов.

клиринга, которые зарегистрированы в соответствии с законодательством Российской Федерации. Такое арбитражное соглашение является арбитражным соглашением участников организованных торгов, сторон договора, заключенного на организованных торгах в соответствии с правилами организованных торгов, или участников клиринга.

8. **Арбитражное соглашение о передаче в арбитраж всех или части корпоративных споров участников созданного в Российской Федерации юридического лица и самого юридического лица, для разбирательства которых применяются правила разбирательства корпоративных споров в соответствии с Федеральным законом «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», может быть заключено путем включения его в устав юридического лица. Устав, содержащий такое арбитражное соглашение, а также изменения в устав, предусматривающие такое арбитражное соглашение и изменения в него, принимаются высшим органом управления (собранием участников) юридического лица единогласно всеми участниками этого юридического лица. Арбитражное соглашение, заключенное в порядке, установленном настоящим пунктом, распространяется на споры участников юридического лица и самого юридического лица, в которых участвует другое лицо, только если это другое лицо прямо выразило свою волю на обязательность для него указанного арбитражного соглашения. Арбитражное соглашение не может быть заключено путем включения его в устав акционерного общества с числом акционеров – владельцев голосующих акций одна тысяча и более, а также в устав публичного акционерного общества.**

9. **При толковании арбитражного соглашения любые сомнения должны толковаться в пользу его действительности и исполнимости.**

10. **Если стороны не договорились об ином, арбитражное соглашение по спору, возникающему из договора или в связи с ним, распространяется на любые сделки между сторонами третейского соглашения, направленные на исполнение, изменение или расторжение указанного договора.**

11. **При перемене лица в обязательстве, в отношении которого заключено арбитражное соглашение, арбитражное**

© RAA

соглашение действует в отношении как первоначального, так и нового кредитора, а равно как первоначального, так и нового должника.

12. Арбитражное соглашение, содержащееся в договоре, распространяется также на любые споры, связанные с заключением такого договора, его вступлением в силу, изменением, прекращением, действительностью, в том числе и с возвратом сторонами исполненного по договору, признанному недействительным или незаключенным, если иное не следует из самого арбитражного соглашения.

13. Правила арбитража, на которые ссылается арбитражное соглашение, рассматриваются в качестве неотъемлемой части арбитражного соглашения. Условия, которые в соответствии с настоящим Законом могут быть определены только прямым соглашением сторон, не рассматриваются в качестве неотъемлемой части арбитражного соглашения, если они включены в правила арбитража, но в отношении их отсутствует прямое соглашение сторон.

1. Статья II Нью-Йоркской конвенции обязывает государства-участники (в том числе и РФ) признавать арбитражные соглашения, заключенные в письменной форме[2].

Предыдущая версия Закона о МКА также регулировала понятие и форму арбитражного соглашения. Однако комментируемая статья претерпела значительные изменения по сравнению с предыдущей редакцией. Новыми являются пункты 3 – 4 и 7 – 13 комментируемой статьи. Изменился также предмет регулирования данной статьи: к понятию и форме арбитражного соглашения добавлены также вопросы его толкования.

Пункты 1 – 6 комментируемой статьи в основном воспроизводят пункты 1 – 6 статьи 7 (Вариант I) Типового закона ЮНСИТРАЛ в редакции 2006 г. с небольшими редакционными изменениями и уточнениями. Соответственно, пункты 7 – 13 не имеют аналогов в Типовом законе ЮНСИТРАЛ.

[2] Пункт 1 статьи II Нью-Йоркской конвенции: *«Каждое Договаривающееся Государство признает письменное соглашение, по которому стороны обязуются передавать в арбитраж все или какие-либо споры, возникшие или могущие возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным договорным или иным правоотношением, объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства»*.

Определение арбитражного соглашения, содержащееся в пункте 1 комментируемой статьи, в целом основано на положении статьи II Нью-Йоркской конвенции и пункта 1 статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

По сравнению с предыдущей версией комментируемого пункта (и текстом пункта 1 статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ) определение арбитражного соглашения было дополнено указанием на то, что арбитражным соглашением может предусматриваться передача спора не только в связи с конкретным правоотношением, но в связи с частью этого правоотношения. Данное нововведение подчеркивает возможности передачи не всех споров по договору на разрешение арбитража, а только некоторых их них.

Содержащееся в законе определение арбитражного соглашения еще раз подчеркивает, что в арбитраж могут передаваться как договорные, так и внедоговорные споры (например, споры из неосновательного обогащения или деликтные споры).

Наличие арбитражного соглашения предполагает, что его стороны отказываются от права на обращение в государственный суд по спорам, подпадающим под него. Такой отказ является допустимым как с точки зрения статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод[3], так и с точки зрения Конституции Российской Федерации[4].

Договоренность сторон о передаче споров в арбитраж может быть включена в текст основного договора (арбитражная оговорка) или оформлена в виде самостоятельного соглашения (арбитражное соглашение).

Как правило, стороны соглашаются передать в арбитраж будущие споры, но возможно также заключение соглашения о передаче в арбитраж уже возникшего между ними разногласия[5].

---

[3] См., в частности, Постановление ЕСПЧ от 28.06.1984 по делу Campbell & Fell против Великобритании (заявления 7819/77 и 7878/77); Постановление ЕСПЧ 8.07.1986 г. по делу Lithgow и другие против Великобритании (заявления №9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 и 9405/81).

[4] См., в частности, Пункт 2 Постановления КС РФ от 26.05.2011 № 10-П, а также Определения КС РФ от 09.12.1999 № 191-О; от 26.10.2000 №214-О; от 21.06.2000 № 123-О.

[5] См. часть 6 статьи 4 АПК РФ: *«По соглашению сторон подведомственный арбитражному суду спор, возникший из гражданско-правовых отношений, до принятия арбитражным судом первой инстанции судебного акта, которым закан-*

© RAA

В зависимости от формулировки арбитражной оговорки ее объем может быть как предельно широким («все споры, возникающие из или в связи с настоящим договором»), так и узким, охватывающим только отдельную категорию споров или даже конкретный спор.

Особого обсуждения заслуживают так называемые альтернативные оговорки, которые предусматривают использование того или иного способа разрешения споров (обычно возможность подачи иска в государственный суд или арбитраж) по выбору сторон.

В настоящее время в РФ не сложилось однозначного подхода к подобного рода оговоркам: некоторые суды считают, что арбитражная оговорка, в которой выбор между арбитражем и государственным судом принадлежит только одной стороне, является недействительной[6], другие признают такую оговорку действительной и исполнимой[7].

Однако эта неопределенность касается только случаев, когда оговорка является асимметричной, т.е. дает только *одной* стороне возможность выбора между арбитражем и обращением в государственный суд. Соглашения, в которых *каждая* из сторон имеет возможность выбора между арбитражным разбирательством и государственным судом, признаются действительными[8].

чивается рассмотрение дела по существу, может быть передан сторонами на рассмотрение третейского суда, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом и федеральным законом». В иностранной литературе соглашение о передаче на разрешение арбитража существующего спора называется *submission agreement, compromis*. В России в результате арбитражной реформы разделение на соглашения о будущих и уже возникших спорах утратило практическую значимость. Ранее в соответствии с пунктом 3 статьи 5 Закона о третейских судах арбитражные соглашения в договорах присоединения допускались только в отношении уже возникших споров. При этом суды достаточно узко понимали договор присоединения для этих целей (см., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 01.06.2010 г. № 17799/09). В обновленном законодательстве такое ограничение отсутствует.

[6] Постановление ФАС ЦО от 03.07.2014 по делу N А62-949/2014; Апелляционное определение судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда от 06.11.2015 по делу № 33-33426/2015; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 14.03.2016 по делу № А40-125181/2013.

[7] Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 12.03.2015 по делу № А53-17338/2014.

[8] Определение ВС РФ от 27.05.2015 №310-ЭС14-5919 по делу №А62-1635/2014; Постановление Президиума ВАС РФ от 14.02.2012 № 11196/11 по делу № А75-1836/2011; Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 10.04.2009 по делу N

Кроме того, действительными являются оговорки, в которых иск подается в тот или иной арбитражный институт в зависимости от того, кто выступает истцом[9].

Наконец, действительной является арбитражная оговорка, в которой место арбитража определяется, например, по месту нахождения истца[10].

Арбитражное соглашение, как и любое другое соглашение, может быть заключено как самой стороной, так и ее представителем. При этом доверенность, которая представляет лицу право на совершение определенного вида сделок от имени данного лица, включает также и полномочия на заключение арбитражного соглашения[11].

В случае заключения арбитражного соглашения неуполномоченным лицом должны применяться общие правила, согласно которым последующее одобрение договора его стороной должно компенсировать изначальный недостаток полномочий на заключение как самого договора, так и содержащегося в нем арбитражного соглашения[12].

Кроме того, если сторона принимает участие в арбитражном разбирательстве, не заявляя возражений относительно от-

---

А79-9019/2008. Встречаются также судебные акты, в которых действительной признавалась оговорка, в соответствии с которой одна сторона может обратиться с иском только в арбитраж, а другая – только в суд, см. Постановление ФАС Дальневосточного округа от 03.03.2014 по делу № А73-5339/2013.

[9] Постановление Президиума ВАС РФ от 13.01.2011 по делу № А40-16431/2010. Аналогичная норма применительно к альтернативным соглашениям о подсудности содержится также в пункте 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ № 158 от 9 июля 2013 г.

[10] Постановление Президиума ВАС РФ от 16.07.2013 по делу No. А27-7409/2011.

[11] Определение ВС РФ № 309-ЭС15-12928 по делу № А71-15240/2014.

[12] Судебная практика по данному вопросу противоречива. Несмотря на то, что в некоторых случаях суды не посчитали последующее одобрение основного договора достаточным для придания силы арбитражному соглашению (см., например: Постановление ФАС Дальневосточного округа от 01.11.2010 № Ф03-5383/2010 по делу № А73-4512/2008), преобладающая практика указывает на то, что одобрение сделки рассматривалось в качестве последующего одобрения арбитражного соглашения (см., например: Постановление ФАС поволжского округа от 19.12. 2011 по делу № А55-14511/2011, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 07.10.2009 по делу № А56-32360/2009; Решение МКАС при ТПП РФ от 25.05.2009 N 144/2008).

© RAA

сутствия полномочий лица, подписавшего арбитражное соглашение, она утрачивает право в дальнейшем ссылаться на это[13].

Арбитражное соглашение должно содержать: (1) явно выраженное намерение сторон на передачу споров в арбитраж; и (2) круг споров, подлежащих передаче в арбитраж (объем арбитражного соглашения).

Данные условия являются существенными для действительности арбитражного соглашения, при не соблюдении данных условий арбитражное соглашение считается не заключенным.

Все остальные условия, которые на практике включаются в арбитражное соглашение, являются дополнительными, и их отсутствие не влияет на его действительность.

Так, в арбитражном соглашении также рекомендуется выбрать *применимые правила арбитража* и *арбитражное учреждение*, которое будет администрировать спор. В нескольких делах российские суды приходили в выводу, что отсутствие правильного и четкого указания на арбитражное учреждение приводит к несогласованности арбитражного соглашения или к тому, что стороны признаются договорившимися об арбитраже *ad hoc*[14]. После того как Президиум ВАС РФ указал, что использование стандартной оговорки с очевидностью свидетельствует о воле сторон на передачу спора на рассмотрение конкретного арбитражного учреждения[15], практическое значение прямого выбора арбитражного учреждения в оговорке уменьшилось. Тем не менее, поскольку реформированное законодательство о третейских судах вводит различное регулирование администрируемого арбитража и арбитража *ad hoc* по ряду вопросов[16], значение выбора ПДАУ может снова возрасти.

Дополнительно стороны могут согласовать место арбитража; язык арбитражного разбирательства; количество ар-

[13] Определение ВС РФ от 29.02.2016 № 309-ЭС15-12928 по делу № А71-15240/2014.

[14] Постановление ФАС Московского округа от 13.03.2012 по делу № А40-21119/11-68-183, А40-29251/11-68-256.

[15] Постановление Президиума ВАС РФ от 16.07.2013 № 2572/13 по делу № А27-7409/2011.

[16] Например, корпоративные споры не могут передаваться в арбитраж *ad hoc* (часть 3 ст. 225.1 АПК РФ); законодатель не допускает заключения соглашений об исключении возможности оспаривания решений, принятых арбитражами *ad hoc* (пункт 1 статьи 34 Закона о МКА) и т.п.

битров и порядок их назначения; требования к арбитрам (их квалификации и/или гражданству); порядок распределения арбитражных расходов; обязательство сохранять конфиденциальность арбитражного разбирательства; процедуру раскрытия доказательств[17].

Стороны также могут согласовать необходимость совершения тех или иных шагов до инициирования арбитражного разбирательства. Речь, в частности, может идти о таких доарбитражных процедурах как переговоры, медиация, передача споров (особенно технического характера) на разрешение эксперту. Такие многоступенчатые арбитражные оговорки позволяют обеспечивать решение ряда споров на ранней доарбитражной стадии, что в большинстве случаев позволяет сэкономить деньги и время сторон. Однако позиция российских судов по обязательности соблюдения таких арбитражных процедур пока не сформировалась[18], хотя в большинстве юрисдикций с устойчивыми традициями арбитража суды последовательно исходят из необходимости соблюдения доарбитражных процедур[19].

2. Пункт 2 комментируемой статьи прямо указывает, что арбитражное соглашение должно быть заключено в письменной форме.

---

[17] Стороны могут, например, договориться об использовании Правил международной ассоциации юристов по получению доказательств в международном арбитраже 2010 г. (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration 2010) или наоборот исключить возможность истребования доказательств по запросу одной из сторон спора.

[18] Например, российские суды отменили Постановление МКАС по делу № 18/2007, которым арбитры прекратили производство по делу в связи с несоблюдением доарбитражного порядка урегулирования спора (Постановление ФАС Московского округа от 18.09.2008 N КГ-А40/8586-08 по делу N А40-27465/08-50-207). См. также: Постановление ФАС Московского округа от 28.08. 2007 № КГ-А40/7548-07 по делу № А40-15779/07-40-156; Постановление ВС РФ от 02.04.2002 по делу № 5-Г02-23.

[19] Например, такова позиция судов в Швейцарии (решение Верховного суда Швейцарии от 7.07.2014 в деле № 4A_124/2014), Англии (*Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Limited* [2014] EWHC 3193 (TCC) QBD), Австралии (*United Group Rail Services v Rail Corporation New South Wales* [2009] NSWCA 177 (3 July 2009)), Сингапуре (*International Research Corp PLC v Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd* [2012] SGHC 226). На обязательность соблюдения доарбитражного порядка указывается также в российской доктрине (ср.: *Карабельников Б.Р.*, Международный коммерческий арбитраж – Учебник, 2-е изд., М., 2013. С. 168-169).

© RAA

Хотя в числе изменений, внесенных в Типовой закон ЮНСИТРАЛ в 2006 году, было предложение отказаться от требования соблюдения письменной формы арбитражного соглашения[20], российский законодатель пошел по пути либерализации требований к письменной форме, вместо полного отказа от письменной формы.

3. Требование о письменной форме арбитражного соглашения считается соблюденным, если исполняется одно из условий: арбитражное соглашение заключено (1) в форме, позволяющей обеспечить фиксацию содержащейся в нем информации или (2) в форме, обеспечивающей доступность такой информации для последующего использования[21].

Таким образом, законодатель отошел от перечисления примеров соблюдения письменной формы соглашения, как делалось в прежней редакции закона[22] и в статье II Нью-Йоркской конвенции[23].

В новой редакции комментируемой статьи в принципе ответствует упоминание подписанного документа, поэтому необходимо оценивать именно наличие зафиксированной в том или ином виде договоренности сторон об арбитраже. Таким образом, арбитражное соглашение может быть заключенным и в том случае, если стороны обменялись неподписанными письмами по вопросу заключения арбитражного соглашения[24]. Письменная форма также должна признаваться соблю-

[20] Вариант II статьи 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

[21] В настоящее время разница между первым и вторым вариантом не вполне очевидна, однако, по всей видимости, такая формулировка может обеспечить применимость определения с развитием новых технологий без необходимости прибегать к расширительному толкованию.

[22] Согласно пункту 2 статьи 7 Закона о МКА в предыдущей редакции: *«Соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения, либо путем обмена исковым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает»*.

[23] *«Термин «письменное соглашение» включает арбитражную оговорку в договоре, или арбитражное соглашение, подписанное сторонами, или содержащееся в обмене письмами или телеграммами»* (пункт 2 статьи II Нью-Йоркской конвенции).

[24] Постановление ФАС МО от 05.06. 2013 по делу № А40-113545/12-52-1054. Необходимо отметить, однако, что данное дело касалось исполнения решения с ме-

денной при акцепте конклюдентными действиями[25] предложения заключить договор, если в проекте договора содержалась арбитражная оговорка[26].

4. Заключение арбитражного соглашения с помощью электронных средств связи также будет признаваться соблюдением письменной формы.

Для этого необходимо одновременное соблюдение двух условий: (1) содержащаяся в нем информация является доступной для последующего использования и (2) оно заключено в соответствии с требованиями закона, предусмотренными для договора, заключаемого путем обмена документами посредством электронной связи.

Что касается второго требования, то действующее на настоящий момент регулирование не позволяет в полной мере оценить, какие именно требования необходимо соблюсти. С одной стороны пункт 4 статьи 11 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» требует обмена электронными сообщениями, «*каждое из которых подписано электронной подписью*[27] *или иным аналогом собственноручной подписи отправителя такого сообщения*»[28]. С другой стороны, ГК РФ[29] требует только наличие возможности достоверно установить, что электронное сообщение исходит от стороны по договору.

стом арбитража в Швейцарии, поэтому, строго говоря, должно было разрешаться с учетом норм швейцарского права (ср.: Решение Верховного суда Швейцарии от 18.02.2016 по делу № 4A_84/2015 – <http://www.swissarbitrationdecisions.com/unsigned-arbitration-clause-upheld > – последнее посещение 20 января 2017).

[25] Пункт 3 статьи 438 ГК РФ.

[26] Пункт 3 статьи 434 ГК РФ.

[27] В силу части 4 статьи 19 Федерального закона от 06 апреля 2011 г. № 63-ФЗ «Об электронной подписи» в данном случае речь должна идти об усиленной квалифицированной электронной подписи.

[28] См. также статьи 6 и 7 Федерального закона от 06 апреля 2011 г. № 63-ФЗ «Об электронной подписи».

[29] Пункт 2 статьи 434 ГК РФ: *«Договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена письмами, телеграммами, телексами, телефаксами и иными документами, в том числе электронными документами, передаваемыми по каналам связи, позволяющими достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору»*.

© RAA

Представляется, что использование квалифицированной электронной подписи все-таки не является обязательным. Электронная квалифицированная подпись является всего лишь аналогом собственноручной подписи, а комментируемая статья не содержит требования о подписании сторонами арбитражного соглашения[30].

5. Письменная форма считается соблюденной путем обмена исковым заявлением и отзывом на исковое заявление, в которых одна сторона заявляет о наличии соглашения, а другая против этого не возражает.

В этом случае письменная форма также считается соблюденной, поскольку в исковом заявлении всегда содержится ссылка на применимый арбитражный регламент, что должно рассматриваться как оферта. Соответственно, письменный отзыв на исковое заявление, в котором ответчик не возражает против предложенного арбитражного соглашения, должен рассматриваться как акцепт[31].

6. Пункт 6 комментируемой статьи предусматривает возможность включения в договор арбитражной оговорки путем отсылки к документу, содержащему арбитражную оговорку. При этом закон требует, чтобы ссылка была достаточной понятной,

---

[30] Так, в одном деле, суды признали заключенной арбитражную оговорку, содержащуюся в Условиях оказания рекламных услуг известной интернет-компании, которые были приняты посредством регистрации в системе Google Adwords, см. Определение Арбитражного суда г. Москвы от 04.09.2014 г. по делу № А40-111306/2014. Необходимо отметить, что в данном деле услуги по договору, заключенному посредством регистрации в системе, были оплачены банковским переводом с использованием уникального идентификационного номера, присвоенного пользователю.

[31] Так, в Определении ВС РФ от 18.06.2002 N 5-Г02-69 суд признал обоснованным вывод состава арбитража МКАС о наличии юрисдикции в отношении лица, которое фактически приняло на себя обязанности по спорному договору вместо исключенного из ЕГРЮЛ юридического лица, но при рассмотрении спора в МКАС не возражало против юрисдикции состава арбитража (см. также Определение ВС РФ от 07.12.2001 N 5-Г01-157). В решении от 13.09.2001 по делу № 172/2001 МКАС признал свою компетенцию со ссылкой на это положение закона, хотя арбитражного соглашения в спорном договоре не содержалось. Однако это решение было отменено, поскольку суды пришли к выводу о том, что исковое заявление от имени истца было подано не уполномоченным лицом (Определение ВС РФ от 26.04.2002 N 5-Г02-40). Эта статья также иногда использовалась для восполнения недостатков патологической арбитражной оговорки (Постановление Президиума ВС РФ от 24.11.1999 N 165пв99).

чтобы считать оговорку частью заключенного сторонами договора.

Если из договора следует, что он заключен на основании стандартных условий, в которых содержится арбитражная оговорка, такая ссылка обычно является достаточной для инкорпорации соглашения о разрешении споров в договор[32].

Ссылка также может быть сделана на порядок разрешения споров, содержащийся в другом договоре[33]. Однако, общего упоминания другого договора недостаточно для того, чтобы признать содержащуюся в нем арбитражную оговорку частью нового соглашения[34]. В этом случае требуется явная и недвусмысленная воля сторон распространить порядок разрешения споров, содержащийся в одном договоре, на отношения из другого договора[35].

7. Частным случаем отсылки к стандартным условиям является включение арбитражного соглашения в правила организованных торгов или правила клиринга. Заключение арбитражного соглашения в такой форме допускается, только если правила организованных торгов или правила клиринга зарегистрированы в Центральном банке России в соответствии с требованиями законодательства[36].

Данное положение закрепляет уже сложившуюся в России практику включения арбитражных соглашений в правила биржи, которую российские суды признавали допустимой, несмотря на отсутствие прямого указания на эту возможность в законе[37].

Отличительной особенностью такого способа заключения арбитражного соглашения является то, что оно распространя-

---

[32] См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 01.06. 2010 № 17799/09.

[33] Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 14.08.2014 N Ф07-5324/2014 по делу N А56-45107/2013; Постановление ФАС Московского округа от 20.09.2005, 13.09.2005 N КГ-А40/7677-05.

[34] Ср.: Решение МКАС при ТПП РФ от 30.12.2003 по делу N 59/2003; Решение МКАС при ТПП РФ от 30.12.2003 по делу N 58/2003.

[35] Постановление ФАС Московского округа от 18.04.2012 по делу N А40-98213/10-141-816, А40-94450/10-8-850.

[36] См. статью 27 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 325-ФЗ «Об организованных торгах» и статью 27 Федерального закона от 07 февраля 2011 г. № 7-ФЗ «О клиринге, клиринговой деятельности и центральном контрагенте».

[37] См. процитированное выше Постановление Президиума ВАС РФ от 01.06.2010 № 17799/09.

© RAA

ется на участников организованных торгов (или клиринга) и на споры из заключенных на таких торгах договоров.

8. Одним из наиболее обсуждаемых нововведений арбитражной реформы стало окончательное разрешение вопроса об арбитрабильности корпоративных споров. При этом часть корпоративных споров может рассматриваться только с применением специальных правил разбирательства корпоративных споров[38].

Арбитражное соглашение в отношении таких споров может быть заключено путем его включения в устав соответствующего юридического лица, за исключением случаев, когда в таком юридическом лице 1000 и более участников или такое юридическое лицо является публичным.

Комментируемый пункт требует, чтобы устав, содержащий арбитражную оговорку, или соответствующие изменения в него принимались единогласно всеми участниками этого юридического лица. Очевидно, что для этого потребуется участие в общем собрании всех акционеров или участников такого юридического лица, имеющих право голоса.

Арбитражное соглашение, включенное в устав юридического лица, распространяется на участников (акционеров) и само юридическое лицо.

Однако в арбитраж можно передавать также корпоративные споры с участием третьих лиц (например, контрагентов юридического лица, членов его органов управления)[39], но только в том случае, если такие третьи лица также являются сторонами соответствующего арбитражного соглашения[40]. Таким образом, такое третье лицо может выразить свое волю на обязательность для него арбитражного соглашения, содержащегося в уставе юридического лица как посредством заключенного между юридическим лицом и третьим лицом договора, так и посредством направленного в адрес юридического лица заявления о присоединении к арбитражной оговорке, которая содержится в уставе юридического лица.

---

[38] Часть 3 и 4 статьи 225.1 АПК РФ и часть 8 статьи 45 Закона об арбитраже.

[39] Пункт 3 части 1 статьи 225.1 АПК РФ.

[40] Часть 3 статьи 225.1 АПК РФ.

9. Сложившаяся до реформы третейского разбирательства судебная практика иногда отличалась крайним формализмом при оценке действительности арбитражных соглашений[41].

Для того, чтобы сделать РФ более привлекательным местом арбитража[42] законодатель включил в комментируемую статью принцип эффективного толкования арбитражного соглашения. Данный принцип предполагает, что суд из всех возможных вариантов толкования соответствующего положения договора должен выбрать такой, который наделяет толкуемое условие смыслом, делает его исполнимым и действительным, а не другой возможный вариант толкования, который бы привел к признанию договорного условия неисполнимым и недействительным[43].

Таким образом, при толковании арбитражного соглашения «*любые сомнения должны толковаться в пользу его действительности и исполнимости*».

Необходимо, однако, оговориться, что перед судом или составом арбитража законодатель не ставит задачи «исцелять» патологическое арбитражное соглашение с помощью восполняющего толкования или судебного изменения условий такого соглашения. Суд должен лишь сделать выбор в пользу такого из возможных толкований арбитражной оговорки, которое не будет приводить к ее недействительности или неисполнимости.

Таким образом, пункт 9 по сути возлагает на сторону, оспаривающую действительность и исполнимость арбитражной

[41] Например, фатальными для арбитражной оговорки становились ошибки в наименовании арбитражного учреждения (см.: Определение Арбитражного суда Московской области от 03.04.2014 по делу № А41-7313/2014; Определение Арбитражного суда Томской области от 18.09.2014 по делу № А67-3639/2014; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 30.09.2014 по делу № А41-7315/14) или неопределенность в согласованном сторонами месте арбитража (Постановление Арбитражного суда Московского округа от 11.11.2015 по делу № А40-53190/2014), невозможность конкретизировать, на рассмотрение какого именно арбитражного учреждения должен передаваться спор (пункт 13 информационного письма Президиума ВАС РФ от 16.02.1998 № 29 «Обзор судебно-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц» ; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 25.02.2014 по делу № А21-4873/2012).

[42] Президиум ВАС РФ также призывал суды к эффективному толкованию арбитражного соглашения: Постановление Президиума ВАС РФ от 16.07.2013 № 2572/13 по делу № А27-7409/2011.

[43] См., например: *Emmanuel Gaillard & John Savage*, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International 1999, para. 478.

© RAA

оговорки, бремя доказывания того, что не существует толкования, которое позволило бы сохранить действительность и исполнимость соответствующего арбитражного соглашения.

10. Законодатель также устанавливает презумпции толкования определённых видов арбитражных соглашений. Так, если объем арбитражного соглашения сформулирован как споры «*из договора или в связи с ним*», то такая оговорка охватывает также любые сделки между сторонами третейского соглашения, направленные на исполнение, изменение или расторжение соответствующего договора[44].

11. Необходимо также иметь в виду, что стороны арбитражного соглашения могут меняться в связи с переменой лиц в обязательстве[45].

Законодатель теперь прямо урегулировал последствия перемены лиц в обязательстве, уточнив, что арбитражное соглашение действует в отношении как первоначального, так и нового кредитора и/или должника. При этом первоначальные кредитор и должник также остаются сторонами по арбитражному соглашению в случае, если вторая сторона, например, будет оспаривать правомерность уступки требования или перевода долга.

Необходимо помнить, что замена стороны в обязательстве возможна не только на основании соглашения о цессии и переводе долга, но также и в силу закона. Например, в случае смены собственника арендованного помещения арендодатель в договоре аренды меняется в силу закона. В этом слу-

---

[44] Таким образом, законодатель изменил подход, установленный ранее сложившейся судебной практикой, по узкому толкованию объема арбитражного соглашения, см., например: Постановление 13 ААС от 10.06.2008 по делу № А56-51499/2006; Постановление Президиума ВАС РФ от 24.04. 2002 № 12331/01 по делу № А55-12511/00-12.

[45] Еще в 1998 г. Президиум ВАС РФ разъяснил, что арбитражное соглашение продолжает действовать в отношении новой стороны договора, указав, что «*арбитражный суд оставляет без рассмотрения иск в случае цессии, если основной договор, право требования по которому было уступлено, содержал третейскую запись о передаче споров по сделке в международный коммерческий арбитраж*», см. пункт 15 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 16.02.1998 № 29. См. также Постановление Президиума ВАС РФ от 17.06.1997 № 1533/97; Постановление Президиума ВАС РФ от 19.06.2007 № 15954/06 по делу № А40-28164/06-60-257; Постановление Президиума ВАС РФ от 20.04.2010 г. № 15887/09 по делу № А56-29770/2009.

чае на нового собственника помещения также распространяется арбитражная оговорка в договоре аренды[46]. Другим примером являются случаи универсального правопреемства, например, в случае реорганизации юридического лица[47].

12. На практике арбитражные соглашения обычно формулируются максимально широко, хотя стороны могут предусмотреть применение арбитража только к некоторым спорам или наоборот изъятие определенных категорий споров из объема арбитражной оговорки, что зачастую порождает споры о том, покрывается ли конкретный спор соответствующей оговоркой[48].

Для исключения споров относительно того, какие именно правоотношения охватываются арбитражной оговоркой, часть 12 комментируемой статьи установила еще одну презумпцию. Согласно данной презумпции включенное в договор арбитражное соглашение также распространяется на любые споры, связанные с заключением такого договора, его вступлением в силу, изменением, прекращением, действительностью, в том числе и с возвратом сторонами исполненного по договору, признанному недействительным или незаключенным[49].

Пункты 10 и 12 не устанавливают закрытый перечень категорий споров, которые охватываются широко сформулированным

---

[46] Дело МКАС № 240/2000 (цит. по: *Карабельников Б.Р.*, Указ соч. С. 113).

[47] Постановление Президиума ВАС РФ от 03.11 2009 № 8879/09 по делу № А40-47188/08-63-503. См. также: Постановление ФАС Московского округа от 07.07.2010 № КГ-А41/6755-10 по делу № А41-3844/10; Постановление ФАС Поволжского округа от 29.08.2011 по делу N А65-7660/2011.

[48] Постановление ФАС Поволжского округа от 11.10.2012 по делу N А65-13537/2012. См. также: Определение ВАС РФ от 19.07.2013 № ВАС-9234/13 по делу № А40-10372/13-29-103.

[49] Таким образом, законодатель изменил подход, который ранее наблюдался в судебной практике. Так, в одном деле Арбитражный суд г. Москвы посчитал, что оговорка о том, что «*все споры, разногласия или требования, возникающие из такого договора или в связи с ним, в том числе связанные с его заключением, изменением, исполнением, нарушением, расторжением, прекращением или недействительностью, подлежат разрешению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации*» не охватывала спор о возврате аванса в связи с расторжением договора, поскольку такое требование носит внедоговорный характер и является требованием о возврате неосновательного обогащения (Определение Арбитражного суда г. Москвы от 29.08.2012 по делу № А40-35039/2011). Это позиция была исправлена Президиумом ВАС РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 05.11.2013 № 1123/13 по делу № А40-35039/2011).

© RAA

включенным в договор арбитражным соглашением. Очевидно, например, что такое соглашение будет охватывать также спор из нарушения/неисполнения соответствующего договора[50], хотя такая категория споров прямо в пункта 10 и 12 комментируемой статьи не упомянута. При этом не имеет значение, возникает ли соответствующее требование к нарушившей стороне на основании положений договора (например, о договорной неустойке) или в силу закона (например, о законных процентах)[51].

Необходимо также иметь в виду, что в связи с договором могут возникать различные внедоговорные споры. Так, помимо возврата сторонами исполненного по договору, признанному недействительным или незаключенным, у стороны может возникать требование о возврате излишне уплаченных или незаконно сбереженных другой стороной при исполнении договора сумм, которые можно квалифицировать как внедоговорные требования из неосновательного обогащения[52]. Кроме того, в зависимости от применимого права, некоторые деликтные обязательства также могут возникать в связи с договором[53]. Все такие споры также будут охватываться арбитражным соглашением, несмотря на то, что они прямо не упомянуты в пунктах 10 и 12 комментируемой статьи.

13. Пункт 13 комментируемой статьи говорит о том, что ссылка на правила арбитража в арбитражном соглашении рассматривается как включение *всех положений* соответствующего регламента в арбитражное соглашение сторон (инкорпорация путем отсылки)[54]. Это особенно важно в тех случаях, когда нормы закона о МКА диспозитивные, и позволяют сторонам своим соглашением установить иные правила[55].

[50] См., например, Решение МКАС при ТПП РФ от 17.12.2007 по делу № 35/2007.

[51] См., например, Определение Арбитражного суда г. Москвы от 29.06. 2016 по делу № А40-51713/16-50-440.

[52] Решение МКАС при ТПП РФ от 02.09. 2013 по делу № 225/2012.

[53] Многие акционерные споры по английскому праву связаны, например, с такими деликтами как сговор или гражданско-правовое мошенничество.

[54] Ср.: Постановление Президиума ВАС РФ от 16.07.2013 № 2572/13 по делу № А27-7409/2011.

[55] Например, арбитражный регламент может устанавливать ограничения в отношении гражданства арбитра (пункт 1 статьи 11 Закона о МКА), урегулировать момент начала арбитража (статья 21 Закона о МКА), установить требования к содержанию искового заявления (пункт 1 статьи 23 Закона о МКА) или ограничения возможности изменить или дополнить исковые требования в ходе процесса (пункт 2 статьи 23 Закона о МКА) и т.п.

© RAA

В противовес соглашению сторон, содержащемуся в правилах арбитража, новая редакция Закона о МКА ввела понятие «*прямого соглашения сторон*». Так, прямое соглашение сторон требуется для отказа от содействия государственных судов по вопросам назначения[56], отвода[57] и прекращения полномочий[58] арбитров, отказа от возможности передачи вопроса об отсутствии у состава арбитража компетенции в суд[59], отказа от возможности оспаривания окончательного арбитражного решения[60]. Если стороны считают необходимым исключить вмешательство российских государственных судов по одному или нескольким из этих вопросов, они должны включить договоренность об этом в свое арбитражное соглашение.

То есть указание на окончательность арбитражного решения в регламенте[61] теперь недостаточно, а соответствующее прямое соглашение должно содержаться в арбитражной оговорке[62].

Данное правило было введено в связи с тем, что законодательство предоставляет сторонам администрируемого ПДАУ арбитража широкую автономию по отказу от содействия российских судов. Соответственно, необходимо было избежать ситуаций, когда такой отказ от доступа к российским судам (например, от возможности требовать отмены окончательного решения) следовал бы только из положений арбитражных регламентов, на которые стороны могли бы не обратить внимания в момент подписания соглашения.

---

[56] Пункт 5 статьи 11 Закона о МКА.

[57] Пункт 3 статьи 13 Закона о МКА.

[58] Пункт 1 статьи 14 Закона о МКА.

[59] Пункт 3 статьи 16 Закона о МКА.

[60] Пункт 1 статьи 34 Закона о МКА. Применительно к отказу от возможности оспаривания арбитражного решения сложившаяся в последнее время судебная практика исходила из достаточности указания на окончательность арбитражного решения в регламенте. При этом суды по аналогии применяли статью 40 Закона о третейских судах, предусматривавшую возможность оспаривания третейского решения только в том случае, если в третейском соглашении не предусмотрено, что решение является окончательным, также к международным арбитражным решениям, хотя Закон о МКА аналогичной нормы не содержал (см., например: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 22.04.2016 № Ф05-5540/2016 по делу № А40-192020/15; Определение ВС РФ от 25.03.2016 № 305-ЭС16-1103 по делу № А40-66296/15).

[61] Например, статью 26.8 Арбитражного регламента LCIA (2014), статью 40 Арбитражного Регламента SCC (2017), статью 34(6) Арбитражного регламента ICC (2012), § 44(1) Регламента МКАС (2013).

[62] Это требование прямого соглашения соответствует международной практике. Ср., например, статью 1522 ГПК Франции или статью 192(1) Закона о международном частном праве Швейцарии.

© RAA

Статья 8. Арбитражное соглашение и предъявление иска по существу спора в суде[1]

1. Суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен, если любая из сторон попросит об этом не позднее представления своего первого заявления по существу спора, прекратить производство и направить стороны в арбитраж, если не найдет, что соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

2. В случае предъявления иска, указанного в пункте 1 настоящей статьи, арбитражное разбирательство может быть тем не менее начато или продолжено и арбитражное решение вынесено, пока пререкания о подсудности ожидают разрешения в суде.

1. В соответствии с пунктом 3 статьи II Нью-Йоркской конвенции «*Суд Договаривающегося Государства, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили соглашение, предусматриваемое настоящей статьей, должен, по просьбе одной из сторон, направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено*».

Таким образом, комментируемая статья инкорпорирует в себя международно-правовое обязательство России, вытекающее из пункта 3 статьи II Нью-Йоркской конвенции.

Ее текст в целом соответствует тексту статьи 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ. Отличие от текста Типового закона ЮНСИТРАЛ заключается в том, что в части 1 комментируемой статьи дополнительно указывается на необходимость прекращения производства по делу, а в пункте 2 говорится о «пререканиях о подсудности», а не времени «пока вопрос находится в судопроизводстве». Международный характер происхождения данной статьи, а также история ее появления в России, объясняет использование в ней терминов, не характерных для российского процессуального законодательства[2].

---

[1] Автор комментария – А.А. Панов.

[2] А.И. Муранов говорит об их экстравагантности: Муранов А.И. Прекращение производства в государственном суде, его обязанность направить стороны в ар-

Так, обязанность «*направить стороны в арбитраж*» с точки зрения российского процессуального законодательства выполняется судом путем «*оставления иска без рассмотрения*»[3], *а не «прекращения производства по делу*», как указано в пункте 1 комментируемой статьи[4].

Несмотря на то, что пункт 1 комментируемой статьи устанавливает, что государственный суд не просто «*прекращает производство*», но также должен «*направить стороны в арбитраж*»[5], на практике государственный суд не предпринимает действий по направлению спора в арбитраж. Эта обязанность исполняется косвенным образом: суд признает, что у него отсутствует компетенция рассматривать данный спор, а значит истцу (если он все же намерен защитить свое право) остается только идти в арбитраж за защитой нарушенного права.

В отличие от иных оснований оставления исков без рассмотрения, государственный суд не может по своей инициативе оставить иск без рассмотрения в связи с наличием арбитражного соглашения. Соответственно, даже в том случае, когда иск предъявляется в нарушение заключенного между сторонами арбитражного соглашения, суд не оставляет иск без рассмотрения, если ответчик не возражает против юрисдикции государственного суда. В этом проявляется договорная природа арбитражного соглашения: обращение в государственный суд с иском по существу вопроса, охваченного арбитражным соглашением, рассматривается как оферта на его прекраще-

---

битраж, пререкания о подсудности и патологии третейских соглашений: экстравагантность юридических конструкций в статье 8 "Арбитражное соглашение и предъявление иска по существу спора в суде" Закона РФ 1993 г. "О международном коммерческом арбитраже" // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / А.В. Асосков, М.П. Бардина, У.Э. Батлер и др.; под ред. А.А. Костина; МКАС при ТПП РФ. М.: Статут, 2012 // СПС Консультант Плюс.

[3] Пункт 5 части 1 статьи 148 АПК РФ; абзац 6 статьи 222 ГПК РФ.

[4] Российское процессуальное законодательство по состоянию на 1993 год действительно предусматривало именно прекращение производства в случае наличия между сторонами арбитражного соглашения (пункт 7 статьи 219 ГПК РСФСР 1964 года; пункт 2 статьи 104 АПК РФ 1992 года), однако впоследствии правовое регулирование изменилось.

[5] Эта формулировка взята из пункта 1 статьи 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ и соответствует положениям пункта 3 статьи II Нью-Йоркской конвенции.

© RAA

ние, соответственно, отсутствие возражения в отношении оферты рассматривается как ее акцепт.

Поскольку данная статья устанавливает обязанность государственного суда отказаться от разрешения дела по существу при наличии арбитражного соглашения, комментируемая статья подлежит применению как в случае, когда место арбитража находится в РФ, так и в случае, когда место арбитража находится за ее пределами[6].

В случае предъявления одной из сторон иска по существу спора в государственный суд, ответчик может (но не обязан) заявить возражения против рассмотрения спора в суде. Обычно такое возражение заявляется в форме ходатайства об оставлении иска без рассмотрения, подаваемого не позднее представления ответчиком своего первого заявления по существу спора.

При этом возражения против рассмотрения дела в государственном суде должны быть явными и недвусмысленными. Недостаточно сослаться в отзыве на наличие арбитражного соглашения, не попросив при этом не рассматривать спор в государственном суде. Само по себе упоминание арбитражного соглашения без просьбы направить стороны в арбитраж может быть расценено как отсутствие возражений против рассмотрения спора по существу в государственном суде[7].

Соответствующие возражения также должны быть заявлены без неоправданной задержки, а именно: не позднее первого заявления стороны по существу спора[8]. При этом использование стороной своих процессуальных прав, представление доводов по существу спора, заявление различных ходатайств в ходе судебного разбирательства могут свидетельствовать «*о признании стороной компетенции арбитражного суда посредством конклюдентных действий, что соответствует понятию компетентного суда в международно-правовом и национально-правовом понимании, а также влекут за собой потерю права на возражение (эстоппель) в отношении под-*

[6] В силу пункта 1 статьи 1 Закона о МКА.

[7] Определение ВС РФ от 08.02.2016 N 306-ЭС15-13927 по делу N А57-16403/2014.

[8] См. также пункт 20 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 18.01.2001 № 58 «Обзор практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с защитой иностранных инвесторов».

судности спора»[9]. Например, заявление возражений против компетенции арбитражного суда в заседании после представления отзыва не является своевременным и ведет к утрате права на возражение[10].

При этом суды могут расценить пассивное поведение стороны в процессе в качестве отказа права на возражение даже в том случае, если сторона не представляет заявлений по существу спора[11].

Необходимо отметить, что суды могут признать лицо отказавшимся от права на возражение даже тогда, когда оно не делает заявлений по существу спора, но совершает иные действия, свидетельствующие о его согласии с рассмотрением спора в государственном суде по существу[12].

---

[9] Постановление Президиума ВАС РФ от 23.04.2012 № 1649/13 по делу № А54-5995/2009.

[10] Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 28.04.2016 по делу № А27-1875/2015.

[11] Так, в одном деле ответчик заявил ходатайство об оставлении иска без рассмотрения только в третьем судебном заседании, хотя его представитель присутствовал на всех заседаниях до этого, а суд совершил ряд процессуальных действий, в частности, привлек третье лицо к участию в деле и истребовал доказательства. В такой ситуации суд кассационной инстанции отметил, что «пассивное поведение ответчика.. не может толковаться судами как добросовестное поведение. Обратный подход будет означать, что пассивное поведение ответчика в споре в любом виде, в каком бы это пассивное поведение ни проявлялось (неявки в заседания, непредставления отзывов на предъявленные требования, несвоевременного ознакомления с материалами дела и т.п.), заведомо ставит стороны спора в неравное положение и означает, что, занимая такую позицию в споре, ответчик может заявлять об отсутствии у суда компетенции спустя длительное время после начала рассмотрения судом спора», см. Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 19.08.2014 № Ф09-5666/14 по делу № А60-5127/2014.

[12] Например, такими действиями могут являться направление ходатайства об отложении заседания в связи с необходимостью ознакомления с материалами дела, предоставления доказательств перечисления займа, подготовки отзыва на исковое заявление – см.: Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 20.08.2014 № Ф09-5667/14 по делу № А60-9091/2014. Однако, если действия «носят процедурный характер, так как не содержат какого-либо волеизъявления (согласия или несогласия с предъявленными требованиями) относительно существа спора» (например, ответчик заявляет ходатайства об ознакомлении с материалами дела, об отложении предварительного заседания, о представлении в материалы дела в соответствии с определением суда копий учредительных документов), то лицо не утрачивает право возражать против рассмотрения спора в государственном суде (Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 02.10.2012 по делу № А33-1261/2012).

© RAA

Однако суд может посчитать задержку со стороны ответчика извинительной, если действия ответчика нельзя посчитать злоупотреблением правом[13]. Такая задержка, например, должна быть извинительной, если она связана с не уведомлением ответчика (особенно иностранного) в надлежащем порядке.

В силу общего принципа распределения бремени доказывания в арбитражном[14] и гражданском процессе[15] бремя доказывания наличия арбитражного соглашения несет ответчик, заявляющий ходатайство об оставлении иска без рассмотрения. Это, в частности, означает, что ответчик должен представить в материалы дела копию арбитражного соглашения (в случае, если, например, истец не представил договор, содержащий арбитражную оговорку вместе с исковым заявлением).

При рассмотрении ходатайства об оставлении иска без рассмотрения суд должен убедиться, что арбитражное соглашение охватывает спор по поданному иску, то есть что стороны действительно договорились передать данный спор в арбитраж[16]. Это может потребовать толкования арбитражного соглашения для установления того, действительно ли спор по заявленному предмету охватывается обязательным для сторон спора арбитражным соглашением[17].

Кроме того, суд должен:

(i) убедиться в арбитрабильности спора, в отношении которого заключена арбитражная оговорка; и

(ii) убедиться в отсутствии пороков формы этой оговорки,

---

[13] Так, в другом деле суд отметил: «*неявка стороны в судебное заседание не может рассматриваться как молчаливое согласие о рассмотрении спора арбитражным судом, если впоследствии сторона явилась в судебное заседание до разрешения спора по существу и заявила о своем возражении в отношении рассмотрения дела в арбитражном суде*», см. Постановление ФАС Северо-Западного округа от 24.04.2014 по делу № А21-1842/2013.

[14] Часть 1 статьи 65 АПК РФ.

[15] Часть 1 статьи 56 ГПК РФ.

[16] Постановление Президиума ВАС РФ от 09.07.2013 N 18412/12 по делу N А73-5201/2011; Постановление Президиума ВАС РФ от 31.05.2005 N 11717/02 по делу N А40-223/02-61-3.

[17] Принципы толкования установлены, в частности, пунктами 9, 10 и 12 статьи 7 Закона о МКА.

(iii) решить вопросы ее действительности, продолжения действия и исполнимости[18].

В то время, как определение того, является ли спор арбитрабильным, является функцией суда *ex officio*[19], бремя доказывания обстоятельств, установленных в пунктах (ii) и (iii) выше лежит на истце (как на стороне, ссылающейся на эти обстоятельства в качестве основания для отказа в удовлетворении ходатайства).

Вопрос действительности арбитражного соглашения, как и любого другого договора, должен решаться по праву, применимому к нему. Соответственно, этот вопрос должен разрешаться по праву, которому стороны подчинили соответствующее арбитражное соглашение или по праву места арбитража[20].

Арбитражное соглашение может быть недействительным, в частности, в силу несоблюдения требований письменной формы[21]. При оценке соблюдения требований о форме арбитражного соглашения российский суд должен исходить из требований права, применимого к арбитражному соглашению[22].

---

[18] Постановление Президиума ВАС РФ от 16.07.2013 N 2572/13 по делу N А27-7409/2011.

[19] При этом российский суд вправе также признать недействительным арбитражное соглашение в связи с неарбитрабильностью спора и в том случае, если место арбитража находится за пределами РФ. Так, согласно пункту 2 статьи VI Европейской конвенции суд «может не признать *арбитражное соглашение, если по закону его страны спор не может быть предметом арбитражного разбирательства*».

[20] См. также пп. (c) пункта 2 статьи VI Европейской конвенции: *«2. При вынесении решения по вопросу о наличии или действительности указанного арбитражного соглашения государственные суды Договаривающихся Государств, в которых поднят этот вопрос, должны будут руководствоваться, если вопрос касается правоспособности сторон, законом, который к ним применяется, а по другим вопросам: <…> c) при отсутствии указаний на закон, которому стороны подчинили арбитражное соглашение, и если в тот момент, когда этот вопрос представлен на разрешение государственного суда, невозможно установить, в какой стране должно быть вынесено арбитражное решение, - законом, применимым в силу коллизионной нормы государственного суда, в котором возбуждено дело»*.

[21] Подробнее см. комментарий к статье 7 Закона о МКА.

[22] Так в силу пункта 1 статьи 1 Закона о МКА, статья 7 (а, следовательно, и условия соблюдения письменной формы) применяется только в том случае, если местом арбитража является Россия. Соответственно, в случае, если место арбитража за границей, российский суд при применении статьи 8 Закона о МКА

© RAA

Как и любой договор, арбитражное соглашение может быть признано недействительным по общим основаниям, предусмотренным применимым гражданским законодательством[23]. Однако в силу принципа автономности арбитражного соглашения[24] необходимо, чтобы основание недействительности затрагивало именно арбитражное соглашение[25]. Например, заключение основного договора с нарушением порядка его одобрения как крупной сделки не будет приводить к недействительности арбитражного соглашения, поскольку оно само по себе крупной сделкой являться не может[26].

От недействительности арбитражного соглашения следует отличать случаи, когда оно утратило силу. В качестве примеров можно привести ситуации, когда действие арбитражного соглашения прекращается в связи с истечением срока его действия или наступлением отменительного условия. Вместе с тем прекращение действия основного договора не прекращает действие арбитражного соглашения (в силу принципа его автономности)[27].

должен будет руководствоваться правилами о соблюдении письменной формы по законам в месте арбитража.

[23] Определение ВС РФ от 07.10. 2014 № 308-ЭС14-177 по делу № А63-1982/2013.

[24] См. подробнее комментарий к статье 16 Закона о МКА.

[25] Соответственно, речь будет идти, прежде всего, об отсутствии полномочий или пороках воли Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж. Учебник, 2-е изд., М., 2013. С. 125.

[26] Постановление ФАС Северо-Западного округа от 20.04.2006 № Ф04-1614/2006 (21058-А70-12) по делу № А70-3077/12-2005. См. также Карабельников Б.Р., Международный коммерческий арбитраж. Учебник, 2-е изд., М., 2013. С. 120.

[27] Так Президиум ВАС РФ в свое время разъяснил, что «*соглашение о передаче спора в третейский суд сохраняет свою силу и после окончания срока действия договора, содержащего такое соглашение, если стороны своим соглашением не установили иное*», пункт 22 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22.12.2005 №96 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов»; см. также пункт 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 06.06.2014 г. № 35 «О последствиях расторжения договора»: *«Вместе с тем условия договора, которые в силу своей природы предполагают их применение и после расторжения договора (например, гарантийные обязательства в отношении товаров или работ по расторгнутому впоследствии договору; условие о рассмотрении споров по договору в третейском суде, соглашения о подсудности, о применимом праве и т.п.) либо имеют целью регулирование отношений сторон в период после растор-*

Более частым основанием, по которому арбитражное соглашение может утратить силу, являются действия сторон, в том числе изменение подсудности по соглашению. Например, нередко встречаются ситуации, когда стороны долгосрочного договора заключают многочисленные дополнительные соглашения к нему. Если в каком-либо дополнительном соглашении содержится иная оговорка о порядке разрешения споров, суду необходимо определить, была ли направлена воля сторон на изменение подсудности по всем спорам из основного соглашения или стороны решили согласовать иную подсудность только по спорам, связанным с дополнительным соглашением.

Арбитражное соглашение также утрачивает силу при передаче спора в государственный суд, если ни одна из сторон не заявляет своевременных возражений против этого[28].

От недействительности и утраты силы арбитражного соглашения следует также отличать его неисполнимость. Неисполнимость арбитражного соглашения выражается в том, что формально арбитражное соглашение является действительным, однако не может быть исполнено в связи с обстоятельствами, которые не зависят от воли сторон[29].

Примерами объективных факторов неисполнимости арбитражных соглашений могут выступать такие как: невозмож-

---

жения (например, об условиях возврата предмета аренды после расторжения договора, о порядке возврата уплаченного аванса и т.п.), сохраняют свое действие и после расторжения договора; иное может быть установлено соглашением сторон». См. также: Постановление ФАС Северо-Западного округа от 19.07.2010 по делу N А56-4673/2010. Однако, в Постановлении Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.01.2012 по делу N А65-16855/2011 суд посчитал, что истечение согласованного сторонами срока действия договора поручительства прекращает также действие арбитражного соглашения в нем. См также: Постановление ФАС Московского округа от 14.10. 2002 дело N КГ-А40/6923-02.

[28] Пункт 20 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 18.01.2001 № 58 «Обзор практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с защитой иностранных инвесторов»; Постановление Президиума ВАС РФ от 05.02.2013 № 11606/12. При этом ФАС Северо-Западного округа в Постановлении от 14.01.2002 по делу № А56-15162/01 пришел к выводу, что рассмотрение в государственном суде одного из возможных споров, подпадающих под арбитражную оговорку, не приводит к утрате арбитражной оговоркой силы в отношении иных споров.

[29] Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 23.07.2015 по делу № А56-64872/2014.

© RAA

ность определить арбитраж для рассмотрения спора[30], невозможность обеспечить принцип беспристрастного разрешения споров в связи с тем, что учредитель арбитражного учреждения является стороной по рассматриваемому спору[31].

При этом отсутствие средств у стороны на финансирование арбитражного разбирательства не делает арбитражное соглашение не исполнимым[32]. Так, суды отмечают, что отсутствие достаточных денежных средств для уплаты арбитражного сбора не отвечает признакам объективной причины[33] и что стороны, заключая третейское соглашение, должны осознавать и предусматривать возможность несения дополнительных затрат для защиты своего права[34]. На этом основании суды не признают за сторонами арбитражного соглашения право отказываться от его исполнения со ссылкой на отсутствие денежных средств на оплату арбитражного сбора[35].

Кроме того, законодатель выделяет отдельную категорию неисполнимых соглашений – арбитражные соглашения в отношении корпоративных споров, заключенные до 1 февраля 2017 года[36].

---

[30] Постановление Арбитражного суда Московского округа от 23.10.2015 по делу № А40-64488/14.

[31] Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 06.03.2014 по делу № А75-3930/2013.

[32] См., например, Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа 08.06.2016 по делу № А56-50929/2015; Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.04.2014 по делу № А76-24514/2013; Определение Арбитражного суда Республики Алтай от 19.11.2010 по делу № А02-1368/2010.

[33] Постановление ФАС Северо-Западного от 25.01.2012 по делу №А56-13675/2011.

[34] Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 23.03.2015 по делу № А19-14834/2014.

[35] Этот вывод поддерживается также и в Определении ВС РФ от 19.03.2015 № 302-ЭС15-1082, в котором суд прямо указал: «*Доводы.. о том, что третейское соглашение не может быть исполнено в связи с отсутствием у истца денежных средств для уплаты третейского сбора, сами по себе, с учетом правовых позиций КС РФ, не могут свидетельствовать о недействительности и неисполнимости третейского соглашения и невозможности передачи на рассмотрение третейского суда.. гражданско-правового спора*».

[36] Часть 7 статьи 13 Закона о внесении изменений в законодательство о третейских судах.

В случае, если суд установит наличие действительного арбитражного соглашения, исковое заявление должно оставаться без рассмотрения[37].

По общему правилу оставление искового заявления без рассмотрения не лишает истца права вновь обратиться в арбитражный суд с заявлением в общем порядке после устранения обстоятельств, послуживших основанием для оставления заявления без рассмотрения[38]. Например, это может иметь место в случае, если арбитражное учреждение, ссылка на которое имеется в арбитражном соглашении, не получит разрешения на деятельность ПДАУ в срок, установленный в законе.

Необходимо иметь в виду, что комментируемая статья применяется в случае заявления возражения на основании уже заключенного между сторонами спора арбитражного соглашения. Если к моменту подачи иска в российские государственные суды между сторонами отсутствует третейское соглашение, они могут заключить его до вынесения решения по существу спора[39], и в этом случае исковое заявление также подлежит оставлению без рассмотрения, но по иному основанию[40].

Российское процессуальное законодательство также устанавливает основания для прекращения производства по делу в случае вынесения тождественного решения по существу спора составом арбитража. В этом случае производство прекращается в соответствии с пунктом 3 части 1 статьи 150 АПК РФ, поскольку истец уже реализовал свое право на судебную защиту и его иск не может рассматриваться в арбитражном суде.

---

[37] *«Если оговорка является исполнимой, доказательства ее недействительности, ограничения действия, неарбитрабильности, наличия пороков формы не представлены, исковое заявление, поданное в арбитражный суд, подлежит оставлению без рассмотрения. Иной подход нарушил бы основополагающие принципы гражданского права: принцип свободы договора и принцип его обязательности (pacta sunt servanda)»*, см. Постановление Президиума ВАС РФ от 16.07.2013 N 2572/13 по делу N А27-7409/2011.

[38] В силу части 3 статьи 149 АПК РФ.

[39] Часть 6 статьи 4 АПК РФ: *«По соглашению сторон подведомственный арбитражному суду спор, возникший из гражданско-правовых отношений, до принятия арбитражным судом первой инстанции судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, может быть передан сторонами на рассмотрение третейского суда, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом и федеральным законом»*.

[40] Пункт 6 части 1 статьи 148 АПК РФ.

© RAA

В случае прекращения производства по делу повторное обращение в арбитражный суд по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям не допускается[41].

2. Пункт 2 комментируемой статьи закрепляет возможность начать или продолжить арбитражное разбирательство вне зависимости от параллельного процесса в государственном суде. Это сделано в целях предотвращения возможных злоупотреблений процессом в государственном суде недобросовестной стороной, поскольку иначе существовала бы возможность парализовать арбитражное разбирательство началом параллельного процесса в государственном суде в нарушение арбитражной оговорки. Следует иметь в виду, что если пункт 1 комментируемой статьи адресован (российскому[42]) государственному суду, то пункт 2 адресован составу арбитража (с местом арбитража в России[43]). Соответственно, состав арбитража может рассмотреть дело вне зависимости от того, начато ли параллельное разбирательство в России или за границей. Это полномочие может быть особенно актуальным, если параллельный процесс начинается в суде иностранного государства, где продолжительность процедуры даже для рассмотрения юрисдикционных возражений может значительно превышать обычную продолжительность арбитражного разбирательства.

Термин «пререкания о подсудности» представляется не совсем удачным переводом положения Типового закона ЮНСИТРАЛ, однако он призван охватить все возможные процессуальные формы возражений против юрисдикции государственного суда в отношении существа спора со ссылкой на арбитражное соглашение. Как уже указывалось, в контексте российского процессуального права речь идет об оставлении иска без рассмотрения[44].

Необходимо отличать «пререкания о подсудности», о которых говорится в комментируемой статье, от оспаривания постановления состава арбитража о наличии у него юрисдик-

[41] В силу части 3 статьи 151 АПК РФ.

[42] Иностранный государственный суд при разрешении данного вопроса будет руководствоваться собственными процессуальными нормами.

[43] Состав арбитража с местом арбитража за границей должен будет руководствоваться нормами lex arbitri по месту арбитража.

[44] Пункт 5 части 1 статьи 148 АПК РФ.

ции[45]. Хотя обе нормы предусматривают право состава арбитража продолжить рассмотрение и вынести решение, в первом случае речь идет о предъявлении иска в государственный суд по существу спора, в то время как во втором – об оспаривании вынесенного составом арбитража постановления о юрисдикции.

Пункт 2 комментируемой статьи наделяет состав арбитража правом продолжить рассмотрение спора и вынести арбитражное решение «пока пререкания о подсудности ожидают разрешения в суде».

В случае же, если государственный суд признает себя компетентным рассматривать спор по существу (например, в силу признания недействительности арбитражного соглашения) и такое решение вступит в силу, состав арбитража (при месте арбитража в России) должен признать отсутствие компетенции по данному вопросу в силу принципа обязательности вступивших в законную силу судебных актов.

[45] Пункт 3 статьи 16 Закона о МКА, статья 235 АПК РФ.

© RAA

Статья 9. Арбитражное соглашение и обеспечительные меры суда[1]

Обращение стороны в суд до или во время арбитражного разбирательства с просьбой о принятии мер по обеспечению иска и вынесение судом определения о принятии таких мер не являются несовместимыми с арбитражным соглашением.

Комментируемая статья закрепляет важное положение о том, что обращение в государственный суд с просьбой о принятии мер по обеспечению иска, когда такое обращение допускается процессуальным законодательством, не является несовместимым с арбитражным соглашением.

Исходя из договорной природы арбитражного соглашения, стороны могут своими действиями как заключить его (когда одна сторона инициирует арбитражное разбирательство, а вторая, при изложении позиции по существу, не возражает против компетенции состава арбитража[2]), так и отказаться от него (в случае, когда сторона, несмотря на наличие арбитражного соглашения, предъявляет иск по существу спора в государственный суд, а вторая сторона не просит оставить такой иск без рассмотрения, ссылаясь на наличие арбитражного соглашения[3]).

В этой связи обращение стороны в государственный суд[4] с просьбой о применении обеспечительных мер создает риск того, что это будет рассматриваться как отказ от арбитражного соглашения. Именно поэтому комментируемая норма специально устанавливает, что подобное обращение не влечет отказа от арбитражного соглашения, и, как следствие, передачи дела на рассмотрение по существу в государственный суд.

Обращение в государственный суд может быть обусловлено необходимостью принятия срочных мер по обеспечению иска с целью защиты интересов стороны арбитражного разбирательства в ситуации, когда состав арбитража еще не сформирован, либо в случае, когда обеспечительные меры затрагивают интересы

---

[1] Авторы комментария – Ф.А. Вячеславов, В.В. Думлер, Р.О. Зыков.

[2] В силу пункта 5 статьи 7 Закона о МКА.

[3] В силу подпункта 5 пункта 1 статьи 148 АПК РФ и абзаца 6 статьи 222 ГПК РФ.

[4] В этой связи ссылка на «суд» должна пониматься не только как ссылка на компетентный суд РФ, но и на иностранный суд.

© RAA

третьих лиц, что возможно только через реализацию властных полномочий государственным судом. Кроме того, решение состава арбитража об обеспечительных мерах, хотя и является обязательным для сторон, не подлежит принудительному исполнению в Российской Федерации через систему государственного исполнительного производства, что обуславливает необходимость обращения за получением таких мер в государственный суд.

Комментируемая статья отражает воспринятую российским законодательством концепцию «конкурирующей юрисдикции»[5], согласно которой органами, уполномоченными на применение обеспечительных мер по делам, рассматриваемым в арбитраже, являются как сами составы арбитража, так и государственные суды, либо те и другие одновременно. Указанный подход базируется на положениях статьи 9 Типового закона ЮНСИТРАЛ, еще ранее получивших закрепление в Европейской конвенции о введении Единообразного закона об арбитраже (ETS N 56), заключенной государствами-членами Совета Европы в Страсбурге в 1996 году[6] и Европейской конвенции[7].

В соответствии с данным подходом закон не связывает право на обращение в государственный суд с необходимостью указания на возможность такого обращения в самом арбитражном соглашении, но вместе с тем наделяет стороны арбитражного разбирательства достаточно широкими полномочиями в вопросах обеспечительных мер в целом.

Так стороны вправе своим соглашением полностью или частично ограничить полномочия состава арбитража на принятие обеспечительных мер[8].

---

[5] Как отмечают зарубежные комментаторы, принцип «конкурирующей юрисдикции» (Concurrent Jurisdiction) при решении вопроса о принятии обеспечительных мер по делам, рассматриваемым в арбитраже, воспринят сегодня законодательством многих стран. См. подробнее Fouchard P., Gaillard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration. 1999. P. 710.

[6] Часть 2 статьи 4 Единообразного закона об арбитраже (Приложение I к Конвенции).

[7] Пункт 4 статьи 6 Европейской конвенции.

[8] Вместе с тем, на практике такое встречается крайне редко. Напротив, стороны, ссылаясь на регламент, дополнительно закрепляют такие полномочия состава арбитража. См. пункт 1 параграфа 36 Регламента МКАС (2017), пункт 1 параграфа 34 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС; пункт 1 статьи 28 Арбитражного Регламента ICC.

© RAA

Этому полномочию корреспондирует право сторон договориться о возможности принятия мер по обеспечению иска также ПДАУ до того, как будет сформирован состав арбитража и, если это допускается правилами ПДАУ[9].

В некоторых правопорядках допускается самоограничение сторонами арбитражного разбирательства своего права на обращение в государственный суд с просьбой о принятии обеспечительных мер[10]. Как правило, такое самоограничение права тем не менее не затрагивает возможность обратиться в государственный суд в период, когда состав арбитража еще не сформирован, либо в случаях, когда полномочий состава арбитража недостаточно для защиты интересов стороны арбитражного разбирательства[11]. Российское законодательство не содержит прямого запрета на ограничение сторонами своего права на обращение в государственный суд с просьбой о принятии обеспечительных мер, однако по общему правилу отказ от процессуальных прав не допускается.

Комментируемая статья прямо указывает на то, что обращение в государственный суд с просьбой о принятии мер по обеспечению иска может иметь место как до, так и во время арбитражного разбирательства. При этом закон не связывает возможность обращения в государственный суд с необходимостью принятия решения об обеспечительных мерах первоначально самим составом арбитража, равно как и не требует уведомления состава арбитража по факту обращения или принятия соответствующего решения государственным судом.

В этой связи, однако, важно помнить, что основания и порядок заявления просьбы об обеспечительных мерах в государственном суде, в том числе в период до начала арбитражного разбирательства, всецело зависят от применимого процессуального законодательства.

Следует отметить, что в силу прямого указания закона возможность обращения в российский суд с просьбой о принятии обеспечительных мер в равной степени существует как для международного коммерческого арбитража с местом нахождения на территории Российской Федерации, так и для арбитража с ме-

---

[9] См. комментарий к статье 17 Закона о МКА.

[10] См. пункт 1 статьи 44 английского Закона об арбитраже 1996 г.

[11] См. пункт 5 статьи 44 английского Закона об арбитраже 1996 г.

стом нахождения за рубежом[12]. При этом такой арбитраж может осуществляться как по правилам институционального арбитража, так и по правилам арбитража *ad hoc*.

Рассмотрение компетентным государственным судом в Российской Федерации вопроса о принятии обеспечительных мер осуществляется на основании заявления заинтересованной стороны арбитражного разбирательства по общим правилам процессуального законодательства с учетом особенностей третейской формы разбирательства споров, основанной на соглашении сторон. Такие особенности проявляются в первую очередь в том, что одновременно с рассмотрением заявления суд проверяет действительность самого арбитражного соглашения, а также то, может ли спор быть передан на рассмотрение в рамках третейского разбирательства либо он относится к исключительной компетенции государственных судов.

Следует также иметь в виду, что в большинстве случаев заявления о принятии обеспечительных мер в поддержку международного коммерческого арбитража должны рассматриваться государственными арбитражными судами Российской Федерации. Вместе с тем, положения пунктов 3 и 4 статьи 1 Закона о МКА, указывая на споры, возникшие в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации или российских инвестиций за границей, оставляют возможность их отнесения к подведомственности судов общей юрисдикции.

[12] В силу пункта 1 статьи 1 Закона о МКА.

© RAA

Статья 10. Число арбитров[1]

1. Стороны могут по своему усмотрению определять число арбитров, при этом, если иное не указано в законе, число арбитров должно быть нечетным.

2. Если стороны не определят этого числа, то назначаются три арбитра.

1. Комментируемая статья устанавливает правила определения числа арбитров, образующих состав арбитража, рассматривающего спор.

В отличие от комментируемой статьи Типовой закон ЮНСИТРАЛ и регламенты ряда ПДАУ, в том числе Правила арбитража международных коммерческих споров МКАС (2017), не включают в себя императивные нормы о том, что число арбитров в составе арбитража должно быть нечетным[2], а напротив, содержат диспозитивные нормы (которые действуют при отсутствии соглашения сторон об ином), которые устанавливают, что число арбитров должно быть нечетным[3]. Комментируемая статья, таким образом, ввела в российское законодательство новое императивное положение об обязательном нечетном числе арбитров[4].

Поскольку все арбитры обладают равными голосами, то нечетное количество арбитров позволяет при отсутствии единогласия принять решение большинством голосов[5]. В случае четного количества арбитров состав арбитража может

---

[1] Авторы комментария – В.Е. Романова, А.В. Копытин.

[2] В частности, Арбитражные Регламенты LCIA, SCC, HKIAC, SIAC. Исключением является Арбитражный Регламент ICC, который в статье 12 (1) устанавливает, что стороны вправе назначить только одного или трех арбитров (т.е. в любом случае нечетное число).

[3] Статья 10 Типового закона ЮНСИТРАЛ, пункт 2 параграфа 16 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС (2017), статья 5.8 Арбитражного Регламента LCIA, статья 16(2) Арбитражного Регламента SCC, статья 12 Арбитражного Регламента ICC, статья 9.1 Арбитражного Регламента HKIAC, статья 6.1 Арбитражного Регламента SIAC.

[4] Ранее действовавшая редакция данного пункта устанавливала, что стороны могут по своему усмотрению определять число арбитров. При этом императивное положение об обязательном нечетном количестве арбитров в прежней редакции данного пункта отсутствовало.

[5] В соответствии со статьей 29 Закона о МКА.

© RAA

оказаться в тупике, если в случае противоречия между арбитрами невозможно будет вынести решение единогласно или большинством голосов.

По общему правилу число арбитров в составе арбитража может определяться сторонами по своему усмотрению. Несмотря на то, что комментируемая статья не устанавливает специальные требования о том, в какой форме должно быть выражено решение сторон в отношении числа арбитров, как правило, на практике указанное соглашение заключается в письменной форме и содержится в составе арбитражного соглашения.

2. Пункт 2 комментируемой статьи устанавливает, что если стороны не определили число арбитров, то назначаются три арбитра.

Следует отметить, что ссылка сторон на применимый арбитражный регламент должна рассматриваться как соглашение сторон. При этом регламенты ряда иностранных арбитражных институтов предоставляют им право установить количество арбитров в зависимости от обстоятельств конкретного дела (сложности дела, суммы спора и т.д.)[6].

[6] Статья 5.8 Арбитражного Регламента LCIA, статья 16 Арбитражного Регламента SCC, статья 12 Арбитражного Регламента ICC, статья 6.1 Арбитражного Регламента HKIAC.

© RAA

Статья 11. Назначение арбитров[1]

1. Ни одно лицо не может быть лишено права выступать в качестве арбитра по причине его гражданства, если стороны не договорились об ином. Стороны вправе договориться о дополнительных требованиях, предъявляемых к арбитрам, включая требования к их квалификации, или о разрешении спора конкретным арбитром или конкретными арбитрами.

2. Стороны могут по своему усмотрению согласовать процедуру избрания (назначения) арбитра или арбитров при условии соблюдения положений пунктов 4 и 5 настоящей статьи.

3. В отсутствие соглашения, предусмотренного пунктом 2 настоящей статьи:

1) при арбитраже с тремя арбитрами каждая сторона назначает одного арбитра, два назначенных таким образом арбитра назначают третьего арбитра; в случае, если сторона не назначит арбитра в течение 30 дней по получении просьбы об этом от другой стороны или если два арбитра в течение 30 дней с момента их назначения не договорятся о назначении третьего арбитра, по заявлению любой стороны назначение производится компетентным судом;

2) при арбитраже с единоличным арбитром, если стороны не придут к соглашению об избрании арбитра, по просьбе любой стороны назначение производится компетентным судом.

4. Любая сторона может просить компетентный суд принять необходимые меры с учетом согласованной сторонами процедуры избрания (назначения) арбитров при условии, что соглашение о такой процедуре избрания (назначения) не предусматривает иных способов обеспечения назначения, если при процедуре избрания (назначения) арбитров, согласованной сторонами:

– одна из сторон не соблюдает такую процедуру, или

[1] Авторы комментария – В.Е. Романова, А.В. Копытин.

© RAA

– **стороны или два арбитра не могут достичь соглашения в соответствии с такой процедурой, или**

– **третье лицо, включая постоянно действующее арбитражное учреждение, не выполняет какую-либо функцию, возложенную на него в соответствии с такой процедурой.**

5. Стороны, арбитражное соглашение которых предусматривает администрирование арбитража постоянно действующим арбитражным учреждением, своим прямым соглашением могут исключить возможность разрешения данного вопроса судом (если стороны своим прямым соглашением исключили данную возможность, в случаях, указанных в абзацах втором – четвертом пункта 4 настоящей статьи, арбитраж прекращается и спор может быть передан на разрешение компетентного суда).

6. При назначении арбитра компетентный суд учитывает любые требования, предъявляемые к арбитру соглашением сторон, и такие соображения, которые могут обеспечить назначение независимого и беспристрастного арбитра.

1. Пункт 1 комментируемой статьи устанавливает правило о том, что ни одно лицо не может быть лишено права выступать в качестве арбитра по причине его гражданства, если стороны арбитража не договорились об ином. Редакция пункта 1 комментируемой статьи дословно воспроизводит положения пункта 1 статьи 11 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Данная норма была внесена в Типовой закон ЮНСИТРАЛ для того, чтобы изменить законодательные ограничения, установленные в законодательстве некоторых стран о том, что арбитрами могут выступать только граждане данного государства[2].

Таким образом, из пункта 1 комментируемой статьи следует, что для того, чтобы выполнять функции арбитра в ар-

[2] Например, ранее в Румынии при арбитраже внутренних споров стороны могли назначить арбитрами только граждан Румынии (см.: CMS Guide to Arbitration. Volume I, 2012. P. 622 <https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration.pdf> (последнее посещение – 21 сентября 2016 г.)). В последующем данное ограничение было отменено (см.: Arbitration in Romania: Lexology Navigator Q&A, 1 June 2016 <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=43867521-e473-4cf2-86a8-84f61e4b3142>) (последнее посещение – 21 сентября 2016 г.)).

© RAA

битраже с местом в Российской Федерации, не обязательно иметь российское гражданство.

Однако стороны в своем соглашении или посредством отсылки к применимому регламенту[3] могут установить иные правила.

Стороны арбитража также вправе договориться о дополнительных требованиях, предъявляемых к арбитрам, включая требования к их квалификации, или о разрешении спора конкретным арбитром или арбитрами.

Норма о дополнительных требованиях, предъявляемых к арбитрам, и о разрешении спора конкретным арбитром/арбитрами, является нововведением в Закон о МКА. Дополнительные требования, которые стороны вправе согласовать, могут, например, касаться опыта работы по юридической профессии, опыта работы в качестве арбитра, знаний в определенной отрасли права или бизнеса и т.д.[4] Кроме того, стороны могут установить ограничения в отношении потенциальных арбитров, например, указав, что они не должны быть гражданами стран – сторон спора. Вместе с тем такие дополнительные требования не должны касаться национальной, этнической, расовой принадлежности, религиозных, политических, идеологических взглядов и т.п.[5], поскольку установление таких ограничений следует признать противоречащим публичному порядку.

2. Пункт 2 устанавливает, что стороны арбитража могут согласовать по своему усмотрению процедуру избрания (назначения) арбитра или арбитров при условии соблюдения положений пунктов 4 – 5 комментируемой статьи.

---

[3] Следует заметить, что регламенты ряда иностранных арбитражных учреждений устанавливают, что единоличный арбитр или председатель состава арбитража не могут иметь гражданство одной из участвующих в споре сторон, если стороны не согласовали иное, см. статью 13(5) Арбитражного Регламента ICC, статью 6.1 Арбитражного Регламента LCIA, статью 17(6) Арбитражного Регламента SCC.

[4] В частности, аналогичные положения содержатся в Типовом законе ЮНСИТРАЛ (статьи 11 и 12), параграфах 16 и 17 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС (2017), статье 5.9 Арбитражного Регламента LCIA, статьях 17 и 19 Арбитражного Регламента SCC, статье 13 Арбитражного Регламента SIAC (2017).

[5] Григорьева Е.А. Комментарий к статье 11 / Григорьева Е.А. Комментарий к Закону Российской Федерации от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (постатейный) / под ред. Суворовой С.Г. 2010. // СПС Консультант Плюс.

Процедура избрания (назначения) арбитров может быть согласована сторонами как при арбитраже, администрируемом ПДАУ, так и при арбитраже *ad hoc*.

В случае, если стороны договорились о применимом арбитражном регламенте, процедура назначения (избрания) арбитров, установленная таким регламентом, является частью их соглашения. При этом сторонам следует избегать установления в их соглашении иной процедуры избрания (назначения) арбитров, чем установлена применимым регламентом, за исключением случаев, когда регламент это прямо позволяет[6]. В противном случае может возникнуть противоречие между соглашением сторон и применимым регламентом, что может создать риски отмены вынесенного арбитражного решения[7].

3. Пункт 3 комментируемой статьи устанавливает механизм избрания (назначения) арбитров при отсутствии соглашения сторон, то есть в ситуации, когда стороны договорились о том, что их спор разрешается посредством третейского разбирательства, однако не установили процедуру формирования состава арбитража (в самом соглашении либо посредством отсылки к применимому регламенту).

Предложенный механизм в целом соответствует положениям статьи 11 Типового закона ЮНСИТРАЛ и определяет, что:

(i) при арбитраже с тремя арбитрами каждая сторона назначает одного арбитра и два назначенных таким образом арбитра назначают третьего арбитра;

(ii) при арбитраже с единоличным арбитром он назначается по соглашению сторон, а если стороны арбитража не придут к соглашению, то по просьбе любой стороны назначение производится компетентным судом.

Таким образом, в случае, если стороны не договорились о количестве и порядке формирования состава арбитража, состав арбитража должен формироваться в количестве трех ар-

[6] Например, в статье 11 (6) Арбитражного Регламента ICC установлено, что состав арбитража формируется в соответствии с положениями регламента, если только стороны не предусмотрели иного.

[7] Согласно подпункту 1 пункта 2 статьи 34 Закона о МКА, арбитражное решение может быть отменено компетентным судом в случае, если, в частности, состав арбитража или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или федеральному закону.

© RAA

битров[8], при этом каждая сторона назначает одного арбитра и два назначенных таким образом арбитра назначают третьего арбитра.

Пункт 3 комментируемой статьи по сравнению с предыдущей редакцией данной статьи устанавливает новые положения о том, что в случае отсутствия решения об избрании арбитра, по заявлению одной из сторон назначение производится компетентным судом[9]. Ранее действовавшая редакция данного пункта определяла, что назначение в указанном случае производится Президентом Торгово-Промышленной Палаты Российской Федерации.

4. Пункт 4 комментируемой статьи определяет механизм, применимый в случае, если стороны согласовали процедуру избрания (назначения) арбитра/арбитров, но реализация данной процедуры невозможна, поскольку:

(i) одна из сторон не соблюдает такую процедуру, либо

(ii) стороны или два арбитра не могут достичь соглашения в соответствии с такой процедурой, либо

(iii) третье лицо, включая ПДАУ, не выполняет в соответствии с правилами арбитража какую-либо функцию, возложенную на него в соответствии с такой процедурой.

В указанных ситуациях любая сторона вправе попросить компетентный суд принять необходимые меры с учетом согласованной сторонами процедуры назначения (избрания) арбитров. Вместе с тем обращение в суд с подобным заявлением возможно только в случае, если соглашение сторон не предусматривает иные способы обеспечения назначения.

Как правило, применимый регламент указывает на механизм формирования состава арбитража в случаях, указанных в подпунктах (i) и (ii) выше[10].

В случае же, если ПДАУ не выполняет свои функции по назначению арбитра за сторону или по назначению председа-

---

[8] В силу пункта 2 статьи 10 Закона о МКА.

[9] Компетентным судом в этом случае является арбитражный суд субъекта Российской Федерации либо суд общей юрисдикции, на территории которого проводится соответствующее третейское разбирательство.

[10] Например, статьи 8-10 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ.

теля состава арбитража (единоличного арбитра), такая функция может быть выполнена государственным судом.

5. Пункт 5 вводит новую норму, согласно которой стороны своим прямым соглашением вправе исключить полномочия компетентного суда по назначению арбитров при возникновении ситуаций, указанных в пункте 4 комментируемой статьи, однако только в том случае, если спор администрируется ПДАУ.

В случае, если стороны прямым соглашением исключили полномочия компетентного суда по назначению арбитров и состав арбитров не может быть сформирован в соответствии с процедурой, согласованной сторонами, арбитражное соглашение становится неисполнимым.

В этом случае арбитраж прекращается, и спор может быть передан на разрешение компетентного суда. При этом под компетентным судом понимается как российский, так и иностранный суд, который может рассматривать данный спор в соответствии с общими правилами о подсудности.

6. Пункт 6 комментируемой статьи устанавливает, что при назначении арбитра/арбитров компетентный суд учитывает любые требования, предъявляемые к арбитру/арбитрам соглашением сторон, и такие соображения, которые могут обеспечить назначение независимого и беспристрастного арбитра/арбитров. Ранее действовавшая редакция комментируемой статьи кроме того уточняла, что в случае назначения единоличного или третьего арбитра должна была приниматься во внимание желательность назначения арбитром лица, не являющегося гражданином тех государств, к которым принадлежат стороны. В действующей редакции комментируемой статьи подход к вопросам гражданства арбитров изменился.

Комментируемая статья не устанавливает, каким образом компетентный суд должен определять кандидатуру арбитра, подлежащую назначению. Таким образом, стороны могут предлагать суду возможных кандидатов (как это происходит в случае с назначением судом эксперта), кроме того, суд может воспользоваться публично доступной информацией относительно возможных арбитров[11].

[11] Например, Арбитражная Ассоциация (РАА) ведет базу данных арбитров, которая позволяет определить арбитра, используя различные критерии поиска – http://arbitrations.ru/arbitrators/.

© RAA

Статья 12. Основания для отвода арбитра[1]

1. В случае обращения к какому-либо лицу в связи с его возможным назначением в качестве арбитра это лицо должно в письменном виде сообщить о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости. Арбитр с момента его назначения и в течение всего арбитража должен без промедления сообщать сторонам арбитража о возникновении любых таких обстоятельств, если он не уведомил их о таких обстоятельствах ранее.

2. Отвод арбитру может быть заявлен только в том случае, если существуют обстоятельства, вызывающие обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости, либо если он не соответствует требованиям, предъявляемым федеральным законом или соглашением сторон. Сторона может заявить отвод арбитру, которого она назначила или в назначении которого она принимала участие, лишь по основаниям, которые стали ей известны после его назначения.

1.1. Не считая незначительных изменений, текст комментируемой статьи аналогичен положениям статьи 12 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Закрепленный в пункте 1 комментируемой статьи порядок, предусматривающий обязанность назначаемого (избираемого) арбитра проинформировать стороны о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости при разбирательстве соответствующего спора, является одним из элементов системы норм, обеспечивающих беспристрастность и независимость арбитров.

Помимо требования, предусмотренного пунктом 1 комментируемой статьи, применимые правила о беспристрастности и независимости арбитров должны быть включены в правила ПДАУ[2].

---

[1] Автор комментария – Ю.В. Попелышева.

[2] Согласно пункту 8 части 4 статьи 45 Закона об арбитраже.

© RAA

Требования к арбитру раскрыть информацию об обстоятельствах, которые могут послужить причиной отвода, содержатся в целом ряде регламентов как российских ПДАУ[3], так и иностранных арбитражных учреждений[4].

1.2. Пункт 1 комментируемой статьи устанавливает критерий, которым должен руководствоваться арбитр при разрешении вопроса о том, должны ли те или иные обстоятельства быть сообщены сторонам. Разрешая этот вопрос, арбитр должен установить, могут ли такие обстоятельства вызвать обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости при разрешении конкретного спора.

Применение данного положения требует ответа на несколько вопросов:

(i) что следует понимать под беспристрастностью и независимостью;

(ii) должны ли сомнения относительно беспристрастности и независимости появиться у самого арбитра или у иных лиц;

(iii) какого рода сомнения могут считаться обоснованными;

(iv) в какой форме арбитр должен сообщить сведения о соответствующих обстоятельствах?

1.3. Комментируемая статья (равно как и иные положения российского законодательства) не раскрывает содержание понятий «независимость» и «беспристрастность».

Необходимо отметить, что далеко не всегда национальное законодательство требует от арбитров соответствия этим двум критериям одновременно[5].

Кроме того, некоторые правила арбитражных учреждений содержат указания лишь на один из этих критериев[6].

[3] См., например, пункт 2.1.3 Регламента арбитража онлайн Арбитражной ассоциации (РАА) (2015), согласно которому «одновременно с уведомлением о назначении Арбитра РАА направляет сторонам Арбитражного разбирательства онлайн заполненное Арбитром заявление о беспристрастности и независимости».

[4] См., например, ст. 11(2) Арбитражного регламента ICC (2017).

[5] Так, например, английский Закон об арбитраже 1996 не содержит требования о том, что арбитры должны действовать независимо.

[6] Например, Арбитражные правила ICSID не содержат ссылки на критерий беспристрастности. Несмотря на это, в решениях об отводах, принимаемых в рамках арбитражей, проводимых по таким правилам, имеются ссылки на

© RAA

При этом подавляющее большинство правил арбитражных учреждений все же требует соблюдения арбитрами обоих критериев[7].

Следует особо подчеркнуть, что КС РФ в своей практике зачастую толкует критерии беспристрастности и независимости как элементы единого понятия[8]. Тот же подход находит свое отражение и в практике иных государственных судов[9].

Независимость обычно трактуется как объективный критерий, который оценивается через призму анализа финансовых и иных отношений между арбитром и одной из сторон[10]. Как указал КС РФ, «независимость третейского судьи от сторон рассматриваемого спора подразумевает, как правило, отсутствие трудовых (работник – работодатель, начальник – подчиненный), гражданско-правовых (должник – кредитор) и иных правоотношений (административных, финансовых, семейных и т.д.)»[11].

оба критерия. См., например, Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic (дело ICSID №ARB/97/3), решение касательно отвода председателя от 24 сентября 2001 г., параграф 14:
«Ни моральные качества мистера Фортье, ни его компетенция не ставятся под сомнение ответчиком. Сомнения возникают относительно независимости и беспристрастности арбитра по отношению к сторонам спора, в особенности по отношению к Истцам, то есть может ли арбитр независимо разрешить спор».

[7] См., например, статью 11(2) Арбитражного регламента ICC (2017), статью 18 Арбитражного регламента SCC (2017).

[8] Постановление КС РФ от 18.11.2014 № 30-П по делу о проверке конституционности положений статьи 18 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», пункта 2 части 3 статьи 239 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и пункта 3 статьи 10 Федерального закона «О некоммерческих организациях» в связи с жалобой открытого акционерного общества «Сбербанк России».

[9] См., например, Определение ВАС РФ от 10.12.2007 г. № 14956/07 по делу № А40-4576/07-69-46, А40-4581/07-69-4.

[10] Blackaby, N., and Partasides, C., with Redfern, A., and Hunter, M., Redfern and Hunter on International Arbitration (5th Ed) (Oxford, United Kingdom; Oxford University Press, 2009), P. 267.

[11] В том же Постановлении № 30-П также указывается на то, что третейский судья, избранный (назначенный) в состав постоянно действующего третейского суда, должен быть независимым и от организации – учредителя данного третейского суда. Выполнение этого требования «обеспечивается запретом на вмешательство в его деятельность по рассмотрению спора и в принятие решения по делу органов, должностных лиц и сотрудников этой организации, которая управомочена лишь на утверждение процедурных правил соответствующей деятельности и списка третейских судей <..>, а также

Беспристрастность, напротив, представляет собой субъективный критерий, связанный с необходимостью установить, имеется ли у арбитра действительная или кажущаяся склонность разрешить спор определенным образом или в пользу одной из сторон[12].

В российской судебной практике основные затруднения вызывает именно определение критерия беспристрастности. В этой связи рекомендуется учитывать определение данного критерия, которое детально разработано в решениях Европейского Суда по правам человека («ЕСПЧ»). Эти решения в части, содержащей толкование содержания прав и свобод, закрепленных в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, являются составной частью российской правовой системы и имеют обязательный характер[13].

Так, в постановлении ЕСПЧ по делу Hauschildt v. Denmark[14], ЕСПЧ выработал критерии оценки соответствия лица требованиям беспристрастности[15]. ЕСПЧ указал, что лицо может считаться беспристрастным только в том случае, если отсутствуют какие-либо разумные сомнения в отношении этого. При этом оценка соответствия данному критерию должна осуществляться в каждом конкретном случае, с учетом обстоятельств конкретного дела.

порядком выплаты им гонораров и компенсации иных расходов, связанных с участием в третейском разбирательстве <..>».

[12] Blackaby, N., and Partasides, C., with Redfern, A., and Hunter, M., Redfern and Hunter on International Arbitration (5th Ed) (Oxford, United Kingdom; Oxford University Press, 2009), P. 477.

[13] В Постановлении КС РФ от 26.02.2010 № 4-П отмечено: «Не только Конвенция о защите прав человека и основных свобод, но и решения Европейского Суда по правам человека – в той части, в какой ими, исходя из общепризнанных принципов и норм международного права, дается толкование содержания закрепленных в Конвенции прав и свобод, включая право на доступ к суду и справедливое правосудие, – являются составной частью российской правовой системы, а потому должны учитываться федеральным законодателем при регулировании общественных отношений и правоприменительными органами при применении соответствующих норм права».

[14] Хаушилдт против Дании (*Hauschildt v. Denmark*). Постановление ЕСПЧ от 24.05.1989 г. (жалоба № 10486/83).

[15] В деле *Hauschildt v. Denmark* ЕСПЧ оценивал беспристрастность судьи, вынесшего обвинительный приговор по уголовному делу.

© RAA

1.4. Из текста пункта 1 комментируемой статьи следует, что лицом, у которого «обоснованные сомнения» могут возникнуть, является не сам арбитр, а иные лица.

Очевидно, что если у самого арбитра появляются основания считать, что при рассмотрении дела он не сможет действовать беспристрастно и независимо, такой арбитр не должен принимать назначение или должен взять самоотвод.

Авторитетный свод Руководящих принципов Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже[16] (далее в этом комментарии – «Правила IBA») в рамках описания общего стандарта 2(c) указывает, что сомнения считаются оправданными, если к соответствующему выводу могло бы прийти «разумное и информированное третье лицо».

1.5. Комментируемая статья также не определяет, какого рода сомнения могут считаться обоснованными.

Правила IBA предлагают целый ряд примерных ситуаций, которые либо являются основанием для раскрытия соответствующих обстоятельств сторонами, либо нет. Такие ситуации сгруппированы в три неисчерпывающих перечня (i) красный перечень представляет собой список ситуаций, которые, в зависимости от обстоятельств каждого конкретного дела, вызывают обоснованные сомнения в беспристрастности и независимости арбитра; (ii) оранжевый перечень указывает на ситуации, которые (в зависимости от обстоятельств конкретного дела), по мнению сторон, могут вызвать обоснованные сомнения в беспристрастности или независимости арбитра, наконец, (iii) зеленый перечень представляет собой список конкретных ситуаций, в которых, с объективной точки зрения, ни видимости, ни реального конфликта интересов не существует.

Свод правил, в том числе относительно порядка определения оснований для сомнений в беспристрастности и независимости арбитра, был разработан и ТПП РФ[17].

---

[16] IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx> (последнее посещение – 22 февраля 2017 г.) (Правила IBA в новой редакции доступны по приведенной ссылке на английском и испанском языках).

[17] Правила о беспристрастности и независимости третейских судей (утверждены Приказом Президента ТПП РФ №39 от 27 августа 2010 года, рекомендованы

Если арбитр раскрыл информацию об обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения в его беспристрастности и независимости (в случае, если эти обстоятельства не препятствуют ему тем не менее принять назначение), однако сторона в установленном порядке отвода арбитру не заявила, в последующем она считается отказавшейся от права на заявление об отводе арбитра на основании таких обстоятельств. Такая сторона также лишается права возражать против исполнения арбитражного решения или требовать отмены арбитражного решения со ссылкой на такие обстоятельства.

В любом случае арбитр должен руководствоваться собственным убеждением о важности раскрытия сторонам той или иной информации для принятия сторонами информированного решения о наличии или отсутствии оснований для отвода. При этом считается, что любые сомнения в отношении того, должна ли раскрываться информация сторонам или нет, должны разрешаться в пользу раскрытия такой информации[18].

1.6. Пунктом 1 комментируемой статьи установлено правило о том, что сведения об обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения относительно беспристрастности или независимости арбитра при разбирательстве соответствующего спора, должны доводиться арбитром до сторон в письменной форме.

1.7. Обязанность по раскрытию обстоятельств, которые могут вызвать обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости арбитра при разбирательстве соответствующего спора, возложена на него в течение всего срока арбитражного разбирательства. Эта обязанность должна быть исполнена как при возникновении новых обстоятельств, так и в случае, если при назначении (избрании) арбитр не сообщил сторонам о каком-либо из обстоятельств, отвечающих критериям пункта 1 комментируемой статьи.

Кроме того, в случае, если полномочия арбитра возобновляются после вынесения окончательного решения (например,

---

к применению Президиумом Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ и Правлением Российского Центра содействия третейскому разбирательству).

[18] Общий Стандарт 3(d) Правил IBA.

© RAA

в случае исправления, разъяснения решения, вынесения дополнительного решения[19]), за ним сохраняется обязанность по раскрытию информации.

2.1. Пункт 2 комментируемой статьи предусматривает, что отвод арбитру может быть заявлен лишь в следующих случаях:

а) если существуют обстоятельства, вызывающие обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости; или

б) арбитр не соответствует требованиям, предъявляемым федеральным законом или соглашением сторон[20].

Аналогичный порядок определения оснований для отвода (т.е. без перечисления конкретных причин для отвода с указанием на применение критерия «наличия обоснованных сомнений») установлен в законодательстве целого ряда европейских государств[21].

2.2. Во избежание злоупотребления стороной, избирающей арбитра или участвующей в назначении арбитра, возможностью заявления отводов такому арбитру, пунктом 2 комментируемой статьи предусмотрено, что сторона может заявить отвод арбитру, которого она избрала (назначила) или в избрании (назначении) которого она принимала участие, лишь по основаниям, которые стали ей известны после избрания (назначения) арбитра.

---

[19] В соответствии со статьей 33 Закона о МКА.

[20] См. комментарий к статье11 Закона о МКА относительно таких требований.

[21] Например, соответствующие положения содержит законодательство Испании (статья 17 (2) Закона об арбитраже 2003 г.), Ирландии (статья 12 Закона о международном коммерческом арбитраже 1998 г.), Бельгии (статья 1690 Гражданского процессуального кодекса 1972 г.), Германии (§ 1036 (2) Гражданского процессуального кодекса 1998 г.), Австрии (статья 588.4 Закона об арбитраже 2006 г.), Хорватии (статья 12 Закона об арбитраже 2001 г.), Венгрии (статья 18 (1) Закона об арбитраже 1994 г.), Болгарии (статья 14 (1) Закона о международном коммерческом арбитраже 1988 г.), Польши (статья 1174 (2) Гражданского процессуального кодекса 2005 г.) и Литвы (статья 15 Закона о коммерческом арбитраже 1996 г.).

Статья 13. Процедура отвода арбитра[1]

1. Стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре отвода арбитра при условии соблюдения положений пункта 3 настоящей статьи.

2. В отсутствие такой договоренности сторона, намеревающаяся заявить отвод арбитру, должна в течение 15 дней после того, как ей стало известно о сформировании третейского суда или о любых обстоятельствах, указанных в пункте 2 статьи 12, в письменной форме сообщить третейскому суду мотивы отвода. Если арбитр, которому заявлен отвод, не берет самоотвод или другая сторона не соглашается с отводом, вопрос об отводе решается третейским судом.

3. Если заявление об отводе арбитра при применении любой процедуры, согласованной сторонами, или процедуры, предусмотренной пунктом 2 настоящей статьи, не удовлетворено, сторона, заявляющая отвод, может в течение одного месяца со дня получения уведомления о решении об отклонении отвода подать заявление в компетентный суд об удовлетворении отвода. Стороны, арбитражное соглашение которых предусматривает администрирование арбитража постоянно действующим арбитражным учреждением, своим прямым соглашением могут исключить возможность разрешения данного вопроса судом. Предъявление в суд указанного заявления само по себе не препятствует третейскому суду, включая арбитра, которому заявлен отвод, продолжать арбитраж и вынести арбитражное решение.

1. Пункт 1 комментируемой статьи предоставляет сторонам право самостоятельно определить процедуру отвода арбитров. Причем такое право имеется как у сторон арбитража, администрируемого арбитражным учреждением, так и у сторон арбитража *ad hoc*.

Следует подчеркнуть, что согласно требованиям российского законодательства, порядок проведения арбитража, содержащийся в правилах ПДАУ, должен включать в себя порядок разрешения заявлений об отводе[2].

---

[1] Автор комментария – Ю.В. Попелышева.

[2] Пункт 6 части 5 статьи 45 Закона об арбитраже.

© RAA

В случае, если стороны в арбитражном соглашении изберут соответствующие правила ПДАУ в качестве применимых, они считаются согласившимися с тем порядком разрешения заявлений об отводе, который установлен в этих правилах. В этом случае можно говорить о наличии договоренности между сторонами о процедуре отвода арбитра по смыслу пункта 1 комментируемой статьи.

Теоретически, своим соглашением стороны вправе установить процедуру отвода арбитра, отличающуюся от установленной в правилах ПДАУ, если это допускается указанными правилами. Вместе с тем в случае противоречия между правилами ПДАУ и соглашением сторон в части такой процедуры может сложиться ситуация, при которой ПДАУ будет применять положения своего регламента, а не соглашения сторон, что создает риск последующей отмены соответствующего арбитражного решения или отказа в выдаче исполнительного листа[3].

В подавляющем большинстве случаев арбитражные регламенты арбитражных учреждений предусматривают, что отвод разрешается единоличным или коллегиальным органом арбитражного учреждения[4].

По общему правилу, при рассмотрении заявления об отводе арбитров иным сторонам и арбитру (арбитрам), в отношении которого (которых) заявлен отвод, предоставляется возможность сообщить свое отношение к заявлению об отводе[5].

2. Пункт 2 комментируемой статьи формулирует правило, которое фактически применяется в случае заявления отвода в рамках арбитража *ad hoc*[6], когда стороны не согласовали процедуру отвода арбитра[7].

---

[3] Подпункт 1 пункта 2 статьи 34 Закона о МКА.

[4] Статья 14 Арбитражного регламента ICC (2017) устанавливает, что отвод разрешается Судом ICC, параграф 17 Арбитражного регламента МКАС (2017) устанавливает, что отвод разрешается Комитетом по назначениям МКАС, статья 10 Арбитражного регламента LCIA (2014) устанавливает, что отвод разрешается Судом LCIA. Статья 13 Закона о МКА не создаёт препятствий для принятия такого решения единоличным органом арбитражного учреждения.

[5] Статья 10.4 Арбитражного регламента LCIA, пункт 3 статьи 14 Арбитражного регламента ICC.

[6] Поскольку практически все арбитражные регламенты предусматривают процедуру отвода.

[7] С учетом того, что Закон об арбитраже требует включения в Регламент ПДАУ процедуры рассмотрения отвода арбитров, отсутствие согласованной сторонами процедуры на практике скорее всего может быть только в случае,

В случае отсутствия соглашения сторон, заявление об отводе подается стороной в течение 15 дней после того, как ей стало известно о формировании состава арбитража или о любых обстоятельствах, указанных в пункте 2 статьи 12 комментируемого закона.

Закон о МКА в комментируемом положении требует, чтобы заявление об отводе было сделано в письменной форме и включало мотивы, по которым заявлен отвод.

Несмотря на то, что пункт 2 комментируемой статьи не содержит требований о том, что разрешение вопроса об отводе возможно только после того, как в отношении заявления об отводе предоставят свое мнение иные стороны и арбитр (арбитры), в отношении которого (которых) заявлен отвод, из содержания второго предложения пункта 2 комментируемой статьи следует, что такое мнение получать необходимо. В частности, арбитр, которому заявлен отвод, может заявить самоотвод. Другая сторона также может согласиться или не согласиться с отводом.

Если стороны самостоятельно не согласовали процедуру отвода арбитра, арбитр не взял самоотвод, а другая сторона против отвода возражает, вопрос должен разрешаться составом арбитража.

В случае, если состав арбитража сформирован в составе трех арбитров, решение принимается данными арбитрами. При этом комментируемая норма не указывает на то, что арбитр, в отношении которого заявлен отвод, не принимает участие в рассмотрении заявления об отводе.

В случае, если спор рассматривается единоличным арбитром, из буквального толкования данной статьи следует, что отвод такому арбитру должен рассматриваться им самим.

3. Вне зависимости от того, согласовали ли стороны процедуру отвода арбитра или нет, пункт 3 комментируемой статьи предусматривает, что в случае отклонения заявления об отводе, сторона, заявляющая отвод, в течение одного месяца со дня получения уведомления о решении об отклонении отвода может подать заявление в компетентный суд об удовлетворении отвода.

когда проводится не администрируемый ПДАУ арбитраж, а арбитраж *ad hoc*. Регламенты иностранных арбитражных учреждений также, как правило, содержат положения о порядке разрешения заявленного отвода арбитрам.

© RAA

Из вышеприведенного положения следует, что положительное решение об отводе не может быть оспорено в компетентный суд.

Заявление в компетентный суд может быть подано в течение одного месяца со дня получения уведомления о решении об отклонении отвода. В случае, если применимыми правилами ПДАУ установлен срок для рассмотрения заявления об отводе[8], такой срок начинает течь с даты, когда решение об отводе должно было быть принято согласно такому регламенту.

В случае, если применимый регламент не содержит указаний относительно срока вынесения решения об отводе, то данный срок начинает течь с даты, когда сторона узнала о вынесения решения об отклонении отвода.

Порядок исчисления вышеуказанного месячного срока неясен в случае, если соглашение сторон или правила ПДАУ предусматривают порядок рассмотрения заявления об отводе, состоящий из нескольких этапов.

Так, если стороны договорились, что первоначально вынесенное решение об отклонении отвода может быть пересмотрено (i) органом ПДАУ, если первоначальное решение было вынесено составом арбитража, или (ii) комитетом по назначениям, если первоначальное решение было вынесено единолично уполномоченным лицом ПДАУ[9], закон прямо не указывает, с даты какого из решений должен начинать течь срок на обжалование в компетентный суд. Представляется, что такой срок должен исчисляться с даты принятия последнего решения об отказе в отводе арбитра (при рассмотрении заявления об отводе арбитров в несколько этапов).

Положения, описывающие порядок рассмотрения и разрешения заявления об удовлетворении отвода компетентным судом, содержатся в процессуальном законодательстве[10].

Стороны, арбитражное соглашение которых предусматривает администрирование арбитража ПДАУ, своим прямым со-

---

[8] Статья 10.5 Арбитражного регламента LCIA.

[9] См. положения части 4 статьи 47 Закона об арбитраже.

[10] Статьи 427.1 – ст. 427.5 ГПК РФ, статьи 240.1 – ст. 240.5 АПК РФ.

глашением могут исключить возможность разрешения заявления об удовлетворении отвода компетентным судом[11].

Предъявление в компетентный суд заявления об удовлетворении отвода само по себе не препятствует составу арбитража, включая арбитра, которому заявлен отвод, продолжать арбитраж и принять арбитражное решение. Данное положение направлено на недопущение злоупотребления сторонами своим правом на заявление отвода с целью затягивания рассмотрения спора.

[11] См. комментарий к статье 2 Закона об арбитраже касательно понятия прямого соглашения.

© RAA

Статья 14. Прекращение полномочий арбитра[1]

1. В случае, если арбитр оказывается юридически или фактически неспособным участвовать в рассмотрении спора или не участвует в рассмотрении спора в течение неоправданно длительного срока, его полномочия прекращаются при условии, что арбитр берет самоотвод или стороны договариваются о прекращении таких полномочий. В случаях, если арбитр не берет самоотвод и отсутствует соглашение сторон о прекращении полномочий арбитра по какому-либо из этих оснований, любая сторона может обратиться в компетентный суд с заявлением о разрешении вопроса о прекращении полномочий арбитра. Стороны, арбитражное соглашение которых предусматривает администрирование арбитража постоянно действующим арбитражным учреждением, могут своим прямым соглашением исключить данную возможность или договориться об ином порядке прекращения полномочий и замещения арбитра.

2. Самоотвод арбитра или согласие стороны на прекращение его полномочий в соответствии с настоящей статьей или пунктом 2 статьи 13 не означает признания любого из оснований, упомянутых в настоящей статье или в пункте 2 статьи 12.

1. Пункт 1 комментируемой статьи предусматривает несколько оснований, по которым возможно прекращение полномочий арбитра:

(а) арбитр оказывается юридически неспособным участвовать в рассмотрении спора. Обстоятельствами, обуславливающими юридическую неспособность участия в разрешении спора, могут быть признание арбитра недееспособным или ограниченно дееспособным на основании соответствующего судебного акта[2] или назначение в качестве судьи[3].

---

[1] Автор комментария – Ю.В. Попелышева.

[2] Части 8 – 11 статьи 11 Закона об арбитраже, статья 1 Закона о МКА.

[3] Часть 10 статьи 11 Закона об арбитраже, статья 1 Закона о МКА.

© RAA

(b) арбитр оказывается фактически неспособным участвовать в рассмотрении спора. К обстоятельствам, обуславливающим фактическую невозможность исполнять обязанности арбитра, обычно относят смерть арбитра, его серьезную болезнь, препятствующую участию в разрешении спора.

(c) арбитр не участвует в рассмотрении спора в течение неоправданно длительного срока. Неучастие арбитра может заключаться, например, в уклонении от согласования даты устного слушания, в неявке на устное слушание. Уклонение арбитра (единолично или в составе коллегии) от обязанности вынести решение в сроки, установленные соглашением сторон или арбитражным регламентом, также относится к неучастию арбитра в рассмотрении спора.

Вопрос о том, какой срок, в течение которого арбитр не участвует в рассмотрении спора, необходимо считать неоправданно длительным, следует разрешать, исходя из специфики спора, осведомленности сторон о загруженности арбитра, времени, объективно необходимого для разрешения арбитром тех или иных вопросов.

Ранее действовавший Закон о третейских судах предусматривал еще одно основание для прекращения полномочий арбитра – принятие решения по конкретному делу[4]. В Законе об МКА этот вопрос разрешен иным образом – полномочия арбитра прекращаются за исключением случаев необходимости толкования, исправления решения, вынесения дополнительного решения[5].

При наличии одного из оснований, предусмотренных пунктом 1 комментируемой статьи, полномочия арбитра могут быть прекращены.

В бесспорном порядке полномочия арбитра прекращаются, если (i) соответствующий арбитр заявляет о самоотводе[6] или (ii) стороны договариваются о прекращении полномочий такого арбитра.

---

[4] Пункт 3 статьи 32 Закона о МКА в ранее действовавшей редакции.

[5] В силу пункта 3 статьи 32 Закона о МКА.

[6] С учетом ограничений на самоотвод арбитра, которые может содержать применимый Регламент. Так, Арбитражный регламент ICC указывает, что самоотвод арбитра должен быть принять Судом ICC, см. пункт 1 статьи 15.

© RAA

В случае, если полномочия арбитра в бесспорном порядке прекращены быть не могут (например, в случае отсутствия соглашения сторон), любая из сторон может обратиться за разрешением заявления о прекращении полномочий арбитра в (i) ПДАУ, (ii) уполномоченный орган, указанный в соглашении сторон (применительно к арбитражу *ad hoc*) или определяемый в соответствии с применимым к арбитражу ad hoc регламентом (например, Арбитражным Регламентом ЮНСИТРАЛ), или (iii) компетентный суд[7].

Порядок проведения арбитража, содержащийся в правилах ПДАУ, должен включать в себя порядок и основания прекращения полномочий арбитров[8]. В случае, если стороны в арбитражном соглашении изберут соответствующие правила ПДАУ в качестве применимых, они должны считаться согласившимися с тем порядком и основаниями прекращения полномочий арбитров, которые установлены в этих правилах[9].

Правила арбитражных учреждений обычно предусматривают, что с заявлением о прекращении полномочий арбитра сторона должна обращаться в арбитражное учреждение (зачастую указывая орган, куда такое заявление должно быть направлено[10]).

Одной из последних тенденций является включение в правила арбитражных учреждений их права по собственной инициативе прекращать полномочия арбитра по тем же основаниям, которые предусмотрены для прекращения полномочий по инициативе сторон. Такие изменения в правилах связаны, прежде всего, с желанием арбитражных институтов контролировать соблюдение сроков вынесения решения, а также обеспечить качественное разрешение спора[11].

---

[7] Статьи. 427.1 – ст. 427.5 ГПК РФ, статьи 240.1 – ст. 240.5 АПК РФ.

[8] Согласно требованиям пункта 7 части 5 статьи 45 Закона об арбитраже.

[9] См. комментарии к статье 13 Закона об МКА касательно права сторон определить процедуру и основания прекращения полномочий арбитра, отличающиеся от установленных в правилах ПДАУ.

[10] Например, в Комитет по назначениям МКАС согласно пункту 3 параграфа 17 регламента МКАС (2017), в Секретариат Суда согласно статье 14(1) Арбитражного регламента ICC (2017).

[11] См. статью 15(2) Арбитражного регламента ICC (2017), статью 10.1 Арбитражного регламента LCIA (2014), статью 17.3 Арбитражного регламента SIAC (2016), пункт 4 параграфа 17 регламента МКАС (2017).

© RAA

В случае, если арбитр не берет самоотвод или если прекратить полномочия арбитра с использованием механизмов, предусмотренных правилами ПДАУ, невозможно, сторона может обратиться с заявлением о прекращении полномочий арбитра в государственный суд. Вместе с тем стороны, арбитражное соглашение которых предусматривает администрирование арбитража ПДАУ, могут своим прямым соглашением исключить возможность разрешения вопроса о прекращении полномочий арбитра компетентным судом.

2. Самоотвод или согласие стороны на прекращение полномочий арбитра не означает признания наличия оснований для отвода, указанных в заявлении об отводе или прекращении полномочий. Данное правило призвано облегчить арбитру принятие решения о самоотводе.

© RAA

Статья 15. Замена арбитра[1]

Если полномочия арбитра прекращаются на основании статьи 13 или 14, или ввиду того, что он берет самоотвод по любой иной причине, или ввиду отмены его полномочий соглашением сторон, а также во всяком другом случае прекращения его полномочий, другой арбитр назначается в соответствии с правилами, которые были применимы к назначению заменяемого арбитра.

Комментируемая статья устанавливает правило, согласно которому, в случае прекращения полномочий заменяемого арбитра, заменяющий его арбитр назначается (избирается) по правилам, предусмотренным для назначения (избрания) заменяемого арбитра.

Положения, аналогичные комментируемой статье, содержатся в статье 15 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Стороны своим соглашением могут определить любую процедуру назначения арбитра[2], в силу чего повторное назначение арбитра должно производиться в соответствии с этой же процедурой.

Вместе с тем сторона может злоупотреблять своим правом на повторное назначение арбитра, неоднократно назначая арбитра, который не способен выполнять свои функции либо берет самоотвод по истечении определенного времени.

Для предотвращения таких ситуаций многие регламенты оставляют за арбитражным учреждением право решать, следует ли в случае замены арбитра повторять первоначальную процедуру выдвижения кандидатуры арбитра[3] или провести прямое назначение.

---

[1] Автор комментария – Ю.В. Попелышева.

[2] См. пункт 2 статьи 11 Закона о МКА.

[3] Так, например, статья 15(4) Арбитражного регламента ICC (2017) предусматривает, что «[в] случае замены арбитра Суд решает по своему усмотрению, следует ли повторять первоначальную процедуру выдвижения кандидатуры арбитра», см. также часть 2 параграфа 19 Регламента МКАС (2017).

© RAA

Статья 16. Право третейского суда на вынесение постановления о своей компетенции[1]

1. **Третейский суд может сам вынести постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия или действительности арбитражного соглашения. Арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, должна трактоваться как соглашение, не зависящее от других условий договора. Вынесение арбитражного решения о том, что договор недействителен, само по себе не влечет за собой недействительность арбитражного соглашения.**

2. **Заявление об отсутствии у третейского суда компетенции может быть сделано соответствующей стороной арбитража не позднее представления ею первого заявления по существу спора. Избрание (назначение) стороной арбитра или ее участие в избрании (назначении) арбитра не лишает сторону права сделать такое заявление. Заявление о том, что третейский суд превышает пределы своей компетенции, должно быть сделано, как только вопрос, который, по мнению стороны, выходит за эти пределы, будет поставлен в ходе арбитража. Третейский суд может в любом из этих случаев принять заявление, сделанное позднее, если он сочтет задержку оправданной.**

3. **Третейский суд может вынести постановление по заявлению, указанному в пункте 2 настоящей статьи, либо как по вопросу предварительного характера, либо в решении по существу спора. Если третейский суд постановит по вопросу предварительного характера, что он обладает компетенцией, любая сторона может в течение одного месяца со дня получения уведомления об этом постановлении подать заявление в компетентный суд о принятии решения об отсутствии у третейского суда компетенции. Стороны, арбитражное соглашение которых предусматривает администрирование арбитража постоянно действующим арбитражным учреждением, могут своим прямым соглашением исключить данную возможность. Предъявление в суд заявления о принятии решения об отсутствии у третейского суда компетен-**

[1] Автор комментария – А.А.Панов.

© RAA

ции само по себе не препятствует третейскому суду продолжать арбитраж и вынести арбитражное решение.

1. Комментируемая статья является одной из ключевых в регулировании международного коммерческого арбитража в России, поскольку закрепляет два основополагающих и общепризнанных принципа: принцип «*компетенции-компетенции*» и принцип автономности арбитражной оговорки.

Правила, аналогичные тем, которые установлены пунктами 2 и 3 комментируемой статьи, установлены также Европейской конвенцией[2].

Комментируемая статья практически не претерпела изменений по сравнению с предыдущей редакцией[3], (совпадающей со статьей 16 Типового Закона ЮНСИТРАЛ), за исключением нормы о том, что стороны могут прямым соглашением исключить возможность оспаривания в государственном суде положительного решения состава арбитража о юрисдикции.

Автономность арбитражного соглашения означает, что само по себе признание основного (материально-правового) договора незаключенным, недействительным, расторгнутым или по иным причинам прекратившим свое действие не означает распространение таких последствий на арбитражную оговорку, включенную в текст такого договора. Принцип автономности арбитражной оговорки вытекает из второго и третьего предложения пункта 1 комментируемой статьи.

При этом не следует приравнивать принцип автономности арбитражной оговорки к презумпции ее действительности[4].

---

[2] Статья V Европейской конвенции.

[3] Так, в изначальном тесте статьи говорилось о признании основного договора «ничтожным», в то время как измененный текст говорит о «недействительности» основного договора. С точки зрения российского права понятие «недействительность» договора шире понятия «ничтожность», поэтому текстуальное изменение было призвано закрепить и без того применяющееся на практике толкование. Представляется, что принцип автономности арбитражной оговорки может также применяться в случае, если одна из сторон заявляет не только о недействительности, но и незаключенности, прекращении его срока действия или расторжении основного договора, см. постановление ФАС Северо-Западного округа от 19.07.2010 по делу № А75-2898/2010; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 23.10.2009 по делу N А56-45732/2008.

[4] Постановление ФАС Северо-Западного округа от 23.10.2009 по делу N А56-45732/2008.

Существует три возможных ситуации, демонстрирующих применение принципа автономности арбитражного соглашения[5]:

(i) Основной договор недействителен, но основание его недействительности не затрагивает арбитражную оговорку. В качестве примера можно привести ситуацию, когда основной договор признается недействительным как крупная сделка – в этом случае основание недействительности не должно затрагивать арбитражное соглашение[6].

(ii) Основной договор недействителен по тому же основанию, что и арбитражная оговорка. Например, если подпись на основном договоре была подделана или договор был заключен недееспособным лицом, этот порок в большинстве случаев приведет к ничтожности арбитражной оговорки.

(iii) Основной договор действителен, а арбитражная оговорка – нет, например, при неарбитрабильности предмета спора.

Сам по себе принцип автономности не означат, что оговорка является абсолютно самостоятельным соглашением. Она является независимой только для целей определения ее действительности, однако она «связана» с основным договором применительно к другим правоотношениям. Так, полномочия на заключение договора включают также полномочия и на заключение арбитражного соглашения, при перемене стороны в обязательстве, вытекающем из основного договора, переходят также и права по арбитражному соглашению.

Вторым важным принципом, вытекающим из данной статьи, является так называемый принцип «*компетенции-компетенции*»[7]. Данный принцип означает, что состав арбитража вправе самостоятельно разрешить вопрос о наличии у него юрисдикции в отношении конкретного спора, для этого ему не требуется решение государственного суда по данному вопросу.

---

[5] См., например, Paulsson J., Metaphors, Maxims, and Other Mischiefs The Freshfields Lecture // Arbitration International, Vol. 30, No. 4. P. 619.

[6] Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж. Учебник, 2-е изд., М., 2013. С. 120. Постановление ФАС СЗО от 20 апреля 2006 г. № Ф04-1614/2006 (21058-А70-12) по делу № А70-3077/12-2005.

[7] Который в литературе принято именовать *Kompetenz-Kompetenz* в связи с его немецким происхождением.

© RAA

Принцип «*компетенции-компетенции*» не означает, что государственный суд не может рассмотреть спор о наличии юрисдикции у состава арбитража[8]. Вместе с тем, считается также, что в случае, если вопрос о юрисдикции одновременно рассматривается в государственном суде и составом арбитража, государственный суд должен приостановить разбирательство для того, чтобы дать возможность вначале составу арбитража решить этот вопрос[9].

2. Пункт 2 комментируемой статьи регулирует две ситуации: когда основания для возражения против компетенции имеются с самого начала арбитражного разбирательства и когда такие основания возникают уже в его процессе.

В первом случае возражения могут быть заявлены только ответчиком[10]. Ответчик может оспаривать юрисдикцию арбитража в целом, то есть возражать против рассмотрения всего спора в арбитраже, или заявлять возражения против юрисдикции состава арбитража в отношении каких-либо отдельных требований.

Возражение против компетенции состава арбитража должно быть сделано не позднее представления соответствующей стороной своего первого заявления по существу спора. Что считать таким заявлением, зависит от применимого арбитражного регламента, которым могут устанавливаться специальные правила[11].

---

[8] В частности, это следует из статьи 8 Закона о МКА.

[9] См. пункт 3 статьи VI Европейской Конвенции: *«Если одна из сторон в арбитражном соглашении подала заявление с просьбой об арбитраже, то государственный суд, в который может в последующем обратиться другая сторона с иском по тому же предмету или вопросу об отсутствии, недействительности или утрате силы арбитражным соглашением, должен отложить вынесение решения по вопросу о компетенции арбитражного суда до тех пор, пока арбитражный суд не вынесет решения по существу дела, поскольку у государственного суда нет достаточно существенных оснований для отступления от этого правила»*.

[10] Истец, заявляя иск в арбитраже, полагается на наличие арбитражного соглашения, а потому не может возражать против юрисдикции состава арбитража по этому основанию - См. пункт 1 статьи 8 Закона о МКА. При этом в случае заявления встречного иска истец по первоначальному иску также вправе выдвигать возражения против такого встречного иска в связи с отсутствием юрисдикции у состава арбитража.

[11] Например, в случае с МКАС, первым документом, в котором будет содержаться позиция ответчика по существу спора, будет являться отзыв на иск (па-

Практика российских судов исходит из того, что высказывание ответчика по существу спора без оспаривания компетенции арбитража приводит к потере права на заявление таких возражений в дальнейшем[12]. Это, в частности, означает, что сторона не может принимать участие в разбирательстве, не заявляя возражений относительно юрисдикции состава арбитража, а затем попытаться оспорить не устроившее ее решение по основанию отсутствия у состава арбитража юрисдикции[13].

Однако участие стороны в формировании состава арбитража не лишает ее права заявить возражения против компетенции состава арбитража. Это исключение призвано способствовать повышению эффективности разбирательства, поскольку назначение стороной арбитра может осуществляться до заявления ею позиции по спору. Соответственно, сторона не должна затягивать формирование состава арбитража до того момента, когда она окончательно сформирует позицию относительно компетенции арбитража в отношении спора.

В тех случаях, когда основания для оспаривания юрисдикции состава арбитража возникают в ходе разбирательства, такие возражения могут заявляться любой стороной разбирательства. Например, истец по первоначальному иску может заявлять об отсутствии у состава арбитража юрисдикции по предъявленному ответчиком встречному иску. Или ответчик может оспаривать полномочия состава арбитража на рассмо-

раграф 6 Правил арбитража международных споров МКАС). Однако, в некоторых случаях, до подачи отзыва ответчик уже должен будет известить МКАС о выбранном им арбитре (параграф 16 Правил арбитража международных споров МКАС). Тем не менее, возражения по компетенции необходимо заявить не позднее представления отзыва на иск, поскольку извещение об избрании арбитра не является заявлением по существу спора. В одном деле состав арбитража МКАС признал запоздалым возражение против компетенции состава арбитража, сделанное уже после заявления по существу спора (о полном несогласии с требованиями истца) именно со ссылкой на пункт 2 статьи 16 Закона о МКА, который аналогичен пункту 2 статьи 16 Закона об арбитраже (см. Решение МКАС при ТПП РФ от 27.04.2005 по делу №5/2004).

[12] См., например: Определение ВС РФ от 24.02.2015 № 304-ЭС14-495 по делу № А67-1587/2014; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 05.08.2015 № Ф05-9366/2015 по делу № А41-11651/15; Постановление Президиума ВАС РФ от 11.05.2005 N 207/04 по делу N А40-11425/03-30-89.

[13] Определение ВС РФ от 19.03.2015 по делу N 310-ЭС14-4786, А62-171/2014; Постановление ФАС Московского округа от 24.12.2012 по делу № А40-100431/12-52-929.

© RAA

трение дополнительных требований истца или измененного иска. В этом случае также следует руководствоваться тем же принципом: если сторона выражает позицию по существу спорного вопроса без заявления возражений по юрисдикции в отношении него, она должна признаваться признавшей юрисдикцию состава арбитража.

Тем не менее, комментируемый пункт наделяет состав арбитража правом принять к рассмотрению заявление об отсутствии компетенции, поданное стороной с задержкой, если признает задержку оправданной. При этом состав арбитража обладает достаточно широким усмотрением относительно того, какая причина может оправдывать отсутствие своевременных возражений против юрисдикции.

При этом стороне достаточно один раз заявить об отсутствии юрисдикции в отношении состава арбитража. Участие в дальнейшем разбирательстве и представление позиции по существу спора после заявления возражения относительно компетенции состава арбитража само по себе не может рассматриваться как признание стороной юрисдикции состава арбитража или отказ от данного возражения, если иное прямо не следует из выраженной позиции.

3. Решение состава арбитража относительно компетенции может быть принято как в качестве отдельного постановления предварительного характера, так и в решении по существу спора[14].

---

[14] В российской практике арбитры довольно редко принимают отдельное постановление о компетенции, поскольку стараются избежать «*необоснованных задержек в проведении арбитражных разбирательств и пресечения недобросовестных попыток ответчиков воспрепятствовать быстрому и эффективному разрешению возникших споров*», см. Хоцанов Д.А. Оспаривание постановления международного коммерческого арбитража по вопросу о компетенции и окончательного арбитражного решения по основаниям отсутствия компетенции // Вестник международного коммерческого арбитража 2014 № 1. С. 33. В зарубежной практике принятие отдельных постановлений о компетенции более распространено, особенно в международных инвестиционных спорах, где вопросы юрисдикции зачастую оказываются сложнее, чем в коммерческих арбитражных разбирательствах. Разрешение вопроса о юрисдикции может способствовать более эффективному арбитражному разбирательству в тех случаях, когда возражения ответчика не преследуют исключительно тактические цели затягивания арбитражного разбирательства. Так, принятие постановления предварительного характера об отсутствии у состава арбитража юрисдикции в отношении конкретного спора освобождает стороны от необходимости инвестировать время и ресурсы в рассмотрение дела по существу. Напротив, признание составом

В случае вынесения отдельного постановления состава арбитража *о наличии* у него юрисдикции любая сторона может обратиться в суд с заявлением о его отмене. При этом постановление *об отсутствии* у состава арбитража компетенции является окончательным и его оспаривание не допускается[15].

Соответствующее обращение в суд допускается в течение одного месяца с момента получения уведомления о принятии такого решения[16].

Обращение одной из сторон арбитражного разбирательства в суд само по себе не препятствует продолжению арбитражного разбирательства и вынесению решения по существу спора.

Если государственный суд удовлетворит заявление о признании отсутствия у состава арбитража юрисдикции раньше, чем состав арбитража разрешит спор по существу, и такое решение вступит в силу, состав арбитража (при месте арбитража в России) должен прекратить производство по делу.

Если же состав арбитража выносит решение по существу спора до принятия государственным судом определения, то заявление, поданное в государственный суд, подлежит оставлению без рассмотрения в связи с завершением арбитражного разбирательства. Заинтересованная сторона сможет в дальнейшем ссылаться на отсутствие юрисдикции у состава арбитража в процессе оспаривания арбитражного решения или при заявлении возражений против его признания и приведения в исполнение.

Если состав арбитража принимает отдельное постановление о наличии у него компетенции, а оспаривавшая юрисдикцию сторона не пользуется своим правом обратиться в государственный суд в соответствии с пунктом 3 комментируемой статьи, то в силу принципа «эстоппель» такая сторона должна признаваться утратившей право на оспаривание юрисдикции

арбитража своей юрисдикции на ранней стадии спора может способствовать примирению сторон, если ответчик понимает, что при рассмотрении спора в арбитраже по существу у него не много шансов на успех.

[15] В случае подачи лицом заявления в нарушение этого запрета, производство по делу подлежит прекращению на основании пункта 1 части 1 статьи 150 АПК РФ (Постановление Президиума ВАС РФ от 27.05.2008 № 2384/08 по делу № А40-5222/07-8-54).

[16] Порядок рассмотрения такого заявления устанавливается статьей 235 АПК РФ и статьей 422.1 ГПК РФ.

© RAA

состава арбитража после вынесения окончательного арбитражного решения[17].

Новое положение пункта 3 комментируемой статьи позволяет сторонам арбитражного соглашения, предусматривающего администрирование арбитража ПДАУ, исключить возможность обращения в государственный суд с заявлением об отмене постановления состава арбитража о наличии компетенции[18]. Для этого сторонам необходимо заключить прямое соглашение. Однако заключение такого прямого соглашения не означает окончательный отказ от оспаривания компетенции состава арбитража, оно лишь означает, что стороны исключили обжалование такого решения в отдельном процессе.

Таким образом, при наличии у одной из сторон юрисдикционных возражений, они могут быть представлены в государственный суд после вынесения окончательного арбитражного решения в порядке оспаривания такого решения или в обоснование возражений против его признания и приведения в исполнение (безусловно, при условии, что стороны своим прямым соглашением также не исключили возможности обжалования и окончательного арбитражного решения).

---

[17] См., например: Постановления Арбитражного суда Московского округа от 27.03.2015 по делу № А40-132755/14-141-905 и от 29.10.2015 по делу N А41-77961/14; Постановление Президиума ВАС РФ от 14.06.2011 № 1787/11 по делу № А40-4113/10-25-33; Определение ВАС РФ от 12.12.2011 № ВАС-11800/2011 по делу № А56-22667/2010; Определение ВАС РФ от 27.02.2010 № ВАС-1881/10 по делу № А40-118723/09-63-872.

[18] В порядке статьи 235 АПК РФ или статьи 422.1 ГПК РФ.

Статья 17. Полномочие третейского суда распорядиться о принятии обеспечительных мер[1]

1. Если стороны не договорились об ином, третейский суд может по заявлению любой стороны распорядиться о принятии какой-либо стороной таких обеспечительных мер, которые он считает необходимыми. Третейский суд может потребовать от любой стороны предоставить надлежащее обеспечение в связи с такими мерами. Постановления и иные процессуальные акты третейского суда о принятии обеспечительных мер подлежат выполнению сторонами.

2. Соглашением сторон также может быть предусмотрено (в том числе путем отсылки к правилам арбитража), что до того, как третейский суд будет сформирован, постоянно действующее арбитражное учреждение вправе распорядиться о принятии какой-либо стороной таких обеспечительных мер, которые оно считает необходимыми. К подобным обеспечительным мерам в полном объеме применяется пункт 1 настоящей статьи, как если бы они были приняты третейским судом.

1. Помимо возможности обращения стороной третейского (арбитражного) разбирательства с ходатайством о получении обеспечительных мер в государственный суд, сторона вправе обратиться с таким же ходатайством и к составу арбитража.

Несмотря на то, что российское законодательство не предусматривает возможности принудительного исполнения постановления состава арбитража об обеспечительных мерах, обращение к арбитрам за обеспечительными мерами имеет практический смысл. Конфиденциальность, процессуальная экономия, специализация арбитров и понимание материалов дела делают состав арбитража крайне подходящим форумом для принятия обеспечительных мер.

Комментируемая статья, тем не менее, следуя принципу диспозитивности, позволяет сторонам исключить возможность обращения сторон к составу арбитража за вынесением постановления о применении обеспечительных мер.

[1] Авторы комментария – Ф.А. Вячеславов, В.В. Думлер, Р.О. Зыков.

© RAA

Закон о МКА прямо не устанавливает формы, в которой стороны могут договориться об исключении действия части 1 статьи 17. Однако, представляется, что такое соглашение должно быть совершено в письменной форме. Дело в том, что положения статьи 17 относятся к вопросу объема полномочий арбитража, что является частью арбитражного соглашения, к которому российским законом предъявляется требование о письменной форме.

Комментируемая статья допускает, что любая сторона (истец или ответчик) вправе обратиться к составу арбитража за вынесением обеспечительных мер. При этом, меры могут быть запрошены не только для обеспечения исполнения будущего арбитражного решения по существу, но и для временной защиты иных нарушенных прав. Например, заявитель может потребовать прекратить действия другой стороны, нарушающие принцип конфиденциальности процесса, обязать другую сторону внести свою часть арбитражных расходов, и так далее.

Следует учитывать, что состав арбитража вправе обязать заявителя предоставить встречное денежное обеспечение для возможной компенсации вреда, причиненного другой стороне обеспечительными мерами.

Комментируемой нормой Закона устанавливается, что состав арбитража может распорядиться о принятии таких обеспечительных мер, «которые он считает необходимыми». При этом при выборе обеспечительных мер, а также оснований для их применения состав арбитража не связан нормами процессуального законодательства, установленными для решения вопроса о применении обеспечительных мер в государственных судах.

Подавляющее большинство национальных законов об арбитраже, в том числе и российский, не содержат перечня или видов обеспечительных мер, которые могут быть приняты составом арбитража, что подчеркивает право состава арбитража на применение любых мер, которые он посчитает оправданным. В качестве примера таких мер может быть Типовой закон ЮНСИТРАЛ[2], который предлагает следующую классификацию:

[2] Статья 17 (2) Типового Закона ЮНСИТРАЛ.

(a) меры, направленные на поддержание или восстановление изначального положения сторон (status quo);

(b) меры, направленные на совершение или на воздержание от совершения определенных действий, наносящих ущерб стороне или арбитражному разбирательству;

(c) меры, направленные на сохранение активов, за счет которых может быть исполнено арбитражное решение по существу; и

(d) меры для сохранения доказательства, которые могут относиться к делу и иметь существенное значение для разрешения спора.

Таким образом, у состава арбитража имеется достаточно богатый выбор обеспечительных мер, вместе с тем следует учитывать и ряд ограничений.

Во-первых, действие обеспечительных мер не может распространяться на третьих лиц.

Во-вторых, поскольку полномочия арбитров основаны на соглашении сторон, состав арбитража не может наложить штрафные санкции на сторону, добровольно не исполняющую его предписание (если данного положения нет в соглашении сторон или применимом регламенте).

Комментируемая норма не содержит запрета на вынесение обеспечительных мер без заслушивания второй стороны, следовательно, российским законодательством предусматривается возможность вынесения обеспечительных мер *ex parte* (если это не противоречит соглашению сторон и применимому регламенту[3]).

---

[3] Статья 17B Типового закона ЮНСИТРАЛ устанавливает, что: «Если стороны не договорились об ином, сторона может представить, без уведомления любой другой стороны, *просьбу о принятии обеспечительной меры вместе с ходатайством о вынесении предварительного постановления, предписывающего какой-либо стороне не наносить ущерба целям запрашиваемой обеспечительной меры»* [выделено нами]. Вынесение меры без уведомления стороны возможно лишь в том случае, если «предварительное раскрытие информации о просьбе о принятии обеспечительной меры стороне, в отношении которой она принимается, может нанести ущерб целям такой меры». Вместе с тем, статья 17C Типового закона обязывает состав арбитража предоставить стороне, в отношении которой такие меры принимаются, «возможность изложить свою позицию в кратчайшие практически возможные сроки».

© RAA

Комментируемая статья устанавливает, что обеспечительные меры выносятся в виде процессуального постановления или иного процессуального акта состава арбитража, что исключает возможность вынесения обеспечительных мер в виде, например, промежуточного или частичного арбитражного решения.

Кроме того, российское законодательство не восприняло концепцию принудительного исполнения процессуальных решений об обеспечительных мерах, предусмотренную Типовым Законом ЮНСИТРАЛ[4]. Комментируемая статья лишь ограничивается указанием на то, что постановления и иные процессуальные акты состава арбитража о принятии обеспечительных мер подлежат выполнению сторонами.

Постановления об обеспечительных мерах, принимаемые составом арбитража, не подлежат обжалованию в государственных судах. Сторона, которая считает, что при принятии данного постановления ее права были нарушены, вправе ссылаться на нарушение данных прав при подаче заявления об отмене вынесенного арбитражного решения. При этом такие нарушения должны затрагивать такое основание для отмены арбитражного решения как невозможность стороны представить свою позицию. Иные нарушения, допущенные составом арбитража при разрешении вопроса о применении обеспечительных мер, не могут являться основанием для отмены вынесенного арбитражного решения либо отказа в его исполнении.

2. Часть 2 статьи 17 устанавливает, что соглашением сторон также может быть предусмотрено, что до формирования состава арбитража арбитражное учреждение вправе распорядиться о принятии какой-либо стороной обеспечительных мер, которые оно считает необходимыми. Закон не конкретизирует, какой орган арбитражного учреждения полномочен принимать такие обеспечительные меры, и, таким образом, регулирование данного вопроса вынесено за рамки Закона о МКА и оставлено на усмотрение применимого регламента.

[4] Статья 17Н Типового закона ЮНСИТРАЛ указывает на обязательность исполнения компетентным судом обеспечительной меры, вынесенной составом арбитража, если составом арбитража не предусмотрено иное.

На практике данная функция реализуется арбитражным учреждением чаще всего[5] через институт чрезвычайного арбитра, то есть до момента формирования состава арбитража, по заявлению одной из сторон, арбитражное учреждение назначает единоличного арбитра, который в течение короткого срока выносит решение о применении или не применении запрашиваемых обеспечительных мер[6]. Как правило, чрезвычайный арбитр в дальнейшем не может участвовать в качестве арбитра при разрешении спора по существу.

Обеспечительные меры, вынесенные арбитражным учреждением, являются временными и могут быть пересмотрены составом арбитража, когда он будет сформирован. При этом состав арбитража не связан выводами чрезвычайного арбитра[7].

Из положений статьи не следует, возможно ли обращение к чрезвычайному арбитру до возбуждения арбитражного разбирательства. Однако это возможно в случае, если применимый регламент допускает такую возможность[8].

---

[5] Исключением является МКАС при ТПП РФ. Согласно пункту 10 Положения о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-Промышленной Палате Российской Федерации (Приложение к Закону о МКА) «По делам, подлежащим рассмотрению в Международном коммерческом арбитражном суде, председатель Международного коммерческого арбитражного суда может по просьбе одной из сторон распорядиться о принятии обеспечительных мер».

[6] Статья 8 Приложения II О чрезвычайном арбитре Арбитражного регламента SCC устанавливает срок 5 дней, статья 9 (8) Арбитражного регламента LCIA устанавливает срок 14 дней, а статья 6 (4) Приложения V к Арбитражному регламенту ICC устанавливает срок 15 дней на вынесение обеспечительных мер со дня передачи ходатайства чрезвычайному арбитру.

[7] Статья 9 (5) Приложения II О чрезвычайном арбитре Арбитражного регламента SCC, Статья 9 (11) Арбитражного регламента LCIA и Статья 29 (3) Арбитражного регламента ICC устанавливают, что обеспечительные меры, вынесенные чрезвычайным арбитром могут быть пересмотрены составом арбитража, сформированным для разрешения спора по существу.

[8] Возможность обращения к процедуре чрезвычайного арбитража предусмотрена регламентами SCC, LCIA, ICC, SIAC, ICDR (AAA) и рядом других арбитражных институтов.

© RAA

Статья 18. Равное отношение к сторонам[1]

К сторонам должно быть равное отношение, и каждой стороне должны быть предоставлены все возможности для изложения своей позиции.

Комментируемая статья дословно повторяет текст статьи 18 Типового закона ЮНСИТРАЛ и сохранена в действовавшей ранее редакции.

В ней установлены два основополагающих принципа международного арбитража:

(i) принцип равного отношения к сторонам; и

(ii) предоставление стороне разумной возможности для изложения своей позиции.

Принцип равного отношения к сторонам означает, что арбитры должны представлять сторонам равные процессуальные права и обязанности. Данный принцип находит свое выражение, в частности, в следующих статьях Закона о МКА:

(i) все заявления, документы или другая информация, представляемые одной из сторон составу арбитража, должны быть переданы другой стороне. Сторонам должны быть переданы любые заключения экспертов или другие документы, имеющие доказательственное значение, на которых состав арбитража может основываться при вынесении своего решения[2];

(ii) обе стороны имеют равные права в отношении экспертов по делу – имеют право просить эксперта явиться в слушание, если нет договоренности сторон об ином, имеют право задавать вопросы эксперту, вызванному на слушание[3].

Нарушением принципа равного отношения к сторонам может являться ситуация, при которой состав арбитража в арбитражном решении основывается на анализе позиции лишь одной из

---

[1] Автор комментария – А.В. Грищенкова.

[2] Пункт 3 статьи 24 Закона о МКА. В международной практике встречаются случаи, когда непредставление одной стороной документов по делу другой стороне было истолковано судом как нарушение принципа равноправия и стало основанием для отмены арбитражного решения – Attorney-General v. Tozer (No 3), High Court, Auckland, New Zealand, 2 September 2003, M1528-IM02 CP607/97.

[3] Пункт 2 статьи 26 Закона о МКА.

© RAA

сторон, в том числе, например, не исследует доводы ответчика по делу[4].

Это, впрочем, не означает, что состав арбитража должен в арбитражном решении изложить анализ каждого из аргументов сторон, однако должен быть приведен анализ основной позиции стороны, почему она принимается либо отклоняется.

Принцип предоставления стороне разумной возможности для представления своей позиции означает, что все процессуальные действия в международном арбитраже должны осуществляться таким образом, чтобы сторона имела возможность высказать свое мнение по спорным вопросам, и ей также должно быть предоставлено разумное время для подготовки своей позиции по таким вопросам.

Это принцип находит выражение в следующих положениях Закона о МКА:

(i) любая из сторон может попросить состав арбитража о проведении устного слушания по делу, за исключением случая, когда стороны прямо согласились не проводить слушание[5];

(ii) для того, чтобы каждая сторона могла принять участие в слушании, сторонам заблаговременно должно быть направлено уведомление о любом слушании состава арбитража, в том числе, проводимом в целях осмотра товаров, другого имущества или документов[6].

Кроме того, не представление стороне возможности представить свою позицию может выражаться в:

(i) не извещении ответчика о времени и месте арбитражного разбирательства, о порядке формирования состава арбитража[7];

---

[4] См. постановление Арбитражного суда Уральского округа от 13.07.2015 N Ф09-4120/15 по делу N А50-25495/2014. В данном деле суд пришел к выводу, что состав арбитража не исследовал доводы ответчика, поскольку в тексте решения было указано на отсутствие в деле отзыва и на неявку ответчика в заседание, в то время, как отзыв был предоставлен и ответчик явился.

[5] Пункт 1 статьи 24 Закона о МКА.

[6] Пункт 2 статьи 24 Закона о МКА.

[7] См. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 07.07.2003 по делу №Ф04/3111-1039/А45-2003, которым было отказано в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения по причине неизвещения ответчика о назначении арбитров. См. Постановление ФАС Московского округа от 05.03.2007 №КГ-А40/648-07-П по делу N А40-5998/06-23-57, в

© RAA

(ii) не предоставлении сторонам разумного срока для подготовки к разбирательству[8];

(iii) принятии решения на основании документов, отсутствующих в материалах дела, без предоставления сторонам возможности представить свои пояснения по ним[9];

(iv) принятии составом арбитража решения по вопросам, не заявленным в иске (встречном иске)[10].

Принцип равного отношения к сторонам установлен законодателем с целью защитить сторону от неравного отношения к ней состава арбитража по сравнению с другой стороной. В то же время, данный принцип не направлен на защиту стороны от ее собственных упущений, процессуальных ошибок и выбора стратегии. Соответственно, сторона, своевременно не воспользовавшаяся представленными ей правами, не может ссылаться на нарушение принципа равного отношения к сторонам[11].

котором одной из причин отмены арбитражного решения послужило извещение ненадлежащих представителей стороны по делу. См. Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 12.01.2015 N Ф02-6158/2014 по делу N А19-7722/2014, в котором было отказано в исполнении арбитражного решения, поскольку телеграммы, в которых имелась информация о заседаниях состава арбитража, доставлялись с нарушением законодательства, содержали неполную информацию о деле и, кроме того, направлялись в слишком короткие сроки, недостаточные для надлежащей подготовки ответчика к заседаниям.

[8] См. Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 07.09.2012 по делу N А45-15770/2012, в котором было отказано в приведении в исполнение арбитражного решения, поскольку ответчику не был предоставлен разумный срок на подготовку. В данном деле суд учел, что исковое заявление было получено 27 декабря, а заседание было назначено на 11 января, то есть с учетом большого количества праздничных дней у ответчика не было достаточно времени для подготовки своей позиции, и отказ арбитра в отложении разбирательства нарушил права ответчика.

[9] См. Постановление ФАС Московского округа от 20.11.2013 N Ф05-13777/2013 по делу N А41-30293/13. В данном деле суды отказали в приведении в исполнение арбитражного решения, поскольку в тексте решения имелась ссылка на материалы другого арбитражного дела, которые в рассматриваемом деле отсутствовали.

[10] См. Постановление ФАС Московского округа от 27.02.2012 по делу N А41-34817/11. В данном деле суды отказали в приведении в исполнение части арбитражного решения, поскольку состав арбитража вышел за пределы заявленных требований и возложил на истца обязанность по возврату неиспользованного товара в то время как ответчик требования о возврате товара в установленном порядке (путем предъявления встречного иска) не заявлял.

[11] В то же время, в случае, если ответчик не представляет своих возражений по иску, состав арбитража продолжает разбирательство, не рассматривая такое

Нарушение принципов равного отношения к сторонам и представления возможности представить свою позицию может являться основанием для отмены арбитражного решения либо отказа в его исполнении[12].

непредставление само по себе как признание утверждений истца (в силу статьи 25 Закона о МКА).

[12] Арбитражное решение может быть отменено компетентным судом в случае, если состав арбитража или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или федеральному закону (в силу подпункта 2 пункта 2 статьи 34 Закона о МКА). В признании или приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если состав арбитража либо арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или закону той страны, где имело место третейское разбирательство (в силу абзаца 6 подпункта 1 пункта 1 статьи 36 Закона о МКА).

© RAA

Статья 19. Определение правил процедуры[1]

1. При условии соблюдения положений настоящего Закона и Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (в той части, в которой он применяется к международному коммерческому арбитражу) стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре арбитража третейским судом.

2. В отсутствие такого соглашения третейский суд может с соблюдением положений настоящего Закона осуществлять арбитраж таким образом, какой он считает надлежащим, в том числе в отношении определения допустимости, относимости и значимости любого доказательства.

1. Комментируемая статья была включена в Закон о МКА с момента его принятия и в целом соответствует тексту Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Изменения, внесенные в данную статью Законом о внесении изменений в законодательство о третейских судах, в основном носят редакционный характер. Исключением является ссылка на то, что при установлении правил процедуры необходимо учитывать не только положения Закона о МКА, но также и Закона об арбитраже.

Согласно комментируемой статье правила арбитражного разбирательства определяются в первую очередь соглашением сторон.

Сторонам предоставлены широкие возможности по установлению правил процедуры, применимых к разрешению их спора. При этом стороны не могут установить правила, которые противоречат императивным положениям Закона о МКА и Закона об арбитраже[2].

---

[1] Авторы комментария – П.Ю. Булатов, Д.А. Щеглова.

[2] Нормы законодательства о третейских судах необходимо оценивать как диспозитивные либо императивные не только исходя из их формулировок, но и с учетом их природы, не забывая о принципе свободы договора. Так, даже если норма не предоставляет возможность согласовать иное, чем предусмотрено законом, она, тем не менее, может являться диспозитивной. Например, стороны могут договориться о том, чтобы принять процессуальный документ стороны, поступивший после истечения установленного законом срока, даже если закон

Данные императивные положения, в частности, включают:

(i) требование о равном отношении к сторонам и необходимость предоставления каждой стороне всех возможностей для изложения своей позиции[3];

(ii) необходимость передачи другой стороне всех документов, предоставляемых одной из сторон составу арбитража[4];

(iii) некоторые особенности процедуры рассмотрения корпоративных споров[5].

Стороны могут достигнуть соглашения о процедуре как до начала арбитражного разбирательства, в том числе, на стадии заключения арбитражного соглашения, так и после возникновения спора.

В первом случае стороны обычно договариваются о применении правил какого-либо из арбитражных регламентов[6] путем использования рекомендованных арбитражных оговорок[7]. При этом арбитражные регламенты также часто предусматривают, что ссылка на данный регламент является договоренностью о рассмотрении споров в соответствующем арбитражном учреждении[8].

такую возможность не устанавливает. См. Костин А.А. Елисеев Н.Г. К вопросу о сроках в третейском разбирательстве. Статут, 2006. // СПС Консультант плюс.

[3] Статья 18 Закона о МКА.

[4] Статья 24 Закона о МКА.

[5] Статья 1, часть 8 статьи 45 Закона об арбитраже.

[6] Президиум ВАС РФ в одном из дел признал, что соглашение о передаче спора в арбитраж в соответствии с Регламентом ICC предусматривает передачу спора именно в институциональный арбитраж, администрируемый ICC, и такое арбитражное соглашение является исполнимым, см. Постановление Президиума ВАС РФ от 16.07.2013 № 2572/13. В других делах российские суды также приходили к выводу, что в подобных случаях стороны договорились о рассмотрении спора именно в институциональном арбитраже и признавали такие арбитражные соглашения исполнимыми, см. Постановления ФАС Северо-Западного округа от 18.03.2010 по делу № А56-82470/2009, от 06.11.2013 по делу № А56-23769/2013.

[7] Зыкин И.С. Основные процессуальные аспекты рассмотрения споров международным коммерческим арбитражем в Российской Федерации // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 4. С. 37.

[8] Например, типовое арбитражное соглашение SCC предусматривает рассмотрение споров «*в соответствии с Регламентом SCC*». Арбитражный Регламент SCC содержит указание на то, что «*если стороны не договорились об ином, в соответствии с любым арбитражным соглашением, содержащим ссылку на Арбитражный регламент Арбитражного института Торговой палаты г.*

© RAA

Большинство арбитражных регламентов также представляют сторонам широкие возможности договориться по отдельным процессуальным вопросам[9].

Следует иметь в виду, что не все положения арбитражных регламентов позволяют сторонам договориться об иных правилах. В случае, если стороны отступают от таких положений регламентов, неизбежно возникнет противоречие, которое может привести к отказу арбитражного института от администрирования соответствующего спора[10].

Помимо соглашения о применимом арбитражном регламенте стороны могут договориться о применении иных правил, регулирующих процедуру разбирательства, например, Правил IBA по получению доказательств в международном арбитраже[11], либо Руководящих принципов IBA относительно представительства сторон в международном арбитраже[12].

Стокгольма, считается, что стороны договорились о том, что будут применяться настоящий регламент, или регламент с изменениями, вступившими в силу на дату возбуждения арбитражного производства или на момент подачи ходатайства о назначении чрезвычайного арбитра».

[9] В том числе, в отношении места проведения слушаний (параграф 21 Арбитражного Регламента МКАС (2017), статья 18 Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ), язык арбитражного разбирательства (параграф 22 Арбитражного Регламента МКАС (2017), статья 19 Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ), проведение устного слушания и возможность участия в нем третьих лиц (параграф 30 Арбитражного Регламента МКАС (2017)) и др.

[10] Так, статья 19 Арбитражного Регламента ICC устанавливает, что *«при рассмотрении дела состав арбитража руководствуется Регламентом, а по вопросам, не урегулированным Регламентом, – любыми правилами, установленными сторонами, а при отсутствии таковых – правилами, установленными составом арбитража»*. Данное положение толкуется таким образом, что положения Регламента ICC имеют приоритет над соглашением сторон. В случае, если стороны будут настаивать на приоритете их соглашения над Арбитражным Регламентом ICC, Суд ICC может отказаться администрировать спор. Craig L., Park W., Paulsson J. International Chamber of Commerce Arbitration. Oxford University Press, 1998. P.295.

[11] Приняты решением Совета IBA 29 мая 2010 г. Опубликованы на сайте http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (последнее посещение - 26 сентября 2016 г.).

[12] Приняты решением Совета IBA 25 мая 2013 г. Опубликованы на сайте <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>(последнее посещение - 26 сентября 2016 г.).

В случае арбитража *ad hoc* стороны могут согласовать применение Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ[13], либо не делать ссылку на какой-либо регламент, а разработать правила самостоятельно с учетом специфики их спора.

В случае достижения сторонами договоренности о правилах процедуры арбитражного разбирательства это становится частью их арбитражного соглашения. В силу этого состав арбитража связан таким соглашением, и должен ему следовать[14].

Нарушение правил процедуры, согласованных сторонами, может являться основанием для отмены вынесенного решения или отказа в его признании и приведении в исполнение[15].

2. Согласно пункту 2 комментируемой статьи, в отсутствие соглашения сторон, состав арбитража может с соблюдением положений Закона о МКА осуществлять арбитраж таким образом, какой он считает надлежащим, в том числе в отношении определения допустимости, относимости и значимости любого доказательства.

Данная норма позволяет составу арбитража проявлять инициативу в разрешении любых процессуальных вопросов, не урегулированных соглашением сторон и Законом о МКА[16].

Закон не определяет, что понимается под «надлежащим» осуществлением арбитража. Представляется, что надлежащим ведением арбитража является такая процедура, которая отвечает принципам наиболее эффективного, экономичного и быстрого рассмотрения дела.

---

[13] Арбитраж ad hoc может администрироваться арбитражным институтом, например, Арбитражной Ассоциацией (http://arbitrations.ru/upload/medialibrary/c1e/raa_regulations_for_administering_disputes_under_uncitral_rus.pdf), а может быть не администрируемым.

[14] В случае несогласия арбитров с соглашением сторон о процедуре арбитражного разбирательства они могут предложить сторонам изменить такое соглашение, но если стороны откажутся, арбитры должны либо следовать соглашению сторон, либо взять самоотвод.

[15] Абзац 4 подпункта 1 пункта 2 статьи 34 Закона о МКА.

[16] UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration. P. 100 – комментарий к аналогичной статье 19 Типового закона ЮНСИТРАЛ («…»*дополнительное полномочие состава арбитража*» *предоставляет основания для проявления инициативы в разрешении любых процессуальных вопросов, не урегулированных арбитражным соглашением или Типовым законом*»).

© RAA

При этом состав арбитража должен соблюдать два фундаментальных принципа третейского разбирательства: принципы равного отношения к сторонам и представления каждой из сторон возможности представить свою позицию.

Данные принципы выражаются в том, что сторонам должно быть предоставлено достаточное время для подготовки процессуальных документов и представления своей позиции в ходе устного слушания, одинаковые возможности для вызова и допроса свидетелей и экспертов[17]. Между тем, равное отношение к сторонам не должно трактоваться таким образом, что количество дней, часов и минут, представленное сторонам, должно совпадать. В данном случае существенным является именно представление стороне принципиальной возможности представить позицию. Принцип равного отношения к сторонам также не означает, что состав арбитража должен удовлетворять ходатайство второй стороны, например, о назначении экспертизы, если было удовлетворено аналогичное ходатайство первой.

То есть право стороны на представление своей позиции не является безграничным[18]. Оно ограничено в первую очередь запретом злоупотребления правом и необходимостью соблюдения разумных сроков рассмотрения дела. Так, состав арбитража может предпринять некоторые действия, чтобы ускорить процесс, например, продолжить рассмотрение дела, несмотря на неявку извещенного ответчика, обоснованно отказать в принятии поступивших после истечения установленного срока доказательств или процессуальных документов[19], либо ограничить время выступления представителя стороны в прениях, а также не принять к рассмотрению документ, поступивший после истечения установленного составом арбитража срока для его подачи.

---

[17] Вилкова Н.Г. Пределы процессуальной свободы сторон в международном коммерческом арбитраже, или Являются ли стороны хозяевами арбитражного процесса? // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / под ред. А. А. Костина; МКАС при ТПП РФ. М.: Статут, 2012. С. 65.

[18] Там же, с. 66.

[19] См. Fortier L. Y. The Minimum Requirements of Due Process in Taking Measures Against Dilatory Tactics: Arbitral Discretion in International Commercial Arbitration - “A Few Plain Rules and a Few Strong Instincts” in Albert Jan van den Berg (ed), Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series, Volume 9 Issue (Kluwer Law International 1999), p. 403.

При определении правил процедуры арбитры не связаны формальными правилами процедуры, применимыми при рассмотрении спора в государственных судах, включая правила о доказательствах[20].

Также состав арбитража при реализации своей дискреции может руководствоваться рекомендательными документами, такими как правила IBA, в том числе и тогда, когда отсутствует договоренность сторон об их применении.

Поскольку состав арбитража обладает широкой дискрецией по установлению правил процедуры, он может скорректировать установленную им ранее процедуру рассмотрения спора таким образом, как он посчитает надлежащим.

Решения состава арбитража по подобным вопросам процедуры оформляются постановлениями[21]. Постановления состава арбитража по процессуальным вопросам не являются окончательными арбитражными решениями и не подлежат обжалованию в государственный суд[22].

Пункт 2 комментируемой статьи также предоставляет составу арбитража право разрешать таким образом, какой он считает надлежащим, вопросы допустимости, относимости и значимости любого доказательства.

Таким образом, правила относительно допустимости, относимости и значимости доказательств, установленные для разбирательства в государственных судах, не применяются в третейском разбирательстве. В силу этого составы арбитража

[20] То есть, в арбитраже арбитры не обязаны применять нормы АПК РФ или ГПК РФ. Однако в некоторых случаях третейские суды могут учитывать их положения, если сочтут это оправданным, Зыкин И.С. Основные процессуальные аспекты рассмотрения споров международным коммерческим арбитражем в Российской Федерации // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 4. С. 35. Так, в практике МКАС в ряде дел применялись положения АПК РФ, в том числе, состав арбитража сослался на статью 91 АПК РФ, содержащую перечень обеспечительных мер, при рассмотрении заявления стороны о принятии обеспечительных мер составом арбитража, см. Решение МКАС № 193/2011 от 07.12.2012 // СПС Консультант плюс.

[21] См., например, статьи 17 и 32 Закона о МКА. В практике международного арбитража также широко используется термин «процессуальный приказ» (англ. – procedural order).

[22] Абзац 7 подпункта 1 пункта 1 статьи 36 Закона о МКА. См. Fouchard, Gaillard, Goldman. On International Commercial Arbitration. Edited by E. Gaillard and John Savage. Kluwer Law International, 1999.P. 664.

© RAA

на практике более часто, чем государственные суды, принимают в качестве доказательств электронную переписку, заслушивают свидетелей, в том числе и сами определяют, являются ли допустимыми свидетельские показания[23].

[23] «*…руководствуясь фундаментальными принципами деятельности международного коммерческого арбитража (состязательность и равноправие сторон) в практике МКАС оправданно исходят из того, что основываясь на принципе беспристрастности, арбитраж вправе проявлять инициативу при оценке доказательств, представленных одной стороной и не оспоренных другой стороной, проверяя их соответствие требованиям контракта и нормам применимого права*», Розенберг М.Г. К вопросу об инициативе составов арбитраж при разрешении международных коммерческих споров. Основные проблемы частного права. Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Александра Львовича Маковского. Отв. ред. В.В. Витрянский, Е.А. Суханов. Статут, 2010. // СПС Консультант плюс.

© RAA

Статья 20. Место арбитража[1]

1. Стороны могут по своему усмотрению договориться о месте арбитража или порядке его определения (в том числе путем отсылки к правилам арбитража). В отсутствие такой договоренности место арбитража определяется третейским судом с учетом обстоятельств дела, включая фактор удобства для сторон.

2. Несмотря на положения пункта 1 настоящей статьи, третейский суд может, если стороны не договорились об ином, собраться в ином месте, которое он посчитает надлежащим для проведения совещания между арбитрами, заслушивания свидетелей, экспертов или сторон в устном слушании либо для осмотра товаров, другого имущества или документов.

1. Комментируемая статья в целом текстуально повторяет статью 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ. В ходе третейской реформы в РФ в предшествующий текст комментируемой статьи были внесены небольшие редакционные правки[2].

Важно понимать, что понятие «место арбитража» в Типовом законе ЮНСИТРАЛ и в праве многих современных развитых государств является юридической фикцией[3], которая призвана привязывать юридически третейское разбирательство к правопорядку конкретной страны (*lex arbitri*)[4].

---

[1] Автор комментария – П.О. Астахов.

[2] Замена в пункте 2 слова *«консультаций»* на слово *«совещания»* разумна (последнее слово более подходящее с юридической точки зрения), тогда как вставка в этот же пункт слов *«в устном слушании»* была скорее излишней. Добавление в пункте 1 слов *«или порядке его определения (в том числе путем отсылки к правилам арбитража)»* является весьма целесообразным уточнением, направленным на придание регулированию международного коммерческого арбитража еще большей гибкости.

[3] Например, секция 3 английского Закона об арбитраже 1996 г. прямо говорит о том, что место арбитража означает «юридическое место арбитража».

[4] *«Место арбитража следует рассматривать как некую юридическую фикцию, которая служит для „привязки международного арбитража к какому-либо государству“. Такая привязка по сути нужна для того, чтобы определить законодательство, которому подчиняется международный арбитраж (так называемое lex arbitri), а также компетентный суд, в который может быть обжаловано вынесенное арбитражное решение или подано заявление о его отмене»* (Комментарий к Закону Российской Федерации «О международ-

© RAA

То, что понятие «место арбитража» является фикцией, косвенно подтверждается и пунктом 2 комментируемой статьи, которая указывает на то, что отдельные процессуальные действия, такие как совещания арбитров, проведение заседаний (с заслушиванием сторон, свидетелей и экспертов) и т.д., могут осуществляться в любом другом месте. Вместе с тем, рекомендуется хотя бы некоторые из данных действий проводить в месте арбитража[5].

Связь понятия «место арбитража» с *lex arbitri* крайне важна. Так, в соответствии с *lex arbitri* должны определяться:

а) право, применимое к арбитражному соглашению[6];

б) право, применимое к самому арбитражному разбирательству, в том числе к порядку формирования состава арбитража, к порядку заявления отводов арбитрам, к форме и содержанию арбитражного решения;

в) основания и процедура отмены вынесенного арбитражного решения[7].

По месту арбитража определяется «национальность» арбитражного решения, которая необходима для определения при-

---

ном коммерческом арбитраже»: постатейный, научно-практический / Под ред. А.С. Комарова, С.Н. Лебедева, В.А. Мусина / Сост. Г.В. Севастьянов. – СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд», 2007. (Библиотека журнала «Третейский суд». Вып. 2 «Международный коммерческий арбитраж. Комментарий законодательства»). С. 93 (автор – В.В. Хвалей)).

[5] *«Значение места арбитража, в частности, когда оно определяется самими сторонами, состоит в том, что в принципе можно ожидать, что арбитражное разбирательство, включая любые слушания или другие заседания, будет проводиться в этом месте»* (Аналитический комментарий к проекту текста типового закона о международном торговом арбитраже: доклад Генерального секретаря (A/CN.9/264) // Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. ЕЖЕГОДНИК. Том XVI: 1985 год (A/CM.9/ЗЕР.A/1985). – ООН, Нью-Йорк, 1988. С. 189).

[6] При отсутствии в арбитражном соглашении указания на применимое к нему право.

[7] Так, согласно части 4 статьи 230 АПК РФ заявление об отмене арбитражного решения подается в арбитражный суд субъекта РФ, *«на территории которого принято решение третейского суда»*. Аналогичное правило содержится в статье 418 ГПК РФ.

менимости комментируемого Закона[8], а также Нью-Йоркской конвенции[9].

Кроме того, российское законодательство обязывает российские суды осуществлять некоторые функции содействия третейскому разбирательству только в тех случаях, когда место арбитража находится на территории РФ[10].

Представляется, что, т.к. понятие «место арбитража» используется, прежде всего, для юридической «привязки» арбитражного разбирательства к правопорядку конкретного государства, то в случае федеративного государства недостаточно указать лишь страну[11], лучше указывать город[12]. Это важно также с точки зрения определения компетентного суда, поскольку территориально это могут быть разные суды.

Место арбитража необходимо отличать от места нахождения арбитражного учреждения, по регламенту которого производится арбитражное разбирательство. Так, например, Международный арбитражный Суд ICC находится в Париже, но при этом очень часто место арбитража оказывается вне пределов Франции.

Выбор места арбитража может осуществляться как сторонами (непосредственно либо посредством отсылки к арбитражному регламенту), так и составом арбитража после его формирования.

Комментируемая норма не содержит каких-либо ограничений для арбитражного учреждения, состава арбитража или сторон в отношении установления места арбитража. При этом арбитражному учреждению или составу арбитража при выборе места арбитража следует учитывать все обстоятельства дела, включая фактор удобства для сторон.

---

[8] Так, Закон о МКА (за исключением некоторых его статей) применяется только к арбитражным разбирательствам с местом арбитража в РФ.

[9] Для определения того, где было вынесено решение, и является ли оно иностранным.

[10] Это прямо следует из части 1 статьи 74.1 АПК РФ и аналогичной части 1 статьи 63.1 ГПК РФ.

[11] Например, арбитражное соглашение может гласить «Арбитражное разбирательство будет проводиться по Арбитражному Регламенту ICC в США», что не вполне корректно.

[12] Например, «Арбитражное разбирательство будет проводиться по Арбитражному Регламенту ICC, местом арбитража будет являться г. Нью-Йорк».

© RAA

Также следует иметь в виду, что законодательство и арбитражные регламенты могут содержать ограничения в отношении места арбитража[13].

Необходимо также обратить внимание на то, что законодательство РФ помимо понятия «место арбитража» использует также «проведение третейского разбирательства на территории субъекта РФ»[14], «третейское разбирательство, осуществляемое на территории РФ»[15], а также «место нахождения третейского суда»[16]. Представляется, что все эти понятия тождественны понятию «место арбитража»[17].

---

[13] Так, например, законодательство РФ допускает возможность передачи на разрешение состава арбитража некоторых видов корпоративных споров только в том случае, если место арбитража находится в РФ, см. часть 7 статьи 7 Закона об арбитраже, а также части 3 и 4 статьи 225.1 АПК РФ, часть 4 статьи 221 ГПК РФ.

[14] Часть 1 статьи 235 АПК РФ: «В случаях, предусмотренных федеральным законом, *любая сторона третейского разбирательства может обратиться в арбитражный суд субъекта Российской Федерации, на территории которого проводится третейское разбирательство, с заявлением об отмене постановления третейского суда предварительного характера о наличии у него компетенции»*.

[15] Статья 240.1 АПК РФ: *«1. Правила, установленные настоящим параграфом, применяются при осуществлении арбитражным судом функций содействия в отношении третейского разбирательства, осуществляемого на территории Российской Федерации»*. Аналогичные правила имеются в ГПК РФ.

[16] Часть 3 статьи 90 АПК РФ: *«По основаниям, предусмотренным частью 2 настоящей статьи, и по правилам настоящей главы обеспечительные меры могут быть приняты арбитражным судом по заявлению стороны третейского разбирательства по месту нахождения третейского суда, либо по месту нахождения или месту жительства должника, либо месту нахождения имущества должника»*. Аналогичный термин используется в части 3 статьи 139 ГПК РФ.

[17] Терминологические расхождения объясняются историческими причинами: например, в СССР и позднее арбитражные слушания в МКАС (хотя тогда он назывался иначе) проводились всегда в Москве, где и находится секретариат МКАС. В силу этого не отличалось место арбитража от места проведения слушания или места вынесения арбитражного решения. Однако при подготовке статьи 20 Закона о третейских судах уже имелась в виду фикционная концепция «места арбитража»: *«Разработчики законопроекта в данном случае исходили из использования термина „место третейского разбирательства“ в двух значениях. В первом значении термин „место третейского разбирательства“ понимался как место, которое стороны согласовали или состав третейского суда определил в качестве юридической фикции, используемой для определения места вынесения решения третейского суда и подсудности заявлений об отмене либо о принудительном исполнении решения третейского суда. Второе значение – не обязательно совпадающее с местом третейского разбирательства место проведения отдельных заседаний третейского суда, не изменяю-*

2. Из пункта 2 комментируемой статьи также ясно следует, что определение сторонами (прямо или косвенно) либо составом арбитража места арбитража не препятствует тому, чтобы состав арбитража проводил любые процессуальные действия в ином месте, которое он посчитает надлежащим. При этом все эти действия следует считать совершенными в месте арбитража.

щее места третейского разбирательства как юридической фикции» (Комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации» (постатейный) / Отв. ред. А.Л. Маковский, Е.А. Суханов. – М.: Статут, 2003. С. 90–91).

© RAA

Статья 21. Начало арбитража[1]

Если стороны не договорились об ином, арбитраж в отношении конкретного спора считается начавшимся в день, когда исковое заявление получено ответчиком.

Под термином «арбитраж» в комментируемой статье следует понимать «арбитражное разбирательство»[2].

Установление момента начала арбитражного разбирательства имеет существенное значение для определения того, заявлено ли требование с соблюдением сроков исковой давности, предусмотренных тем или иным применимым правом. По общему правилу течение срока исковой давности прерывается с момента обращения в суд в установленном порядке за защитой нарушенного права[3]. Момент обращения с иском в государственный суд достаточно четко определяется процессуальным законодательством[4], однако данные нормы не применяются к третейскому разбирательству.

Комментируемая статья сформулирована диспозитивно и позволяет сторонам определить момент начала третейского разбирательства. Обычно это происходит посредством отсылки к применимому регламенту, который, как правило, содержит правила, определяющие начало арбитражного разбирательства. В регламентах российских арбитражных институтов данный момент, как правило, связан с направлением искового заявления в арбитражную институцию, администрирующую разбирательство. В регламентах иностранных арбитражных институтов, напротив, начало арбитражного разбирательства приурочено к дате получения заявления об арбитраже[5], а не дате подачи искового за-

[1] Автор комментария – Т.А. Терещенко.

[2] Это также подтверждается формулировкой статьи 21 Закона о МКА в прежней редакции, в которой использовался термин «арбитражное разбирательство».

[3] См., например, пункт 1 статьи 204 ГК РФ.

[4] В частности, статьей 127 АПК РФ, статьей 133 ГПК установлены правила о вынесении судьей определения, на основании которого возбуждается производство по делу.

[5] Например, параграфом 2 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС установлено, что *«Арбитражное разбирательство начинается подачей искового заявления в МКАС. Датой подачи искового заявления считается день его вручения МКАС, при экспресс-доставке –дата накладной, а при отправке искового заявления по почте – дата штемпеля почтового ведомства места отправления»*. Согласно п. 1.3.1. Регламента РАА по арбитражу онлайн

явления, которое представляется позже. Просьба об арбитраже (в отличие от искового заявления) обычно содержит минимум информации, необходимой для инициирования арбитражного разбирательства[6].

Таким образом, правило, установленное комментируемой статьей (о том, что арбитражное разбирательство считается начавшимся в день, когда исковое заявление получено ответчиком), действует только в случае арбитража *ad hoc*.

датой возбуждения Арбитражного разбирательства онлайн является «дата размещения искового заявления в Системе РАА в соответствии со статьей 3.1.1 Регламента».

[6] В частности, в соответствии со статьей 4 Арбитражного Регламента SCC *«Арбитражное производство возбуждается в день, когда ТПС получает просьбу об арбитраже»*. Как следует из статьи 4(1)(2) Арбитражного Регламента ICC, *«Сторона, желающая начать арбитражное производство в соответствии с Регламентом, представляет свое Заявление об арбитраже («Заявление») в любой из указанных во Внутреннем регламенте офис Секретариата. Секретариат уведомляет истца и ответчика о получении Заявления и дате его получения. Дата получения Заявления Секретариатом считается для всех целей датой начала арбитражного производства»*.

© RAA

Статья 22. Язык[1]

1. Стороны могут по своему усмотрению договориться о языке или языках, которые будут использоваться в ходе арбитражного разбирательства. В отсутствие такой договоренности третейский суд определяет язык или языки, которые должны использоваться при разбирательстве. Такого рода договоренность или определение, если в них не оговорено иное, относятся к любому письменному заявлению стороны, любому слушанию дела и любому арбитражному решению, постановлению или иному сообщению третейского суда.

2. Третейский суд может распорядиться о том, чтобы любые письменные доказательства сопровождались переводом на язык или языки, о которых договорились стороны или которые определены третейским судом.

1. Комментируемая статья текстуально в целом повторяет статью 22 Типового закона ЮНСИТРАЛ. В ходе третейской реформы в РФ в предшествующий текст комментируемой статьи было внесено только одно редакционное изменение: в пункте 2 слово «письменные» заменило слово «документальные», которое фигурировало в этом пункте с 1993 г.

Возможность для сторон выбрать язык арбитража – одно из несомненных достоинств третейской процедуры по сравнению с судопроизводством в государственных судах, инструмент, позволяющий обеспечить гибкость и эффективность разбирательства для сторон, особенно в транснациональном контексте.

На дела в международном коммерческом арбитраже, в отличие от дел в государственных судах РФ, требования Федерального закона от 1 июня 2005 г. № 53-ФЗ «О государственном языке в Российской Федерации» не распространяются. При этом предоставление сторонам или составу арбитража права на выбор языка арбитражного разбирательства ни в коей мере не умаляет конституционного права любой стороны на использование ею на территории РФ ее родного языка[2]. Но в таком случае такой сторо-

[1] Автор комментария – П.О. Астахов.

[2] Оно установлено частью 2 статьи 26 Конституции РФ, предусматривающей, что «каждый имеет право на пользование родным языком, на свободный выбор языка общения..».

© RAA

ной должен быть обеспечен соответствующий перевод представляемых ей документов на язык арбитражного разбирательства.

При определении языка арбитражного разбирательства приоритет отдается соглашению сторон. Стороны могут прямо договориться о языке арбитражного разбирательства (например, в арбитражной оговорке, содержащейся в договоре, или же по их соглашению после инициирования арбитражного разбирательства[3]), так и путем отсылки к применимым правилам арбитражного учреждения[4].

Комментируемая статья не ограничивает стороны в выборе конкретного языка арбитража. Это может быть язык контракта сторон или же преимущественный язык их переписки (иной практики, которую стороны установили в своих взаимных отношениях), либо язык одной из сторон или язык третьей нейтральной страны, особенно если он удобен для сторон (включая какой-либо *lingua franca*).

В случае если стороны не договорились о языке арбитражного разбирательства, решение об используемом языке должно приниматься составом арбитража. Реализуя такое свое право, составу арбитража надлежит, по общему правилу, принимать во внимание, прежде всего, язык контракта сторон или же преимущественный язык переписки сторон (либо иной практики, которую стороны установили в своих взаимных отношениях).

Стороны[5] вправе избрать как один язык арбитражного разбирательства, так и несколько. Так, например, они могут указать на то, что разбирательство ведется на русском и английском языке. Вместе с тем, договоренность относительно использования двух языков арбитражного разбирательства неизбежно может повлечь за собой задержку в разбирательстве и увеличение связанных с ним расходов, поскольку все

---

[3] Так, в решении МКАС от 28 апреля 2000 г. по делу № 25/1999 указывалось: «Согласно пункту *6 контракта „язык арбитража* – английский“. В ходе рассмотрения дела стороны выразили согласованное желание о слушании дела на русском языке. С учетом мнения сторон, руководствуясь п. 1 ст. 22 Закона РФ „О международном коммерческом арбитраже“, а также параграфом 10 Регламента, МКАС признал, что разбирательство дела должно производиться на русском языке».

[4] См., например, § 22 «Язык арбитражного разбирательства» Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС (2017).

[5] А также арбитры при отсутствии соглашения сторон.

© RAA

процессуальные документы и доказательства должны будут представляться на разных языках, а на слушании должен быть обеспечен соответствующий перевод.

Стороны также вправе определить не только язык арбитражного разбирательства, но и объем, в котором такой язык применяется. Так, например, они могут решить, что языком арбитражного разбирательства является английский, но что при этом доказательства могут представляться как на английском, так и на русском языке[6]. Точно так же при установлении языком разбирательства английского стороны могут договориться о том, чтобы свидетели и эксперты выступали на русском языке.

При этом неизбежно возникает вопрос о квалификации арбитров, которые рассматривают спор.

По общему правилу все арбитры должны владеть языком (языками) арбитража, иначе полноценная и надлежащая коммуникация в ходе разбирательства не будет обеспечена. Принятие назначения арбитром, не владеющим языками арбитражного разбирательства, может рассматриваться как отсутствие его беспристрастности[7], поскольку мотивация такого арбитра может быть не понятна.

---

[6] Так, в решении МКАС от 24 апреля 2008 г. по делу № 23/2007 указывалось: *«2. Между сторонами имелись разногласия по вопросу о языке арбитражного разбирательства: Истец, основываясь на положениях арбитражного соглашения, просил провести устное слушание на английском языке, а Ответчик ходатайствовал о проведении разбирательства на русском языке.. Руководствуясь арбитражным соглашением сторон, состав арбитража провел устное слушание дела на английском языке. При этом обеим сторонам были предоставлены равные возможности для изложения своей позиции по делу, поскольку обе стороны имели переводчиков, которые в ходе заседания вели перевод с английского языка на русский и обратно. Учитывая то, что Договор аренды 2 был составлен сторонами как на английском, так и на русском языках, а переписка сторон велась на русском языке, стороны имели право представлять документы, касающиеся арбитражного разбирательства, как на английском, так и на русском языках. Кроме того, в ходе заседания представители Истца выразили свое согласие с тем, что решение состава арбитража будет вынесено на русском языке»*.

[7] Кстати, продолжающие оставаться применимыми IBA Rules of Ethics for International Arbitrators (1987) предусматривают в пункте 2.2: *«Возможному арбитру следует принимать назначение, только если он полностью осознает, что он.. обладает адекватным знанием языка разбирательства»*.

Впрочем, стороны спора могут согласиться с тем, что арбитр (или все арбитры) не обязан(-ы) владеть языком арбитража и может(-гут) использовать переводчика (иногда применительно к одному арбитру в составе арбитража из нескольких лиц такое случается). В отсутствие подобной договоренности сторон арбитру, не владеющему языком арбитража, надлежит по общему правилу брать самоотвод, или же он может быть отведен по требованию соответствующей стороны.

Кроме того, незнание арбитром языка арбитража может рассматриваться как фактическая неспособность его участия в рассмотрении спора, что также может являться основанием для прекращения его полномочий[8].

Следует также различать язык арбитражного разбирательства и язык администрирования такого разбирательства. Регламенты арбитражных учреждений иногда определяют язык, на котором осуществляется администрирование арбитражного разбирательства[9]. При этом следует считать, что стороны, указав в своем арбитражном соглашении применимый регламент, одновременно согласились с использованием того языка администрирования арбитражного разбирательства, которое имеет место в соответствующем арбитражном учреждении.

2. Пункт 2 комментируемой статьи устанавливает, что состав арбитража может распорядиться о том, чтобы любые письменные доказательства сопровождались переводом на язык или

---

[8] Статья 14 Закона о МКА.

[9] Например, статья 17 «Язык (языки) арбитражного разбирательства» Арбитражного Регламента LCIA предусматривает: *«17.1 Первоначально языком, на котором ведется арбитражное разбирательство (до формирования Состава арбитража), является язык или преимущественный язык Арбитражного соглашения, если только стороны не договорились об ином в письменной форме.*
17.2 В том случае, если Арбитражное соглашение составлено на нескольких языках, имеющих одинаковое значение, Суд ЛМТС может принять решение о том, какой из этих языков будет первоначальным языком арбитражного разбирательства, если только Арбитражное соглашение не предусматривает проведения арбитражного разбирательства с самого его начала на нескольких языках.
17.3 Не участвующая в арбитраже или не исполняющая свои обязанности сторона не вправе обжаловать тот факт, что корреспонденция, направляемая в Суд ЛМТС и Регистратору и поступающая от них, ведется на первоначальном языке (языках) арбитража или места проведения арбитражного разбирательства».

© RAA

языки, о которых договорились стороны или которые определены составом арбитража.

При этом состав арбитража вправе самостоятельно определять объем такого перевода. Например, сторона может представить объемную документацию, в которой к сути спора будет относиться лишь часть сведений. В таком случае состава арбитража может распорядиться о том, что стороне следует предоставить перевод лишь части документа. В случае если вторая сторона считает, что должен быть представлен перевод других частей документов, она вправе представить его самостоятельно.

В отличие от вопросов перевода в государственном суде, где они разрешаются самим таким судом, в рамках международного коммерческого арбитража стороны, как правило, сами представляют перевод доказательств, обеспечивают в случае необходимости для себя перевод слушаний, а также несут связанные с этим расходы. Данные затраты обычно включаются в состав арбитражных расходов и распределяются между сторонами составом арбитража при вынесении окончательного арбитражного решения.

© RAA

Статья 23. Исковое заявление и возражения по иску[1]

1. В течение срока, согласованного сторонами или определенного третейским судом, истец должен заявить об обстоятельствах, подтверждающих его исковые требования, о спорных вопросах и о требуемом удовлетворении, а ответчик должен заявить свои возражения по этим пунктам, если только стороны не договорились об ином в отношении необходимого содержания таких заявлений. Стороны могут представить вместе со своими заявлениями все документы, которые они считают относящимися к делу, или могут сделать ссылку на документы или другие доказательства, которые они представят в дальнейшем.

2. Если стороны не договорились об ином, в ходе арбитражного разбирательства любая сторона может изменить или дополнить свои исковые требования или возражения по иску, если только третейский суд не признает нецелесообразным разрешить такое изменение с учетом допущенной задержки.

1. Комментируемая статья соответствует статье 23 Типового закона ЮНСИТРАЛ[2], которая сформулирована в традициях международного арбитража, когда арбитражное разбирательство обычно инициируется посредством подачи достаточно короткого заявления об арбитраже[3], а полное исковое заявление подается после формирования состава арбитража[4]. Это объясняет, почему в тексте комментируемой статьи речь идет не о предъявлении исковых требований, а об их подтверждении.

---

[1] Автор комментария – Т.А. Терещенко.

[2] Ср.: Согласно английской версии ст. 23 (1) Типового Закона ЮНСИТРАЛ *«Within the period of time agreed by the parties or determined by the arbitral tribunal, the claimant shall state the facts supporting his claim, the points at issue and the relief or remedy sought, and the respondent shall state his defence in respect of these particulars, unless the parties have otherwise agreed as to the required elements of such statements. The parties may submit with their statements all documents they consider to be relevant or may add a reference to the documents or other evidence they will submit».*

[3] См., например, статьи 2, 4 Арбитражного Регламента SCC; статью 4(1)(3) Арбитражного Регламента ICC.

[4] Такой подход более эффективен и экономичен, поскольку подготовка трудоемкого искового заявления осуществляется позже.

© RAA

Как и многие другие статьи Закона о МКА, комментируемая норма носит диспозитивный характер, то есть представляет сторонам возможность самостоятельно договориться не только о содержании искового заявления (и отзыва на него), но и о сроках его представления. Обычно такие положения также содержатся в применимом регламенте, который в силу ссылки на него становится частью арбитражного соглашения сторон[5].

Если стороны, несмотря на предоставленную свободу, не договорились (прямо или косвенно) о содержании искового заявления[6], действуют следующие правила.

---

[5] Например, пунктами 3.1.3, 3.1.4 Регламента РАА по арбитражу онлайн установлено, что исковое заявление должно содержать следующую информацию: «наименования и контактные данные всех сторон Арбитражного разбирательства онлайн (включая почтовые и электронные адреса, указанные в арбитражном соглашении, а также последние известные); указание на соответствующее арбитражное соглашение; описание обстоятельств возникновения спора между Истцом и Ответчиком; фактические и правовые основания требований Истца, а также доказательства наличия данных оснований; указание требований Истца к Ответчику»; при этом к исковому заявлению должны быть приложены «копия соответствующего арбитражного соглашения; копии документов, подтверждающих уплату арбитражного сбора; копии документов, подтверждающих полномочия лица на подачу Искового заявления; а также документы и иные доказательства, на которых Истец основывает свои требования к Ответчику. Согласно § 3 и § 6 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС в исковом заявлении/отзыве на него, которые подписываются уполномоченными лицами с документальным подтверждением полномочий, соответственно указываются: (а) Истцом – наименование, почтовые адреса, номера телефонов, факсов и адреса электронной почты сторон; требования истца; обоснование компетенции МКАС; изложение фактических обстоятельств, на которых основаны исковые требования; подтверждающие эти обстоятельства доказательства; обоснование исковых требований с учетом применимых норм права; цена иска; расчет суммы каждого требования; перечень документов, прилагаемых к исковому заявлению; а также, если это следует из соглашения сторон, сведения относительно формирования состава арбитража, в частности об избранном истцом арбитре и запасном арбитре; (б) Ответчиком - наименование, почтовый адрес, номер телефона, факса и адрес электронной почты ответчика; заявление ответчика о признании или возражении против исковых требований; изложение фактических обстоятельств, на которых основана позиция ответчика; подтверждающие эти обстоятельства доказательства; обоснование позиции ответчика с учетом применимых норм права; перечень документов, прилагаемых к отзыву на исковое заявление, См. также, например, статьи 20, 21 Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ.

[6] Что, как правило, имеет место только в арбитраже *ad hoc*.

Во-первых, истец обязан сообщить об обстоятельствах, подтверждающих исковые требования, о спорных вопросах и требуемом удовлетворении, а ответчик должен представить свои возражения по соответствующим пунктам. Ограничиться ли установленным легально минимумом или дополнить содержание заявления иными положениями, на какие нормы права и факты сослаться, заявлять ли встречные требования или требования о зачете, а равно как оформлять такие заявления и прочее - зависит от усмотрения сторон, с учетом договоренностей, достигнутых в арбитражном соглашении. Закон лишь общим образом возлагает на заявителя обязанность подкрепить сформулированную позицию необходимыми доказательствами, в том числе в виде документов, свидетельских показаний и экспертных заключений, которые могут быть представлены позже, либо приложить соответствующие документы сразу.

Во-вторых, все заявления, фигурирующие в процессе коммуникации, должны быть оформлены письменно либо зафиксированы в иной объективной, например, в электронной форме и переданы как другой стороне, так и составу арбитража[7]. Некоторые регламенты предусматривают направление искового заявления и отзыва на исковое заявление в администрирующую спор арбитражную институцию, которая впоследствии передает данные документы составу арбитража и сторонам[8].

В-третьих, необходимые заявления должны быть сделаны в сроки, согласованные сторонами или определенные составом арбитража. Учитывая принцип равного отношения к

---

[7] В силу пункта 3 статьи 24 Закона о МКА.

[8] В частности, § 10 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС содержат правила о том, что все документы, касающиеся начала и осуществления арбитражного разбирательства, должны быть представлены сторонами в МКАС, который направляет каждой из сторон документы по делу по адресам, указанным стороной, которой направляются документы, или другой стороной. При этом все документы, представляемые одной из сторон в МКАС, должны быть переданы МКАС другой стороне, если эти документы не были переданы в ходе арбитражного разбирательства самой этой стороной другой стороне. Исковые заявления, объяснения по искам, повестки, арбитражные решения и постановления направляются заказным письмом с уведомлением о вручении либо иным образом, предусматривающим регистрацию попытки доставки соответствующего отправления.

© RAA

сторонам и возможности представить свои пояснения[9], такие сроки определяются в каждом конкретном случае с учетом конкретных обстоятельства дела и соображений разумности[10]. Однако в любом случае необходимо учитывать, что предоставление слишком короткого срока стороне для раскрытия своей позиции и представления необходимых объяснений создает риск оспаривания решения арбитража либо отказа в его признании и приведении в исполнение[11].

2. Общим правилом является право каждой стороны изменять или дополнять свои исковые требования или возражения по иску до момента вынесения составом арбитража решения, которым завершается разрешение спора по существу. Однако реализация подобного права может внести неопределенность в арбитражную процедуру и, в том числе, препятствовать ее своевременному и эффективному проведению.

Поэтому право на внесение дополнений и изменений заявленных требований или возражений по иску может быть ограничено составом арбитража, если он признает нецелесообразным разрешить подобные изменения с учетом допущенной задержки. Очевидно, что в подобных случаях состав арбитража должен оценить множество факторов, включая наличие уважительных причин запоздалого представления изменений или дополнений, их существенности с точки зрения влияния

---

[9] Статья 18 Закона об МКА.

[10] Анализ положений различных арбитражных регламентов свидетельствует о том, что обычно разумными сроками для подготовки и подачи указанных заявлений считаются 30- дневные периоды, хотя, разумеется, сложно говорить о некоем общем правиле, учитывая индивидуальность любого арбитражного разбирательства. Например, в МКАС и в ICC установлен срок продолжительностью 30 дней как для исправления недостатков искового заявления, так и для отзыва на иск либо предъявления встречного иска или заявления требования в целях зачета (при наличии арбитражного соглашения, охватывающего такой иск или требования наряду с требованиями по первоначальному иску), см. § § 6, 7 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС, статьи 5(1),(6) Арбитражного Регламента ICC. Указание на возможность продления 30-дневного срока прямо содержится, например, в п. 3.3.1 Регламента РАА по арбитражу онлайн: *«Ответчик должен представить отзыв на Исковое заявление и приложения к отзыву («Отзыв») в течение 30 дней с момента возбуждения Арбитражного разбирательства онлайн в Системе РАА. Арбитр вправе по заявлению стороны продлить сроки для представления Отзыва на Исковое заявление»*.

[11] Статьи 34, 36 Закона о МКА.

на предмет спора и эффективность разбирательства в целом[12], в том числе обеспечение исполнимости принятого решения[13].

В силу диспозитивности комментируемой нормы стороны также вправе дополнить либо изменить указанное правило своим соглашением, в том числе посредством отсылки к применимому регламенту[14].

---

[12] Например, в решении МКАС при ТПП РФ от 15.09.2015 по делу N 33/2015 со ссылкой на равное отношение к сторонам и право представлять доказательства специально отмечено, что поскольку представителем Ответчика не были объяснены причины невозможности представления необходимых доказательств к заседанию арбитража, а также не конкретизировано, какие именно доказательства и документы могут быть представлены и какие именно факты ими могут быть подтверждены, а представленные пояснения Истца, явившиеся ответом на указанные возражения Ответчика, не содержали принципиально новой информации, для оценки которой и подготовки соответствующих доказательств в опровержение позиции Истца Ответчику понадобилось бы значительное время, то в удовлетворении ходатайства Ответчика об отложении слушания было отказано.

[13] Необоснованный отказ в представлении дополнений или изменений исковых требований может быть расценен как нарушение права на представление позиции стороны, что создает риски оспаривания арбитражного решения либо отказа в его признании и приведении в исполнение (статьи 34, 36 Закона об МКА).

[14] Например, после того, как Акт о полномочиях подписан или утвержден Судом ICC, стороны не могут заявлять новые требования, выходящие за пределы Акта о полномочиях, если только это не будет разрешено составом арбитража, который учитывает характер этих новых требований, стадию арбитражного разбирательства и другие имеющие отношение к делу обстоятельства (статья 23 (4) Арбитражного регламента ICC). Согласно статье 22 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в ходе арбитражного разбирательства любая сторона может изменить или дополнить свои исковые требования или возражения, включая встречный иск или требование в целях зачета, если только арбитражный суд не признает нецелесообразным разрешать такое изменение или дополнение с учетом допущенной задержки или ущерба для интересов других сторон, или любых иных обстоятельств.

© RAA

Статья 24. Слушание и разбирательство по документам[1]

1. При условии соблюдения любого иного соглашения сторон третейский суд принимает решение о том, проводить ли устное слушание дела для представления доказательств или для устных прений либо осуществлять разбирательство только на основе документов и других материалов. Однако, кроме того случая, когда стороны договорились не проводить устного слушания, третейский суд должен провести такое слушание на сообразной стадии арбитражного разбирательства, если об этом просит любая из сторон.

2. Сторонам достаточно заблаговременно должно быть направлено уведомление о любом слушании и о любом заседании третейского суда, проводимом в целях осмотра товаров, другого имущества или документов.

3. Все заявления, документы или другая информация, представляемые одной из сторон третейскому суду, должны быть переданы другой стороне. Сторонам должны быть переданы любые заключения экспертов или другие документы, имеющие доказательственное значение, на которых третейский суд может основываться при вынесении своего решения.

1. Комментируемая статья существовала в Законе о МКА с момента его принятия[2] и полностью повторяет статью 24 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Часть 1 комментируемой статьи устанавливает случаи, при которых проводится устное слушание (в отличие от проведения разбирательства только лишь по документам, то есть без проведения устного слушания).

Поскольку основой арбитражного разбирательства является соглашение сторон, то воля сторон имеет приоритет при решении вопроса о том, должно ли проводиться устное слушание или нет. Такое соглашение может быть достигнуто как до начала арбитражного разбирательства, так и после.

[1] Авторы комментария – М.Н. Акуев, Ю.А. Соломахина, М.А. Акчурина, Ф.Б. Курбангалиев, А.Р. Розеева.

[2] С 7 июля 1993 года.

© RAA

Часть 1 комментируемой статьи не определяет форму, в которой должно быть заключено соглашение сторон относительно проведения устного слушания или разбирательства по документам. Поскольку договоренность о проведении либо не проведении устного слушания является частью арбитражного соглашения, к ней должны применяться части 2-5 статьи 7 Закона о МКА (в соответствии с которыми арбитражное соглашение заключается в письменной форме).

Если стороны решили, что состав арбитража обязан провести устное слушание, то он не вправе отказаться от этого. В равной степени, если стороны не считают необходимым проведение устного слушания, состав арбитража не вправе его проводить. В случае, если состав арбитража полагает, что без проведения устного слушания он не сможет обеспечить вынесение качественного решения, при недостижении компромисса со сторонами арбитры могут взять самоотвод[3].

В отсутствие соглашения сторон относительно проведения устного слушания решение о том, проводить ли такое слушание или ограничиться разбирательством по документам, остается за составом арбитража. При принятии такого решения состав арбитража исходит из сложности дела, количества представленных доказательств, необходимости заслушивания свидетелей, экспертов, требования о проведении арбитражного разбирательства максимально эффективным образом и прочего.

Если арбитры посчитают, что решение по делу может быть вынесено без проведения устного слушания, только лишь на основании документов, они, тем не менее, обязаны провести такое слушание, если одна из сторон обратится с такой просьбой[4] (поскольку данная норма закона является императивной).

Несоблюдение требования стороны о проведении устного слушания может явиться основанием для отмены арбитражного решения[5] или отказа в выдаче исполнительного листа на

[3] См. пункт 1 статьи 14 Закона о МКА.

[4] UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, UN Publication No. E.12.V.9, <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf> (последнее посещение 22 июня 2016 г.), P. 111, Article 24, Case Law on Article 24, Oral hearings-paragraph (1), ¶ 1.

[5] Статья 233 АПК РФ: *«3. Решение третейского суда может быть отменено арбитражным судом лишь в случае, если сторона, подающая заявление об*

© RAA

его принудительное исполнение[6] (в случае, если местом арбитража является РФ). В случае, если место арбитража было за пределами РФ, отказ состава арбитража провести устное слушание может повлечь за собой отказ в признании и приведении в исполнение такого арбитражного решения в РФ[7].

2. Часть 2 комментируемой статьи предусматривает обязательность уведомления сторон о любом слушании, а также о процедурных заседаниях, проводимых для осуществления отдельных процессуальных действий, например, для осмотра товаров или документов.

Закон о МКА говорит о том, что такое уведомление должно быть сделано «достаточно заблаговременно», однако не раскрывает, какой срок будет соответствовать данному требованию.

Таким образом, данный вопрос остается на усмотрение применимого арбитражного регламента, а при отсутствии в нем соответствующего регулирования – на усмотрение арбитров.

Большинство регламентов арбитражных учреждений не содержат конкретного срока[8], за который необходимо уведо-

---

отмене такого решения, представит доказательства того, что: [..] 4) состав третейского суда или процедура арбитража не соответствовали соглашению сторон или федеральному закону»; см. также пункт 4 части 3 статьи 421 ГПК РФ.

[6] Статья 239 АПК РФ: *«3. Арбитражный суд может отказать в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, если сторона третейского разбирательства, против которой вынесено решение третейского суда, представит доказательства того, что: [..] 5) состав третейского суда или процедура арбитража не соответствовали соглашению сторон или федеральному закону»*; см. также пункт 5 части 3 статьи 426 ГПК РФ; пункт 1 части 1 статьи 36 Закона о МКА.

[7] Статья 36 Закона о МКА: *«1. В признании или приведении в исполнение арбитражного решения независимо от того, в какой стране оно было вынесено, может быть отказано в одном из следующих случаев: 1) по просьбе стороны, против которой оно направлено, если эта сторона представит компетентному суду, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, доказательства того, что: [..] состав третейского суда либо арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или закону той страны, где имело место третейское разбирательство»*.

[8] Исключением является Арбитражный Регламент CIETAC, который статьёй 37 устанавливает минимальный срок в 20 дней для уведомления о времени и месте проведения слушания. Параграф 30 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС (2017) предусматривает необходимость «заблаговременного» извещения сторон, устанавливая при этом в качестве ориентира срок в 20 дней до даты устного слушания.

мить стороны о предстоящем слушании, а лишь указывают на необходимость «заблаговременного», «разумного» или «достаточного» срока для такого уведомления[9].

Это связано, прежде всего, с тем, что вопрос о «достаточности» срока уведомления должен решаться в каждом конкретном случае и может отличаться в зависимости от характера спора, вида слушания или процессуального заседания: если речь идет о процедурном слушании, срок для уведомления может быть меньше; если же речь идет об устном слушании по существу дела, срок уведомления должен быть более значительным, если, при этом, предполагается заслушивание свидетелей и экспертов, то срок может быть еще больше.

Так, ВС РФ в одном из дел указал, что уведомление стороны о предстоящем устном слушании, направленное за две недели до предстоящего разбирательства «признается международным стандартом своевременности извещения»[10]. При этом ВС РФ также обратил внимание на то, что неявившаяся на слушание сторона знала о начале арбитражного разбирательства более чем за год до даты слушания и «действуя разумно и осмотрительно имел[а] возможность подготовить свою позицию по существу спора»[11].

Часть 2 комментируемой статьи не уточняет, кто должен уведомлять стороны о проведении слушаний, а также способ, которым сторона должна быть уведомлена.

В практике международного коммерческого арбитража уведомление о проведении слушания направляется составом

---

[9] См. например: пункт 4 статьи 23 Арбитражного Регламента CEPANI; пункт 2 статьи 28 Арбитражного Регламента DIAC; пункт 1 секции 26 Арбитражного Регламента DIS; пункт 3 статьи 19 Арбитражного Регламента LCIA; пункт 4 статьи 22 Арбитражного Регламента HKIAC; пункт 1 статьи 26 Арбитражного Регламента ICC; пункт 1 статьи 23 Арбитражного Регламента ICDR; пункт 1 статьи 25 Арбитражного Регламента SCAI; пункт 2 статьи 32 Арбитражного Регламента SCC; пункт 2 статьи 24 Арбитражного Регламента SIAC; пункт 1 статьи 28 Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ; пункт 1 статьи 28 Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ, который является составной частью Положения о порядке администрирования арбитражных разбирательств по арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ РАА от 14.03.2017, Арбитражного Регламента KLRCA.

[10] См. Определение ВС РФ от 30.12.2015 по делу N 302-ЭС15-11092, А33-25043/2014.

[11] Там же.

© RAA

арбитража[12] (как правило, председателем состава арбитража) по электронной почте уполномоченным представителям сторон, а в случае, если одна из сторон не участвует в арбитражном разбирательстве, такое сообщение также дублируется отправкой курьерской службой по последнему известному адресу стороны с получением подтверждения вручения.

Регламенты Арбитражных институтов постсоветского пространства как правило предусматривают, что такое уведомление направляется не составом арбитража, а арбитражной институцией заказным письмом с уведомлением о вручении[13]. Таким образом, состав арбитража, принимающий решение о проведении слушания, должен обратиться с просьбой в арбитражное учреждение о направлении уведомления сторонам способом, предусмотренным регламентом. Что, впрочем, не препятствует тому, чтобы в дополнение к этому стороны были уведомлены напрямую составом арбитража.

Поскольку закон не устанавливает специальных требований о направлении уведомлений, то оба вышеперечисленных способа (уведомление составом арбитража либо арбитражной институцией) являются возможными, если это не противоречит применимому арбитражному регламенту или соглашению сторон[14].

Нарушение обязанности по «достаточно заблаговременному» уведомлению другой стороны о времени и месте устного слушания по существу дела может привести к отмене арбитраж-

---

[12] См. например, пункт 3 статьи 19 Арбитражного Регламента LCIA, пункт 1 статьи 26 Арбитражного Регламента ICC, пункт 2 статьи 32 Арбитражного Регламента SCC, пункт 1 статьи 28 Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ.

[13] Параграф 10 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС (2017) предусматривает, что повестки должны направляться секретариатом МКАС заказным письмом с уведомлением о вручении либо иным способом, предусматривающим регистрацию попытки доставки соответствующего отправления, а прочие документы могут направляться заказным, обычным письмом или в электронной форме, либо иным способом, предусматривающим регистрацию отправки соответствующего сообщения. См. также параграф 11 Регламента МАК (2017); пункты 3, 4 статьи 15 Регламента МКАС при ТПП Украины; пункты 1, 2 статьи 20 Регламента МАС при БелТПП.

[14] Стороны в соглашении могут предусмотреть специальный способ направления уведомлений, в этом случае состав арбитража либо арбитражная институция должны уведомить стороны таким способом. См. пункт 1 статьи 3 Закона о МКА: *«Если стороны не договорились об ином: любое письменное сообщение считается полученным..»*.

ного решения с местом арбитража в РФ[15] или к отказу в выдаче исполнительного листа на его принудительное исполнение[16].

Ненадлежащее уведомление стороны о времени и месте устного слушания также может являться основанием для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения в РФ[17].

3. Часть 3 комментируемой статьи устанавливает правила, по которым должны представляться доказательства по делу.

Так, в случае, если доказательства по делу (документы и любая другая информация) направляются стороной составу арбитража, такая информация должна также направляться другой стороне разбирательства.

Кроме того, данная норма устанавливает обязанность состава арбитража направления всем сторонам по делу любых заключений экспертов или других документов, имеющих до-

---

[15] Статья 233 АПК РФ: *«3. Решение третейского суда может быть отменено арбитражным судом лишь в случае, если сторона, подающая заявление об отмене такого решения, представит доказательства того, что: [..] 5) сторона, против которой принято решение третейского суда, не была должным образом уведомлена об избрании (назначении) третейских судей или о времени и месте заседания третейского суда либо по другим уважительным причинам не могла представить в третейский суд свои объяснения»*; см. также пункт 5 части 3 статьи 421 ГПК РФ; пункт 1 части 1 статьи 36 Закона о МКА.

[16] Статья 239 АПК РФ: *«3. Арбитражный суд может отказать в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, если сторона третейского разбирательства, против которой вынесено решение третейского суда, представит доказательства того, что: [..] 3) сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении третейского судьи или о третейском разбирательстве, в том числе о времени и месте заседания третейского суда, либо по другим уважительным причинам не могла представить в третейский суд свои объяснения»*; см. также пункт 3 части 3 статьи 426 ГПК РФ.

[17] Статья 36 Закона о МКА: *«1. В признании или приведении в исполнение арбитражного решения независимо от того, в какой стране оно было вынесено, может быть отказано в одном из следующих случаев: 1) по просьбе стороны, против которой оно направлено, если эта сторона представит компетентному суду, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, доказательства того, что: [..] сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, в том числе о времени и месте заседания третейского суда, или по другим уважительным причинам не могла представить свои объяснения»*; см. также пункт b части 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции.

© RAA

казательственное значение, которые впоследствии могут быть положены в основу решения состава арбитража по делу.

Такая ситуация может возникнуть, например, если состав арбитража по своей инициативе совершает действия, направленные на сбор доказательств по делу (как фактических, так и в отношении применимого права). Например, если составом арбитража был назначен эксперт, независимый от сторон, который подготовил заключение по какому-либо вопросу. В этом случае, состав арбитража обязан направить соответствующее заключение всем сторонам третейского разбирательства.

В основе данных положений лежит принцип международного арбитража, согласно которому решение состава арбитража не должно быть сюрпризом для сторон. То есть арбитры вправе основывать свое решение только на тех доказательства, которые были представлены стороне, и в отношении которых сторона имела возможность высказать свою позицию.

Нарушение данного правила может повлечь за собой как отмену вынесенного арбитражного решения, так и отказ в его исполнении[18].

[18] Пункты 4 и 5 части 3 статьи 233 АПК РФ и пункты 3 и 5 части 3 статьи 239 АПК РФ; пункты 4 и 5 части 3 статьи 421 ГПК РФ и пункты 3 и 5 части 3 статьи 426 ГПК РФ; пункт 1 части 2 статьи 34 пункт 1 части 1 статьи 36 Закона о МКА; пункты b, d части 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции.

© RAA

Статья 25. Непредоставление документов или неявка стороны[1]

Если стороны не договорились об ином, в тех случаях, когда без указания уважительной причины:

- **истец не представляет свое исковое заявление, как это требуется в соответствии с пунктом 1 статьи 23, – третейский суд прекращает разбирательство;**
- **ответчик не представляет своих возражений по иску, как это требуется в соответствии с пунктом 1 статьи 23, – третейский суд продолжает разбирательство, не рассматривая такое непредставление само по себе как признание утверждений истца;**
- **любая сторона не является на слушание или не представляет документальные доказательства, – третейский суд может продолжить разбирательство и вынести решение на основе имеющихся у него доказательств.**

1. Комментируемая статья существовала в Законе о МКА с момента принятия данного закона 7 июля 1993 года. Ее текст полностью повторяет положения статьи 25 Типового закона ЮНСИТРАЛ. Она предназначена для разрешения ситуаций, при которых какая-либо из сторон ведёт себя пассивно: не представляет доказательства, не участвует в слушании, и прочее.

   В отличие от традиционного подхода в странах общего права, когда неучастие в разбирательстве стороны, уведомленной надлежащим образом, рассматривается либо как отказ от иска, либо как признание исковых требований в полном объеме[2], данная статья устанавливает, что в случае пассивности сторон разбирательства, оно тем не менее будет продолжаться и будет завершено вынесением решения, при этом факт неучастия стороны сам по себе не будет являться определяющим

---

[1] Авторы комментария – М.Н. Акуев, Ю.А. Соломахина, М.А. Акчурина, Ф.Б. Курбангалиев, А.Р. Розеева.

[2] См. например Civil Procedure Rules 1998, No. 3132 (L.17), статья 12.1, <http://www.legislation.gov.uk/uksi/1998/3132/contents/made> (последнее посещение – 18 августа 2016 г.); см. также Report of the Working Group on International Contract Practices on the work of its seventh session (New York, 6-17 February 1984), A/CN.9/246, ¶ 83.

© RAA

фактором для удовлетворения или отказа в удовлетворении заявленных требований.

При этом нужно помнить о том, что данная статья носит диспозитивный характер. То есть при наличии соглашения сторон, которое устанавливает иную процедуру арбитражного разбирательства или иные последствия несовершения указанных в данной статье действий одной из сторон арбитражного разбирательства, должны применяться его положения, а не нормы настоящей статьи.

Комментируемая статья не содержит специальных требований к форме заключения такого соглашения, в силу чего к ней должны применяться общие требования о письменной форме[3].

Кроме того, состав арбитража применяет последствия, установленные комментируемой статьей, только при отсутствии уважительной причины, оправдывающей такое пассивное поведение стороны. О наличии уважительной причины должна заявить сторона, которая не совершает требуемые действия в процессе арбитражного разбирательства (не представляет исковое заявление либо отзыв, не участвует в слушании и прочее).

Вместе с тем, необходимо учитывать, что отсутствие заявления такой пассивной стороны само по себе не является препятствием для установления наличия такой уважительной причины. Наиболее типичным случаем является ситуация, при которой состав арбитража приходит к выводу, что сторона в связи с задержкой почтового отправления была уведомлена слишком поздно, а потому могла не успеть совершить определенные действия (например, если уведомление о слушании было вручено стороне только за один день до его проведения).

Принцип равного отношения к сторонам разбирательства требует, чтобы при решении вопроса о том, является ли заявленная причина уважительной, состав арбитража дал возможность высказаться по данному вопросу иным сторонам разбирательства.

[3] Статья 7 Закона о МКА.

© RAA

Оценка того, являлась ли причина пассивного поведения стороны уважительной, проводится составом арбитража в каждом случае в зависимости от обстоятельств конкретного дела[4].

Так, если стороной арбитражного разбирательства является физическое лицо, уважительными причинами, например, могут быть признаны: временная нетрудоспособность, командировка, смерть близкого родственника и т.п.[5].

Для юридического лица перечень такого рода обстоятельств существенно более ограничен. Например, в практике российских государственных судов, которая может быть использована составом арбитража по аналогии, не признаются уважительными причинами временное отсутствие адвоката, ведущего дело[6], болезнь генерального директора[7], нахождение представителя юридического лица в командировке, а также иные внутренние организационные проблемы юридического лица[8].

Если состав арбитража установит наличие уважительных причин непредставления документов или неявки на слушание, то последствия, предусмотренные комментируемой статьей, не должны применяться.

В этом случае состав арбитража должен принять решение о том, каким образом продолжать арбитражное разбирательство. Например, он может предоставить дополнительный срок для подачи искового заявления, представления возражений по иску, установить дополнительный срок для представления документов/материалов, перенести слушание.

---

[4] Григорьева Е.А. Комментарий к Закону Российской Федерации от 7 июля 1993 г. N 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (постатейный) / Под ред. С.Г. Суворовой. 2010. Комментарий к статье 25. // СПС Консультант плюс.

[5] Лысенко А.Н., Хорошева А.А., Научно-практический комментарий к Федеральному закону *«О третейских судах в Российской Федерации»* с обзором судебно-арбитражной практики (постатейный). Деловой двор, 2011. Комментарий к статье 28. // СПС Консультант плюс.

[6] Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 12.05.2010 по делу N А03-13339/2006.

[7] Определение ВАС РФ от 13.01.2010 N ВАС-17654/09 по делу N А40-2217/05-51-21.

[8] Пункт 14 Постановления Пленума ВАС РФ от 28.05.2009 N 36 (ред. от 10.11.2011) *«О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции»*.

© RAA

2. Комментируемая статья устанавливает разные последствия для различных форм пассивного поведения.

Так, если истец не представил исковое заявление в соответствии с пунктом 1 статьи 23 Закона о МКА[9], состав арбитража обязан прекратить производство по делу, что означает полное прекращение всех процессуальных действий, направленных на разрешение дела по существу и принятия решения по нему[10].

Следует заметить, что регламенты практически всех арбитражных институтов пост-советского пространства указывают, что арбитражное разбирательство начинается после подачи искового заявления[11]. Таким образом, если арбитражное разбирательство ведется по такому регламенту, то в случае непредставления искового заявления, арбитражное разбирательство вообще не будет начато.

Следовательно, данная норма предназначена, прежде всего, для ситуаций, когда в соответствии с согласованной сторонами процедурой или применимым регламентом, арбитражное разбирательство инициируется после подачи в арбитражное учреждение заявления об арбитраже[12] либо направления его другой стороне[13], а полное исковое заявление подается уже после формирования состава арбитража.

---

[9] Пункт 1 статьи 23 Закона МКА предусматривает, что исковое заявление должно содержать информацию: (i) об обстоятельствах, подтверждающих исковые требования истца, (ii) о спорных вопросах и (iii) о требуемом удовлетворении. Исковое заявление должно быть представлено в срок, согласованный сторонами или определённый составом арбитража. Истец также может представить вместе со своими заявлениями все документы, которые он считает относящимися к делу, или может сделать ссылку на документы или другие доказательства, которые он представит в дальнейшем.

[10] Григорьева Е.А. Комментарий к Закону Российской Федерации от 7 июля 1993 г. N 5338-1 *«О международном коммерческом арбитраже»* (постатейный) / Под ред. С.Г. Суворовой. 2010. Комментарий к статье 25. // СПС Консультант плюс.

[11] Параграф 2 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС (2017): *«1. Арбитражное разбирательство начинается подачей искового заявления»*; см. также параграф 3 Регламента МАК (2017); пункт 1 статьи 17 Регламента МКАС при ТПП Украины.

[12] Статья 4 Арбитражного Регламента ICC.

[13] Статья 3 Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ.

В случае, если сторона по какой-либо причине не представляет полное исковое заявление в сроки, установленные составом арбитража, отказать такой стороне в иске по существу было бы для нее слишком тяжелым последствием. Именно поэтому комментируемая статья устанавливает, что состав арбитража прекращает производство по делу. Это означает, что требования истца не были разрешены по существу, и это не препятствует ему заявить те же требования повторно.

Положения абзаца 2 статьи 25 Закона о МКА сформулированы как обязательные для состава арбитража. Это означает, что при отсутствии уважительных причин состав арбитража должен прекратить производство по делу[14]. Непредставление искового заявления истцом свидетельствует об отсутствии спора между сторонами либо об утрате интереса со стороны истца в продолжении начатого спора. В такой ситуации состав арбитража не должен подменять собою истца и продолжать арбитражное разбирательство в отношении требований, которые сам истец больше не поддерживает.

3. В случае, если ответчик не представляет своих возражений по иску в соответствии с требованиями пункта 1 статьи 23 Закона о МКА[15], состав арбитража продолжает арбитражное разбирательство. При этом сам факт непредставления ответчиком отзыва не дает составу арбитража права вынести решение в пользу истца. Состав арбитража должен оценить имеющиеся в деле доказательства объективно, полно и всесторонне и вынести на их основе решение, принимая во внимание, что, несмотря на отсутствие возражений ответчика, истец несет первоначальное бремя доказывания своей позиции. На практике это означает, что, несмотря на непредставление ответчиком

[14] UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, UN Publication No. E.12.V.9, <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf> (последнее посещение – 18 августа 2016 г.), P. 115, Article 25, Case Law on Article 25, Failure to communicate statement of claim – paragraph (a), ¶ 3.

[15] Указанный пункт статьи 23 Закона МКА предусматривает, что возражения по иску должны содержать ответ на заявления истца об обстоятельствах, на спорные вопросы, указанные в исковом заявлении, и на требование истца об удовлетворении его иска. Возражения по иску должны быть представлены в срок, согласованный сторонами или определённый составом арбитража. Ответчик также может представить вместе со своими заявлениями все документы, которые он считает относящимися к делу, или может сделать ссылку на документы или другие доказательства, которые он представит в дальнейшем.

© RAA

своих возражений, истец должен представить составу арбитража документы, свидетельские и экспертные показания, на которые он ссылается, а состав арбитража должен изучить их, может провести слушание и задать интересующие его вопросы представителям истца, его свидетелям и экспертам. При этом состав арбитража должен обеспечивать равное отношение к сторонам, не подменяя собой ответчика[16].

4. В случае неявки любой стороны на слушание, состав арбитража может продолжить разбирательство и вынести решение на основе имеющихся у него доказательств. При этом состав арбитража должен убедиться в том, что неявившаяся сторона была надлежащим образом уведомлена о месте и времени слушания.

Данная норма является диспозитивной, поэтому в случае неявки стороны на слушание состав арбитража также вправе отложить разбирательство, если посчитает это целесообразным. В случае непредставления документов/материалов стороной разбирательства, состав арбитража вправе предоставить такой стороне дополнительный срок для представления доказательств.

Аналогичным образом, в случае непредставления документов/материалов, состав арбитража может продолжить разбирательство и вынести решение на основе имеющихся у него доказательств.

---

[16] Так, например, состав арбитража при рассмотрении одного из дел по Регламенту МКАС указал: *«непредставление ответчиком отзыва на иск и отсутствие с его стороны возражений против исковых требований хотя и не рассматривается само по себе как признание иска [..] однако и не означает, что при рассмотрении спора состав арбитража подвергает обстоятельства, указанные истцом в исковом заявлении, его доводы и приведенные доказательства оспариванию так, как это сделал бы сам ответчик, защищая свои собственные интересы, если бы он возражал против иска. По существу, это привело бы к подмене такими действиями арбитража самого ответчика и снятию с него бремени доказывания обстоятельств, лежащих в основании возражений против иска; к переносу этого бремени арбитражем на самого себя»*. См. решение МКАС при ТПП РФ от 28.04.2007 по делу N 85/2006. Указанная позиция МКАС в целом соответствует международной практике толкования аналогичной нормы в Типовом Законе ЮНСИТРАЛ. См. UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, UN Publication No. E.12.V.9, <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf> (последнее посещение – 18 августа 2016 г.), P. 115, Article 25, Case Law on Article 25, Failure to communicate statement of defence – paragraph (b), ¶ 4.

Вместе с тем, необходимо учитывать, что лучшей практикой считается, когда состав арбитража представляет нарушившей свою обязанность стороне возможность объяснить причину такого непредставления[17], если только отсутствие уважительной причины очевидно не следует из обстоятельств. Состав арбитража вправе также предоставить стороне дополнительный срок для представления доказательств.

Если сторона не представила документальные доказательства, и у неё отсутствовали уважительные причины, состав арбитража может продолжить разбирательство и вынести решение на основе имеющихся у него доказательств.

[17] UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, UN Publication No. E.12.V.9, <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf> (последнее посещение – 18 августа 2016 г.), P. 114, Article 25, Case Law on Article 25, Sufficient Cause, ¶ 2.

© RAA

Статья 26. Эксперт, назначенный третейским судом[1]

1. Если стороны не договорились об ином, третейский суд может:

– назначить одного или нескольких экспертов для представления ему доклада по конкретным вопросам, которые определяются третейским судом;

– потребовать от стороны предоставления эксперту любой относящейся к делу информации либо предъявления для осмотра, или предоставления возможности осмотра им относящихся к делу документов, товаров или другого имущества.

2. При отсутствии договоренности сторон об ином эксперт, если сторона просит об этом или если третейский суд считает это необходимым, должен после представления своего письменного или устного заключения принять участие в слушании, на котором сторонам предоставляется возможность задавать ему вопросы и представлять специалистов для дачи показаний по спорным вопросам.

1. В ходе рассмотрения дел в международном коммерческом арбитраже нередко возникают вопросы, требующие специальных знаний в различных областях науки, техники, искусства и т.д., а в некоторых случаях специального исследования требуют вопросы установления содержания применимого права[2].

   Для получения разъяснений по таким вопросам, требующим исследования на основе специальных знаний и выяснение которых необходимо для правильного установления фактических обстоятельств дела и оценки доказательств арбитрами, общепринятой практикой является обращение к экспертам, то есть лицам, являющимся специалистами в определенной области и обладающим знаниями и опытом, достаточными для ответа на указанные вопросы.

---

[1] Автор комментария – А.В. Грибанов.

[2] В международном арбитраже вопросы права, являющегося иностранным для арбитров, рассматривающих спор, могут быть предметом доказывания так же, как и вопросы факта.

© RAA

При этом международный арбитраж различает два вида экспертов[3]:

(i) эксперт, назначенный стороной[4];

(ii) эксперт, назначенный составом арбитража[5].

В практике международного арбитража наиболее распространенным является назначение экспертов самими сторонами. Это дает сторонам больше гибкости при представлении своей позиции, требует наименьшего вмешательства со стороны состава арбитража, а потому более удобно.

Следует при этом заметить, что тот факт, что эксперт привлекается и оплачивается стороной спора, не должно являться фактором, влияющим на его независимость и беспристрастность. Считается, что, несмотря на привлечение эксперта стороной, он выполняет обязанности не по отношению к такой стороне, а по отношению к составу арбитража. В силу этого задачей такого эксперта является не защита привлекшей его стороны, а представление составу арбитража квалифицированного и независимого экспертного мнения.

Кроме того, в отличие от представления экспертного заключения при разбирательстве в государственном суде, где установлена уголовная ответственность за представление заведомо ложного экспертного заключения[6], законодательство не предусматривает уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения в международном арбитраже. Предполагается, что в случае представления одной из сторон заведомо ложного или недостоверного экспертного заключения это может нивелироваться правом второй стороны представить заключение привлеченного ею эксперта по этому же вопросу. В результате этого оспоренное экспертное заключение первой стороны с большой долей вероятности не будет положено составом арбитража в основу решения по существу спора.

---

[3] В российском процессуальном законодательстве под экспертом понимается только лицо, назначенное судом для проведения экспертизы (см. статью 79 ГПК РФ, статью 55 АПК РФ).

[4] Англ. – Party-appointed expert, expert witness, см. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (Правила IBA о доказательствах), статья 5.

[5] Англ. Tribunal-appointed expert, Правила IBA о доказательствах, статья 6.

[6] Статья 307 УК РФ.

© RAA

В некоторых случаях, например, при наличии в деле нескольких экспертных заключений с противоположными выводами, когда состав арбитража не может самостоятельно сделать вывод о том, какому из экспертных заключений должен отдаваться приоритет, может быть оправданным назначение эксперта составом арбитража. Состав арбитража может также назначить эксперта в целях увеличения эффективности арбитражного разбирательства и сокращения расходов сторон.

Арбитражные законы и регламенты международных арбитражей, как правило, не регулируют специально вопросы, связанные с привлечением к делу эксперта, назначенного стороной. Это связано с тем, что обращение к такому эксперту, определение круга вопросов, по которому готовится экспертное заключение, установление размера гонораров и прочее является частным делом стороны, которая привлекает такого эксперта. В силу этого данные вопросы не требуют специального регулирования.

Основное же внимание со стороны регулирующих арбитраж норм и правил[7] уделяется эксперту, назначенному составом арбитража. Не является исключением и комментируемая статья, которая почти дословно повторяет статью 26 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

При этом тот факт, что данная норма ничего не говорит о назначении эксперта стороной, не означает исключения такого способа доказывания. Правовым основанием для назначения эксперта стороной являются арбитражные регламенты, которые подразумевают либо прямо предусматривают данную возможность[8].

Поскольку в международном арбитраже приоритет отдается соглашению сторон, право состава арбитража назначить экспертизу может быть ограничено таким соглашением. Однако случаев, когда стороны в арбитражной оговорке или тем более после возникновения спора установили запрет на проведение экспертизы, обычно не встречается. Более часто встречаются ситуации, когда стороны договариваются об определенной процедуре проведения экспертизы, например, о квалификации, которой должен обладать эксперт, или о тре-

[7] См. например, статья 29 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ.

[8] См. например, статья 27 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ.

бованиях, которым он должен соответствовать. Подобные или иные ограничения, установленные соглашением сторон, должны соблюдаться составом арбитража. Иными словами, при решении любых вопросов, связанных с назначением экспертизы, состав арбитража свободен во всем, что не исключено или ограничено соглашением сторон.

В соответствии с пунктом 1 комментируемой статьи состав арбитража может назначить одного или нескольких экспертов, в том числе экспертную организацию, для дачи заключения по вопросам, имеющим значение для дела.

Назначение такого эксперта может быть осуществлено как по ходатайству стороны (или сторон), так и составом арбитража по своей инициативе. При этом состав арбитража вправе, но не обязан назначить экспертизу. Так, в назначении экспертизы может быть отказано, если предмет или вопросы, по которым предполагается ее проведение, могут быть разрешены составом арбитража на основании имеющихся в деле доказательств, либо арбитры не считают необходимым проведение экспертизы в связи с тем, что соответствующие вопросы могут быть разрешены без обращения к экспертам[9].

Комментируемый пункт 1 статьи 26 также закрепляет право состава арбитража потребовать от стороны предоставления эксперту любой относящейся к делу информации либо предъявления для осмотра, или предоставления возможности осмотра им относящихся к делу документов, товаров или другого имущества.

Данная норма направлена на обеспечение возможности проведения экспертизы и подготовку объективного и квалифицированного экспертного заключения, оказание содействия эксперту в проведении исследования, что, собственно, вменяется в обязанность сторон.

В случае непредставления стороной требуемых документов и материалов для исследования состав арбитража не вправе применить к стороне принудительные меры или иной

[9] Например, явно излишним было признано в одном из дел экспертное заключение по несложным вопросам швейцарского договорного права, представленное стороной составу арбитража, состоящему из опытных юристов по швейцарскому праву, см.: Geisinger E. Advocacy in International Commercial Arbitration: What For? // ASA Special Series No. 36. P. 15.

© RAA

механизм властного воздействия на нее, как это происходит при рассмотрении спора в государственном суде. Тем не менее, такое поведение стороны может быть расценено составом арбитража как уклонение от участия в проведении экспертизы, что может повлечь за собой неблагоприятные для стороны последствия при разрешении составом арбитража спора по существу. В частности, состав арбитража может признать доказанным или недоказанным обстоятельство, для установления которого назначалась экспертиза, если бездействие стороны повлияло на ее проведение или сделало невозможным ее проведение[10].

2. Пункт 2 комментируемой статьи устанавливает обязанность эксперта принять участие в слушании, на котором сторонам предоставляется возможность задавать ему вопросы и представлять специалистов для дачи показаний по спорным вопросам.

Данная норма направлена на повышение доказательственного значения заключения эксперта, а также на соблюдение права сторон на участие в исследовании доказательств, предоставление составу арбитража и сторонам возможности получить разъяснения, уточнения в связи с подготовленным заключением, задать эксперту вопросы, помогающие удостовериться в объективности и достоверности проведенного исследования и сделанных им выводов. При наличии в деле нескольких экспертных заключений, выводы по которым противоречат друг другу, опрос экспертов в заседании арбитража позволяет арбитрам выявить экспертное мнение, которому при разрешении дела следует отдать предпочтение.

Эксперт обязан принять участие в слушании как по ходатайству стороны, так и по инициативе состава арбитража. В случае неявки эксперта на слушание по неуважительным причинам состав арбитража вправе как полностью исключить

[10] К примеру, в деле МКАС № 100/2007 (решение от 31.07.2008) назначенная составом арбитража по ходатайству ответчика экспертиза не состоялась в связи с тем, что ответчик не оплатил ее и не обеспечил возможность въезда эксперта на территорию РФ. Признавая, что экспертиза не состоялась по причинам, зависевшим от ответчика, состав арбитража признал недоказанным утверждаемый ответчиком факт поставки товара надлежащего качества. См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2007-2008 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 2010. С. 453-457.

© RAA

представленное экспертное заключение из доказательств, так и уменьшить его доказательственное значение[11].

[11] Статья 5 (6) Правил IBA о доказательствах: *«Если Эксперт, назначенный стороной, присутствие которого затребовано согласно положениям Статьи 8.1, без уважительной причины не является на Слушание по доказательствам для дачи показаний, Состав арбитража не учитывает Заключение Эксперта, подготовленное этим Экспертом, если только, ввиду исключительных обстоятельств Состав арбитража не примет иное решение».*

© RAA

Статья 27. Содействие суда в получении доказательств[1]

Третейский суд в рамках разбирательства, администрируемого постоянно действующим арбитражным учреждением, или сторона с согласия такого третейского суда может обратиться к компетентному суду с запросом об оказании содействия в получении доказательств. Компетентный суд может выполнить этот запрос в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством Российской Федерации.

Комментируемая статья Закона о МКА основана на статье 27 Типового закона ЮНСИТРАЛ и совпадает по содержанию со статьей 30 Закона об арбитраже.

Ранее комментируемая статья Закона о МКА (буквально повторяя текст статьи 27 Типового закона ЮНСИТРАЛ) предоставляла возможность получения доказательств через государственный суд для обоих видов арбитража – как администрируемого ПДАУ, так и арбитража *ad hoc*. Однако изменения в российское законодательство о третейских судах, принятые в конце 2015 года, оставили такую возможность только для арбитражного разбирательства, администрируемого ПДАУ.

По общему правилу в арбитражном разбирательстве каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований или возражений. В ходе рассмотрения дела состав арбитража и стороны могут столкнуться с необходимостью представления и исследования доказательств, находящихся у третьих лиц, не являющихся стороной арбитражного разбирательства.

Состав арбитража, в отличие от государственного суда, не обладает властными полномочиями требовать совершения каких-либо действий от третьих лиц, за нарушение требований состава арбитража не предусмотрено ответственности, процессуальные решения арбитров не обеспечены возможностью принудительного исполнения посредством обращения к системе государственного исполнительного производства.

[1] Автор комментария – М.И. Южаков.

© RAA

В связи с указанным, для увеличения эффективности третейского разбирательства законодателем в комментируемой статье предусмотрена возможность обращения к государственному суду за содействием в получении (истребовании) доказательств[2].

Комментируемая статья применяется в том случае, когда местом арбитража является Российская Федерация[3], вне зависимости от того, по регламенту какого арбитражного института проводится арбитражное разбирательство. Между тем, к разбирательству по регламенту иностранного арбитражного института данная статья применяется только в том случае, когда этот институт получил соответствующее разрешение Правительства РФ и в связи с этим может рассматриваться в качестве ПДАУ по смыслу российского законодательства о третейских судах[4].

Из комментируемой статьи Закона о МКА и части 1 статьи 74.1 АПК РФ также следует, что российский суд не уполномочен оказывать содействие в получении доказательств составу арбитража с местом арбитража за пределами РФ[5].

Государственными судами, компетентными рассматривать запросы состава арбитража о содействии в получении доказа-

---

[2] Следует при этом заметить, что, несмотря на наличие подобной возможности, на практике составы арбитража достаточно редко обращаются к государственному суду за содействием в получении доказательств. Такие случаи являются скорее исключением в силу разных причин, в том числе и потому, что арбитры полагают, что в силу состязательности процесса каждая из сторон несет бремя доказывания своей позиции. Так, например, в решениях МКАС от 26.12.2002 по делу № 40/2002 и от 04.03.2014 по делу № 114/2013 составы арбитража указали, что обращение к государственному суду за содействием в получении доказательств является исключением из основного принципа состязательности сторон, которое *«может применяться по усмотрению самого состава арбитража и лишь при наличии особых обстоятельств, в том числе с учетом допустимости, относимости, существенности и значимости испрашиваемого доказательства»*.

[3] На это прямо указано в части 1 статьи 74.1 АПК РФ.

[4] В противном случае такое разбирательство считается для целей законодательства о третейских судах арбитражем *ad hoc* (часть 3 статьи 44 Закона об арбитраже).

[5] Ограничение, установленное российским законодательством в отношении содействия государственных судов в получении доказательств только внутреннему арбитражу, является нетипичным. Как правило, за таким содействием может обращаться состав арбитража с местом арбитража как в той же стране, так и за ее пределами (см., например: статьи 1025 (2) и 1050 Гражданского процессуального кодекса Германии, статьи 577 (2) и 602 Гражданского процессуального уложения Австрии, параграф 1782 раздела 28 Кодекса США).

© RAA

тельств, являются арбитражные суды субъектов РФ[6] или районные суды[7], в обоих случаях – суды, на территории которых находятся истребуемые доказательства.

Для разграничения компетенции государственных арбитражных судов и судов общей юрисдикции следует ориентироваться на характер спора в третейском разбирательстве, в связи с которым испрашивается содействие в истребовании доказательств. По спорам, возникающим из гражданских правоотношений при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности, содействие должны оказывать арбитражные суды, по иным спорам – суды общей юрисдикции. Данный критерий (характер спора) прямо не закреплен применительно к содействию в получении доказательств, однако он используется для разграничения компетенции государственных судов по вопросам иного содействия и контроля в отношении третейского разбирательства[8].

Поскольку в международном коммерческом арбитраже рассматриваются споры из гражданских правоотношений при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей[9], то компетенцией по рассмотрению и исполнению запросов международного коммерческого арбитража о содействии в получении доказательств обладает арбитражный суд субъекта РФ, на территории которого находятся истребуемые доказательства.

Порядок исполнения арбитражным судом запроса о содействии в получении доказательств для третейского разбирательства урегулирован статьей 74.1 АПК РФ.

Эта статья была добавлена в кодекс в результате третейской реформы 2015-2016 годов. Ранее процедура исполнения таких запросов не была регламентирована, что делало институт содействия в получении доказательств, предусмотренный комментируемой статьей Закона о МКА, во многом декларативным. Как представляется, данная новелла будет способствовать росту популярности третейского разбирательства.

---

[6] В силу части 1 статьи 74.1 АПК РФ.

[7] В силу части 1 статьи 63.1 ГПК РФ.

[8] См. статью 31, часть 2 статьи 230, часть 2 статьи 236, часть 2 статьи 240.1 АПК РФ.

[9] См. пункт 3 статьи 1 Закона о МКА.

В соответствии с комментируемой статьей 27 Закона о МКА субъектами, которые вправе обратиться в государственный суд с запросом о содействии в получении доказательств, являются сам состав арбитража и сторона спора (с согласия состава арбитража).

Статья 74.1 АПК РФ, в свою очередь, наделяет полномочием обратиться с таким запросом только состав арбитража[10]. Следовательно, существует вероятность различного толкования норм Закона о МКА и АПК РФ и возможного отказа в рассмотрении запроса о содействии, поданного стороной от своего имени с согласия состава арбитража. Чтобы избежать этого, сторона, желающая получить доказательства через государственный суд, очевидно, должна убедить состав арбитража в необходимости подачи запроса от лица состава арбитража.

[10] Часть 1 статьи 74.1 АПК РФ предусматривает: *«Третейский суд с местом арбитража на территории Российской Федерации (за исключением третейского суда в рамках арбитража для разрешения конкретного спора) в случае возникновения необходимости получения доказательств, требующихся для разрешения спора, вправе обратиться в арбитражный суд субъекта Российской Федерации, на территории которого находятся истребуемые доказательства, с запросом о содействии в получении этих доказательств в порядке, установленном статьей 66 настоящего Кодекса. Запрос может быть выдан таким третейским судом стороне третейского разбирательства для непосредственного направления этого запроса в арбитражный суд указанной стороной третейского разбирательства.»*

© RAA

Статья 28. Нормы, применимые к существу спора[1]

1. Третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. Любое указание на право или систему права какого-либо государства должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам.

2. При отсутствии какого-либо указания сторон третейский суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми.

3. Во всех случаях третейский суд принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке.

1. Комментируемая статья представляет собой специальную коллизионную норму, которая имеет преимущество над общими правилами определения применимого права, определенными главой 66 раздела VI части третьей ГК РФ[2].

Следуя принципу автономии воли сторон третейского разбирательства, закон устанавливает приоритет соглашения сторон. Таким образом, если стороны договорились о применении конкретных норм материального права, состав арбитража обязан следовать этому выбору. При этом выбор применимых норм права должны сделать сами стороны либо арбитры, они не вправе делегировать данный вопрос третьему лицу (например, арбитражному институту или эксперту[3]).

---

[1] Автор комментария - И.В. Никифоров.

[2] В соответствии с частью 2 пункта 1 статьи 1186 ГК РФ *«Особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, устанавливаются законом о международном коммерческом арбитраже»*.

[3] Согласно статье 2 Закона о МКА: «*когда какое-либо положение настоящего Закона, за исключением статьи 28, предоставляет сторонам возможность принимать решения по определенному вопросу, стороны могут поручить принятие такого решения какому-либо третьему лицу, включая учреждение*».

© RAA

Стороны могут осуществить выбор норм права как прямо указав на него, так и косвенным образом, сделав отсылку к документу, содержащему положение о применимом праве[4].

При этом следует различать:

(i) право, применимое к существу спора;

(ii) право, применимое к арбитражному соглашению;

(iii) право, применимое к арбитражному разбирательству (так называемое *lex arbitri*)[5].

Таким образом, при анализе соглашения сторон необходимо установить, в отношении каких правоотношений стороны осуществили выбор права.

Выбор права конкретной страны в качестве материального статута не исключает применение к существу данного спора норм права иных правовых систем. Так, например, вопросы корпоративного статуса юридического лица, его правоспособности, традиционно регулируются национальным правом страны инкорпорации данного юридического лица, а не правом, применимым к обязательствам по сделке.

По выбранному праву следует квалифицировать не только права и обязанности сторон по первоначальной сделке, но и действия, направленные на изменение и прекращение обязательств и события, влекущие такие последствия.

По общему правилу соглашение сторон о выборе права продолжает действовать и после прекращения контракта.

Стороны вправе указать применимое право как в момент заключения договора, так и в последующем, и даже изменить ранее сделанный выбор. Достаточно часто стороны достига-

---

[4] Так, например, статья 34 Унифицированных правил ICC для гарантий по первому требованию (Публикация Международной торговой палаты N 758) предписывает, что применимым к гарантии материальным правом является право, где расположен центр деловой активности гаранта или, в случае непрямой гарантии, эмитента.

[5] Так, стороны, осуществляя выбор арбитражного учреждения, например, Арбитражного Института Торговой Палаты Стокгольма, также часто полагают, что они обязаны сделать выбор в пользу шведского права, как права, применимого к их контракту. Вместе с тем вполне допустимо при выборе Арбитражного Института Торговой Палаты Стокгольма выбрать в качестве применимого права английское, а место арбитража - в России.

© RAA

ют соглашения о применимом праве в процессе арбитражного разбирательства, например, если выбор права не был сделан при подписании контракта[6].

Следуя Типовому закону ЮНСИТРАЛ, комментируемая статья использует термин «*нормы права*»[7], а не «*право*» или «*законодательство*». Это означает, что стороны вправе избрать в качестве применимого материального права не только национальную правовую систему какой-либо страны, но и иные правовые режимы - например, систему права, имеющую наднациональный характер (например, право ЕС).

К категории «*норм права*» могут быть также отнесены модельные законы, проекты национальных нормативных актов[8] и т. п. Другим примером выбора «*норм права*» будет подчинение прав и обязанностей сторон международному соглашению (конвенции, договору), которое еще не ратифицировано либо не вступило в силу, и даже рабочим вариантам (проектам) таких документов.

В сфере международной торговли широко применяются унифицированные своды обычных правил, которые также могут быть приняты в качестве применимых норм права.

Наконец, стоит помнить о том, что в соответствии с комментируемой нормой указание сторон на право или систему права какого-либо государства по общему правилу должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам[9].

---

[6] Т. Е. Абова отмечает: *«В арбитражной практике встречаются случаи, когда из представленных сторонами письменных материалов дела невозможно установить договоренность сторон о применимом праве. В этом случае арбитраж нередко просит стороны сообщить, чье право они считают применимым к существу рассматриваемого спора, и стороны довольно часто в ходе судебного разбирательства сообщают о достигнутой ими договоренности о праве, применимом к существу переданного на рассмотрение арбитража спора»*. См. Комментарий к Закону Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»: Постатейный, научно-практический /А. С. Комаров, С. Н. Лебедев, В. А. Мусин. М. Ред. журн. Третейский суд. 2007.

[7] Англ. «*rules of law*».

[8] Например, Модельный Гражданский Кодекс стран СНГ.

[9] Это правило обеспечивает предсказуемость, исключает возможность так называемой «обратной отсылки» – *renvoi*.

2. В случае, если стороны не сделали выбор норм права, состав арбитража должен определить материальный статут в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми. Комментируемая статья не представляет арбитрам возможности выбрать применимые *нормы* права, а говорит только лишь о выборе *права*, то есть правовой системы конкретной страны.

Этот порядок действует и в случае, когда условия о выборе применимого права сформулированы сторонами неудачно, и в процессе арбитражного разбирательства не удается определить действительную волю сторон.

Закон о МКА разрешает составу арбитража по своему усмотрению выбрать коллизионную норму и затем обратиться к правопорядку, который должен применяться к конкретному правоотношению[10]. При этом состав арбитража не связан коллизионными нормами места арбитража и комментируемая норма представляет арбитрам широкие полномочия по идентификации подходящей коллизионной нормы[11].

Все большее признание в международном коммерческом арбитраже[12] находит представление арбитрам возможности прямого выбора применимого материального права[13].

В практике международного арбитража распространено мнение о том, что какими бы подходами не руководствовались арбитры, они во всех случаях должны действовать с учетом принципа недискриминации и принципа *in favor validitatis* – то есть принципа, согласно которому соглашение сторон имеет более тесную связь с той правовой системой, которая признает юридическую силу соглашения в целом и каждого из его условий в отдельности, а не системой, которая исключает применение или не придает юридической силы договоренностям сторон или даже предполагает недействитель-

---

[10] Господствовавшая ранее коллизионная привязка к праву места совершения сделки (*lex loci actus*) сохраняется в отечественном законодательстве лишь применительно к договорам, заключенным на аукционе, по конкурсу или на бирже (пункт 5 статьи 1211 ГК РФ). Это правило продолжает действовать и для контрактов между предпринимателями России и ряда государств СНГ согласно Киевскому соглашению (пункт «е» статьи 11) и Минской конвенции (статья 41).

[11] В отличие от государственного суда, который при определении применимого права обязан руководствоваться коллизионными нормами страны суда.

[12] Статья 21 Арбитражного Регламента ICC.

[13] Англ. *«direct choice of law»*;фр. *«voie directe»*.

© RAA

ность контракта в целом или какой-либо его части[14]. Таким образом, состав арбитража при выборе применимого права должен стремиться к выбору того права, который признает все положения контракта действительными[15].

Вместе с тем, автономия воли сторон, а также свобода усмотрения состава арибтража в вопросах выбора права и применении его положений, ограничиваются сверхимперативными нормами стран, где должно быть вынесено арбитражное решение. К этой категории относятся правила, значение которых для государства, его правовой системы столь велико, что они подлежат применению вне зависимости от выбора сторонами иного закона.

Кроме того состав арбитража может, но не обязан, принимать во внимание также сверхимперативные нормы страны возможного исполнения арбитражного решения.

3. Во всех случаях состав арбитража принимает решение в соответствии с условиями договора, причем в силу пункта 1 комментируемой статьи, стороны могут установить приоритет договора над предписаниями позитивного права. Тогда в случае коллизии правил договора и обязательных положений законодательства предпочтение следует отдать договору.

Комментируемая статья также обязывает состав арбитража во всех случаях учитывать торговые обычаи, или так называемое «мягкое право». Наиболее известным документом такого рода является ИНКОТЕРМС 2010[16]. Следует, впрочем, иметь в виду, что ИНКОТЕРМС 2010 регулирует только лишь отношения, связанные с распределением рисков и ответственности по договорам международной купли-продажи товаров, однако не затрагивает многие другие отношения обязательственного права,

---

[14] Born G. “International Commercial Arbitration”, Wolters Kluwer, Law & Business, 2009.

[15] *“Отсылка коллизионной нормы к иностранному закону, как правило, устраняет применение к данному отношению не только диспозитивных, но и императивных норм отечественного правопорядка»*, Лунц Л.А., Международное частное право. М.: Юридическая литература, 1970, с.300-310.

[16] Следует заметить, что Торгово-промышленная палата РФ признала ИНКОТЕРМС 2010 торговым обычаем, действующим в России, см. Постановление Правления Торгово-промышленной палаты РФ от 28.06.2012 N 54-5 «О свидетельствовании торгового обычая (обычая делового оборота), принятого в Российской Федерации».

в силу чего не может в полной мере заменить нормы национального законодательства. На роль комплексного регулятора вполне могут претендовать Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА[17], которые представляют собой наиболее известную кодификацию права международной торговли.

Об использовании обычая делового оборота в качестве источника права говорит и статья 5 ГК РФ, которая применяется лишь в случае, если отношения сторон регулируются российским законодательством[18]. Следует заметить, что в отечественной правовой традиции обычаи, которые противоречат обязательным для сторон нормам закона или договору, не применяются.

Таким образом, в силу пункта 1 комментируемой статьи «мягкое право» может быть выбрано сторонами в качестве основного статута, однако и в отсутствие специальной оговорки эти нормы права во всех случаях должны применяться арбитрами в качестве субсидиарного источника права.

---

[17] Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, 2010 /Пер. с англ., вступит. ст. А. С. Комарова ; Международный институт унификации частного права (УНИДРУА). М. : Статут, 2013.

[18] ГК РФ Статья 5. *Обычаи*

1. Обычаем признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе.

2. Обычаи, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются.

© RAA

Статья 29. Вынесение решения коллегией арбитров[1]

При арбитражном разбирательстве, осуществляемом коллегией арбитров, любое решение третейского суда, если стороны не договорились об ином, должно быть вынесено большинством арбитров. Однако вопросы процедуры могут разрешаться арбитром, являющимся председателем третейского суда, если он будет уполномочен на это сторонами или всеми другими арбитрами.

Комментируемая норма текстуально повторяет статью 29 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Вопрос выбора количества арбитров зависит от воли сторон и применимого регламента. Как правило, в случае коллегиального состава арбитража речь идет о трех арбитрах[2].

При этом Закон о МКА не содержит ограничения в отношении количества арбитров, таким образом, стороны могут договориться о том, что их спор может разрешаться, например, пятью или семью арбитрами[3]. Такая ситуация, в частности, имеет место при многостороннем арбитраже, когда каждая из сторон вправе назначить своего арбитра[4]. Вместе с тем, подобные случаи - скорее исключение, поэтому комментарий ниже будет относится к

---

[1] Авторы комментария – М.А. Кульков, С.В. Лысов.

[2] В зарубежной практике известны случаи признания за сторонами права на включение в текст арбитражной оговорки четного количества арбитров. Так, в деле *MMTC v. Sterlite Industries (India) Ltd*. арбитражное соглашение предполагало назначение двух арбитров. Рассматривая вопрос о признании соглашения недействительным на основании противоречия индийскому закону об арбитраже, Верховный суд Индии указал, что соглашение действительно, однако, два арбитра, выбранные сторонами, должны будут избрать третьего для выполнения функций председателя. CLOUT case No. 177 [MMTC v. Sterlite Industries (India) Ltd., Supreme Court, India, 18 November 1996], <http://www.indiankanoon.org/doc/1229987> (последнее посещение – 16 июня 2016 г.)

[3] Пункт 1 статьи 10 Закона о МКА: «*Стороны могут по своему усмотрению определять число арбитров, при этом, если иное не указано в законе, число арбитров должно быть нечетным*».

[4] Следует иметь в виду, что подобное соглашение может вступить в противоречие с применимым арбитражным регламентом и быть неисполнимым, если арбитражный центр откажется администрировать спор с иным количеством арбитров, чем предусмотрено его регламентом.

классической модели, заключающейся в участии трех арбитров в коллегиальном рассмотрении спора.

Если все арбитры согласны с предлагаемым решением, оно принимается единогласно. Когда один из арбитров не согласен с существом принятого решения, он вправе составить особое мнение[5]. Если арбитр согласен с выводами в отношении заявленных требований, но не согласен с мотивами решения, он может составить конкурирующее мнение[6], которое является разновидностью особого мнения.

Стоит отметить, что институт особого мнения нашел отражение как в международных[7], так и внутренних арбитражных регламентах[8]. Он является востребованным на практике[9] и не был оставлен без внимания в ряде работ отечественных исследователей[10].

Несмотря на то, что особое мнение, как правило, направляется сторонам арбитражного разбирательства вместе с решением, оно не является частью арбитражного решения. В силу этого оно не подлежит заверению или проверке со стороны арбитражного института и не может быть самостоятельным предметом обжалования[11].

---

[5] Англ. *«dissenting opinion»*.

[6] Англ. *«concurrent opinion»*.

[7] См.: статью 49(5) Арбитражного Регламента CIETAC (2015).

[8] См.: часть 1 статьи 39 Арбитражного Регламента Третейского суда при ТПП РФ (2011), часть 2 статьи 45 Арбитражного Регламента Третейского суда при РСПП (2013).

[9] В одном из инвестиционных споров председатель состава арбитража не согласился с решением коллег по вопросу юрисдикции, что было отражено в особом мнении председателя. После того, как арбитры, назначенные сторонами, все же приняли решение перейти к рассмотрению спора по существу, председатель подал в отставку, *Tokios Tokelés v. Ukraine*, Dissenting Opinion by Chairman Prosper Weil in Decision on Jurisdiction in ICSID Case No. ARB/02/18 of 29 April 2004 < http://www.italaw.com/documents/TokiosAward.pdf> (последнее посещение – 23 января 2017).

[10] Гаврилов Э. Об особом мнении судьи // Хозяйство и право. 2015. N 4. С. 75 - 79.; Чупахин И.М. Решение третейского суда: теоретические и прикладные проблемы. М.: Инфотропик Медиа, 2015. Серия «Гражданский и арбитражный процесс: новые имена & новые идеи». Кн. 12. 188 с.

[11] Данный вывод содержится в Решении Гаагского суда об отмене арбитражного решения, сделанного в рамках спора *Bursa Büyüksehir Belediyesi v Güris Insaat VE Mühendislik AS* (2002, ICC arbitration). См. подробнее: Greenberg S., Kee C., International Commercial Arbitration: An Asia-Pacific Perspective. Cambridge University Press. 2010. P. 402.

© RAA

На практике встречаются случаи, когда арбитр по какой-либо причине не может участвовать в принятии решения по существу спора. Как правило, это связано с болезнью или смертью арбитра. В этом случае арбитр обычно подлежит замене[12]. Однако не всегда целесообразно осуществлять замену арбитра[13], и некоторые регламенты предусматривают возможность вынесения решения усеченным составом арбитража[14]. Вместе с тем иногда такая ситуация рассматривается как нарушающая равноправие сторон, в том числе и право на назначение арбитра[15].

Иная ситуация складывается в случае, если решение не может быть принято большинством ввиду отсутствия консенсуса среди всех трех арбитров. Подавляющее большинство арбитражных регламентов предусматривают что, если не удается принять решение большинством голосов, председатель состава арбитража вправе принять окончательное решение единолично[16]. С учетом того, что комментируемая норма позволяет по соглашению сторон определить иной порядок принятия решения, ссылка на соответствующий арбитражный регламент должна приравниваться к такому соглашению сторон.

Комментируемая норма также допускает принятие решений по процедурным вопросам председателем состава арбитража

---

[12] Пункт 3 статьи 12 Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ; статья 10.1 Арбитражного Регламента LCIA.

[13] Замена арбитра на стадии вынесения решения может повлечь за собой необходимость проведения новых слушаний, что сопряжено с дополнительными временными и денежными затратами.

[14] Пункт 3 статьи 42 Арбитражного Регламента SCC (2017); статья 26.6 Арбитражного Регламента LCIA.

[15] Так, например, в одном из дел Президиум ВАС РФ, удовлетворяя заявление об отмене арбитражного решения, пришел ко мнению, что в ситуации невозможности участия арбитра в ходе арбитражного разбирательства после окончания слушаний по делу (в рассматриваемом случае - в связи со смертью), решение может быть вынесено неполным составом арбитров только в исключительных случаях, когда со всей очевидностью следует, что отсутствующий арбитр принимал участие в процессе вынесения решения по делу, высказал мнение и смог донести свою позицию до иных арбитров. При этих условиях соблюдаются принципы равного представительства сторон в составе арбитража, а значит, справедливости судебного разбирательства и равенства сторон - Постановление Президиума ВАС РФ от 20.07.2010 г. N 4325/10 по делу N А40-96594/09-68-760.

[16] Данное правило содержится в статье 26.5 Арбитражного Регламента LCIA, в пункте 1 статьи 32 Арбитражного Регламента ICC, пункте 3 параграфа 36 Арбитражного Регламента МКАС (2017), пункте 1 статьи 35 Арбитражного Регламента VIAC.

единолично в случае, если он уполномочен на это сторонами или всеми другими арбитрами. В соответствии с выводами, сделанными рабочей группой при подготовительных работах к Типовому Закону ЮНСИТРАЛ[17] к процессуальным вопросам относятся:

– определение порядка устных слушаний;

– установление временных лимитов (например, для предоставления доказательств);

– определение языка слушаний;

– назначение экспертов, специалистов, переводчиков и т.д.

При этом, в подготовительных работах отдельно указано, что в силу особой важности вопросы определения юрисдикции, принятия обеспечительных мер, определения места арбитража должны приниматься коллегиальным составом арбитража[18].

Решение по процессуальным вопросам, принятое единолично председательствующим в рамках своих полномочий, может быть впоследствии пересмотрено как им самим, так и большинством голосов остальных арбитров[19].

[17] Fourth Working group report, UN Doc A/CN.9/25/245, para. 104. Available at: <https://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/acn9-245-e.pdf> (последнее посещение – 23 января 2017 года).

[18] Если, конечно, стороны, либо арбитры (с согласия сторон) не уполномочили председателя принимать решение единолично и по таким вопросам.

[19] Uzelac A., Number of Arbitrators and Decisions of Arbitral Tribunals // <http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/B25NumberArbInt_man.pdf> (последнее посещение – 23 января 2017 года).

© RAA

Статья 30. Мировое соглашение[1]

1. Если в ходе арбитражного разбирательства стороны урегулируют спор, третейский суд прекращает разбирательство и по просьбе сторон и при отсутствии возражений с его стороны фиксирует это урегулирование в виде арбитражного решения на согласованных условиях.

2. Арбитражное решение на согласованных условиях должно быть вынесено в соответствии с положениями статьи 31 и должно содержать указание на то, что оно является арбитражным решением. Такое арбитражное решение имеет ту же силу и подлежит исполнению так же, как и любое другое арбитражное решение по существу спора.

1. В российском правопорядке появление комментируемой статьи является следствием рецепции Типового закона ЮНСИТРАЛ. При этом следует оговориться, что в ряде правопорядков, в которых законодательство о международном арбитраже основано не на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, также нашла отражение позиция о возможности принятия составом арбитража решения на согласованных условиях[2].

Институт третейского разбирательства, будучи основанным на принципе автономии воли сторон, не может не учитывать возможность урегулирования спора посредством заключения мирового соглашения.

В случае заключения мирового соглашения арбитражное разбирательство в отношении спора, охваченного мировым соглашением, может прекращаться посредством:

(i) отзыва истцом заявленных требований до формирования состава арбитража[3];

[1] Авторы комментария – М.А. Кульков, С.В. Лысов.

[2] См., например, статью 51 английского Закона об арбитраже; статью 27 (2) шведского Закона об арбитраже.

[3] Как правило, данная ситуация возникает, когда стороны пришли к соглашению еще на стадии инициирования разбирательства, когда еще не сформирован состав арбитража, который мог бы его утвердить.

(ii) прекращения арбитражного разбирательства в силу соглашения сторон об этом[4];

(iii) утверждения составом арбитража мирового соглашения сторон в виде вынесения арбитражного решения на согласованных условиях[5].

При этом закрепление мирового соглашения в тексте арбитражного решения на согласованных условиях имеет очевидное преимущество перед иными способами прекращения арбитражного разбирательства, так как создает преюдицию для сторон по спорным вопросам и представляет им возможность использования предусмотренной процессуальным законодательством процедуры принудительного исполнения решения[6].

Комментируемая статья предусматривает, что достигнутые между сторонами договоренности могут быть зафиксированы составом арбитража в форме решения на согласованных условиях при условии, что:

(i) просьба об этом исходит от обеих сторон;

(ii) у состава арбитража нет возражений относительно вынесения арбитражного решения на согласованных условиях.

2. Арбитражное решение на согласованных условиях является в полном смысле слова арбитражным решением, что означает, что к нему применяются положения российского процессуального законодательства и иных положений Закона об МКА в части оспаривания, отмены, а также выдачи исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения.

В практике российских государственных судов закрепился подход, согласно которому стороны свободны в согласовании любых условий мирового соглашения, не противоречащих закону и не нарушающих права и законные интересы других лиц, в том числе, положений, которые связаны с заявленными требованиями, но не были предметом судебного разбиратель-

---

[4] Пункт 1 статьи 36 Регламента ЮНСИТРАЛ; пункт 2 статьи 34 Арбитражного Регламента VIAC.

[5] Пункт 1, 3 статьи 36 Регламента ЮНСИТРАЛ, статья 33 Арбитражного Регламента ICC, статья 26.9 Арбитражного Регламента LCIA.

[6] Redfern and Hunter on International Arbitration. New York, Oxford University Press. 2015. p. 513.

© RAA

ства[7]. Указанный подход следует из принципа автономии воли сторон, закрепленного в статье 421 ГК РФ.

В отличие от законодательства, регулирующего заключение мирового соглашения в государственных судах[8], Закон об МКА не содержит исчерпывающего перечня оснований, при которых состав арбитража вправе отказать в утверждении мирового соглашения. Тем не менее, установившаяся практика придерживается тех же самых принципов, которые применяются в государственных судах. Так, мировое соглашение не может быть утверждено арбитрами в случае, если оно затрагивает права третьих лиц или нарушает закон[9], в частности, если оно очевидно содержит признаки мошеннических действий[10].

---

[7] См. пункт 13 Постановления Пленума ВАС РФ от 18.07.2014 N 50 «О примирении сторон в арбитражном процессе»: «*В силу принципа свободы договора (статья 421 Гражданского кодекса Российской Федерации) мировое соглашение может содержать любые не противоречащие закону или иным правовым актам условия. При этом Кодексом установлен исчерпывающий перечень оснований, при наличии которых арбитражный суд отказывает в утверждении мирового соглашения, а именно: его противоречие закону и нарушение этим соглашением прав и законных интересов иных лиц (часть 6 статьи 141 АПК РФ).*
Таким образом, стороны при заключении мирового соглашения могут самостоятельно распоряжаться принадлежащими им материальными правами, они свободны в согласовании любых условий мирового соглашения, не противоречащих федеральному закону и не нарушающих права и законные интересы других лиц, в том числе при включении в мировое соглашение положений, которые связаны с заявленными требованиями, но не были предметом судебного разбирательства.
Вместе с тем мировое соглашение в обязательном порядке должно содержать согласованные сторонами сведения о его условиях, которые должны быть четкими, ясными и определенными, о размере и о сроках исполнения обязательств друг перед другом или одной стороной перед другой (часть 2 статьи 140 АПК РФ) с тем, чтобы не было неясностей и споров по поводу его содержания при исполнении, а само мировое соглашение было исполнимым с учетом правил о принудительном исполнении судебных актов. Если взаимные уступки сторон мирового соглашения, по мнению суда, не являются равноценными, данное обстоятельство не является основанием для отказа в его утверждении».

[8] Часть 6 статьи 141 АПК РФ: «*Арбитражный суд не утверждает мировое соглашение, если оно противоречит закону или нарушает права и законные интересы других лиц*», пункт 2 статьи 39 ГПК РФ: «*Суд не принимает отказ истца от иска, признание иска ответчиком и не утверждает мировое соглашение сторон, если это противоречит закону или нарушает права и законные интересы других лиц*».

[9] Born G. International Arbitration: Law and Practice. Kluwer Law International. 2012. p. 288.

[10] Derains Y., Schwartz E.A. A Guide to ICC Rules of Arbitration. Second Edition. Kluwer Law International. 2005. p. 311.

Необходимо также отметить, что составы арбитража не вправе основывать решение на согласованных условиях, учитывая лишь часть договоренностей сторон, игнорируя остальные[11].

Мировое соглашение может быть утверждено составом арбитража в любой момент разбирательства, но до вынесения окончательного решения по спору, поскольку после этого третейское разбирательство считается завершенным, а полномочия арбитров прекращаются.

В случае отказа стороны, подписавшей мировое соглашение, от такого соглашения, если отказ имел место до вынесения решения на согласованных условиях, состав арбитража должен продолжать разбирательство и вынести решение по существу спора[12].

В практике известны случаи принятия решения на согласованных условиях, в котором отражено мировое соглашение, предусматривающее санкции или иные негативные последствия для нарушителя за его неисполнение[13]. Такая практика

[11] Так, в практике МКАС известен случай, когда арбитры отразили в решении лишь два из двенадцати пунктов мирового соглашения (Решение МКАС от 17.06.2014 г. по делу N 98/2013). Мотивы арбитров полностью неизвестны, поскольку решение не размещено в открытых источниках. Однако из информации о принятом МКАС решении, содержащейся в судебных актах по делу № А56-14627/2015, можно сделать вывод, что арбитры без консультаций со сторонами изъяли из решения те согласованные сторонами условия, которые выходили за рамки предмета спора. В исполнении данного решения МКАСа было отказано. В обоснование отказа суды указали, что решение не может быть признано решением на согласованных условиях, равно как и решением по существу спора. Утвердив мировое соглашение не в том виде, в котором его подписали стороны, арбитры не соблюли принцип диспозитивности и добровольности примирения сторон, нарушив тем самым основополагающие принципы российского права, что в соответствии с пунктом 2 части 3 статьи 239 АПК РФ служит безусловным основанием для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения (см. Определение ВС РФ от 05.02.2016 N 307-ЭС15-18773).

[12] В практике российских государственных судов указывается, что до момента утверждения судом мирового соглашения любая из сторон может отказаться от заключения соглашения до утверждения его в порядке, предусмотренном процессуальным законодательством. После утверждения мирового соглашения судом ни одна из сторон не вправе его отозвать (Определение ВС РФ от 31.05.2016 по делу N 307-ЭС16-5129).

[13] По материалам решений МКАС N 63/2001 и N 235/2013. Источник – СПС Консультант Плюс. Кроме того, в практике авторов был случай, когда состав арбитража, действовавший по Регламенту МКАС, вынес решение на следующих согласованных условиях: вся задолженность ответчика делится на две части,

© RAA

обычно находит поддержку в государственных судах. Так, в одном из недавних дел ВС РФ утвердил мировое соглашение, предусматривающее за нарушение его условий неустойку в размере двукратной ставки рефинансирования ЦБ РФ[14].

которые должны были выплачиваться им последовательно. В случае своевременного перечисления ответчиком первой части долга, вторая часть прощается истцом. При нарушении порядка выплаты первой части долга, оставшаяся часть выплачивается в полном размере (дело N129/2015).

[14] Определение ВС РФ от 15.07.2014 N 78-КГ14-13.

Статья 31. Форма и содержание арбитражного решения[1]

1. Арбитражное решение должно быть вынесено в письменной форме и подписано единоличным арбитром или арбитрами. При арбитражном разбирательстве, осуществляемом коллегией арбитров, достаточно наличия подписей большинства членов третейского суда при условии указания причины отсутствия других подписей.

2. В арбитражном решении должны быть указаны мотивы, на которых оно основано, вывод об удовлетворении или отклонении исковых требований, сумма арбитражного сбора и расходы по делу, их распределение между сторонами.

3. В арбитражном решении должны быть указаны его дата и место арбитража, как оно определено в соответствии с пунктом 1 статьи 20. Арбитражное решение считается вынесенным в этом месте.

4. После вынесения арбитражного решения каждой стороне должен быть передан его экземпляр, подписанный арбитрами в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи.

1. Комментируемая статья устанавливает требования к форме и содержанию арбитражного решения.

При этом под арбитражным решением следует понимать решение, которое окончательно разрешает заявленные материально-правовые требования по существу спора[2].

[1] Автор комментария – Ф.А. Вячеславов.

[2] Российская судебная практика также придерживается позиции о том, что только окончательный акт состава арбитража по существу всего спора может рассматриваться в качестве окончательного решения, см. Постановление Президиума ВАС РФ от 05.10.2010 N 6547/10 по делу № А56-63115/2009. В данном деле ВАС РФ указал, что решение иностранного арбитража о понуждении общества возместить компании уплаченные за него 33 000 евро аванса по арбитражным расходам, вынесенное в форме отдельного судебного решения (separate award), является промежуточным судебным актом, не разрешает спор между сторонами по существу, в связи с чем не является окончательным решением. Суд указал, что в силу положений части 1 статьи 241 АПК РФ и подпункта «е» пункта 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции исполнению подлежат только арбитражные решения, связанные с процессуальным рассмотрением спора по существу и вынесенные по окончании всех арбитражных процедур. ВАС РФ отдельно указал, что промежуточные арбитражные решения, в том числе решения арбитров, вынесенные

© RAA

Требования заявляются истцом либо ответчиком во встречном иске. Кроме того, существует вероятность заявления требований на предмет спора дополнительной стороной, вступившей в третейское разбирательство[3].

Арбитражное решение может быть частичным (если в решении разрешается часть заявленных требований по существу) либо полным. В случае утверждения составом арбитража мирового соглашения, такое решение называется решением на согласованных условиях.

От арбитражного решения следует отличать постановления состава арбитража[4] по процессуальным вопросам[5]. Таким образом, термином «постановление» должны охватываться многочисленные акты состава арбитража, носящие исключительно процессуальный характер, например, об утверждении графика слушаний, перечня вопросов для обсуждения или списка свидетелей для вызова на устное слушание.

Арбитражное решение также должно быть окончательным[6]. Окончательный характер означает, что такое решение не может быть изменено составом арбитража.

Арбитражное решение должно быть вынесено в письменной форме и подписано единоличным арбитром или арбитрами[7].

по иным процедурным вопросам (взыскание судебных расходов, определение компетенции, о принятии обеспечительных мер) не подлежат исполнению на территории РФ.

[3] Возможность заявления требований дополнительной стороной спора предусмотрена, например, пунктом 4 статьи 7 Арбитражного Регламента ICC, в которой указано, что «дополнительная сторона спора может заявлять требования к любой другой стороне в соответствии с положениями статьи 8 Регламента ICC».

[4] См. комментарий к статье 16 Закона о МКА.

[5] «*Арбитражное решение должно окончательно разрешать вопрос по существу, а не процедурный вопрос. Очевидно, что только инструмент, который является финальным выражением суждения по существу спора, может рассматриваться как решение*», см. Born G. International Commercial Arbitration. Volume III: International Arbitral Awards. Second edition. 2014. Walters Kluwer. Law and Business. P. 2926.

[6] В отличие от промежуточных решений, которые, например, принимаются, Советом по урегулированию споров, сформированным в соответствии с Типовыми Контрактами FIDIC, и могут быть оспорены стороной в установленный срок.

[7] Таким образом, арбитражное решение выносится именно арбитрами, а не арбитражной институцией, которая администрирует спор. В силу этого неправильно говорить о «решении МКАС», более корректно говорить о «решении, вынесенном по Регламенту МКАС».

Письменная форма арбитражного решения предполагает изготовление единого документа на материальном носителе.

Наличие письменного решения или представление его заверенной копии необходимо при обращении истца за принудительным исполнением арбитражного решения[8], а также при реализации заявления об отмене арбитражного решения[9].

Соблюдение требования о письменной форме арбитражного решения не исключает возможность подписания его электронной подписью, что, с одной стороны, позволит быть уверенным в подлинности подписи подписавшего решение арбитра, а, с другой стороны, позволит активнее использовать возможности on-line арбитража, облегчит вынесение решения арбитрами, находящимися в разных странах[10].

Комментируемая статья указывает на то, что арбитражное решение должно быть подписано всеми арбитрами независимо от того, принято ли решение единогласно или большинством голосов. Арбитр, имеющий особое мнение, также обязан подписать арбитражное решение, однако имеет возможность изложить свою отличную от других арбитров позицию в особом мнении (хотя и не обязан к этому), такое особое мнение на практике часто прилагается к решению, хотя не считается его частью[11]. Подписание таким арбитром решения не означает, что он согласен с мнением большинства, о чем может быть указание рядом с подписью такого арбитра (например, *«с особым мнением»*).

Вместе с тем, требование о подписании решения всеми арбитрами может привести к злоупотреблению со стороны недобросовестных арбитров, когда один арбитр может блокировать принятие решения, отказываясь его подписывать. Для

---

[8] Статья IV Нью-Йоркской конвенции, глава 31 АПК РФ.

[9] Статья 34 Закона о МКА, глава 30 АПК РФ. См. по данному вопросу: Курочкин С.А. Государственные суды в третейском разбирательстве и международном коммерческом арбитраже. М., 2008.

[10] Принимая во внимание то, что с 1 января 2017 года возможность вынесения судебного акта в электронной форме и его подписание судьей усиленной квалифицированной цифровой подписью предусматривается частью 5 статьи 15 АПК РФ, частью 1 статьи 13 ГПК РФ, представляется, что не должно быть каких-либо препятствий для признания и приведения в исполнение на территории РФ решения арбитража, вынесенного в электронной форме, подписанного усиленной квалифицированной цифровой подписью арбитра.

[11] См. § 38 Регламента МКАС (2013).

© RAA

таких случаев закон устанавливает, что решение может быть подписано большинством, однако, в решении должны быть указаны причины, по которым отсутствует подпись арбитра.

Такая же ситуация может сложиться в случае утраты возможности подписать решение в силу различных обстоятельств, например, по причине смерти, утраты дееспособности или даже несогласия с манерой ведения арбитражного разбирательства председателем[12].

2. В арбитражном решении должны быть указаны мотивы, на которых оно основано, вывод об удовлетворении или отклонении исковых требований, сумма арбитражного сбора и расходы по делу, их распределение между сторонами.

Таким образом, российское законодательство не допускает вынесение немотивированного арбитражного решения в международном коммерческом арбитраже[13], даже в том случае, когда стороны об этом договорились[14].

3. Арбитражное решение также должно указывать на дату и место вынесения решения.

Дата решения может иметь значение для определения сроков обжалования или исправления решения, хотя часто данные сроки привязаны к дате получения решения стороной[15].

---

[12] См. Никифоров И.В. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 2010 года (с новым пунктом 4 статьи 1, принятым в 2013 году): Рабочая тетрадь. – М.: Статут, 2016. С. 554. В этой связи представляет интерес позиция ВАС РФ, выраженная по делу № А40-96594/09-68-760: «Решение международного коммерческого арбитража, принимаемое коллегией арбитров, должно быть вынесено большинством арбитров, но при этом полным их составом. Исключением могут быть ситуации, в которых решение может быть вынесено неполным составом арбитров. При этом из смысла указанных статей, а также из содержания принципа равного отношения к сторонам следует, что такая ситуация допустима, только если все стадии вынесения решения пройдены и выбывший из разбирательства дела арбитр смог донести свою позицию по делу до оставшихся арбитров».

[13] В отличие от внутреннего арбитража, см. пункт 2 статьи 34 Закона об арбитраже, который допускает вынесение немотивированного решения при наличии договоренности сторон.

[14] Так, например, в силу пункта 2 статьи 31 Типового закона ЮНСИТРАЛ «*в арбитражном решении должны быть указаны мотивы, на которых оно основано, за исключением тех случаев, когда стороны договорились о том, что мотивы не должны приводиться или когда арбитражное решение является решением на согласованных условиях в соответствии со статьей 30*».

[15] См. комментарий к статье 33 Закона о МКА.

При этом местом вынесения решения должно считаться не то место, где решение физически подписано арбитрами, а юридическое место арбитража[16].

Следует заметить, что в дополнение к требованиям, установленным законом относительно содержания арбитражного решения, применимые регламенты также могут устанавливать некоторые требования.

В случае вынесения арбитражного решения, которое содержит отдельные недостатки, государственный суд, который рассматривает вопрос об отмене арбитражного решения или о его исполнении, может предоставить составу арбитража возможность исправить такие недостатки[17].

4. Пункт 4 комментируемой статьи устанавливает обязанность арбитражного учреждения передать каждой стороне спора экземпляр арбитражного решения, подписанный арбитрами. Таким образом, арбитражное решение должно быть изготовлено в количестве экземпляров, по количеству лиц, участвующих в деле, арбитров, а также должен быть изготовлен экземпляр для хранения в материалах дела.

Закон не устанавливает, каким образом сторонам передается экземпляр арбитражного решения, однако такой порядок может быть установлен применимым регламентом[18]. Закон также не исключает возможность получения арбитражного решения лично представителем стороны.

[16] См. комментарий к статье 20 Закона о МКА.

[17] В силу пункта 5 статьи 33 Закона о МКА.

[18] См. § 40 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС (2017), статью 34 Арбитражного Регламента ICC, статью 32 Арбитражного Регламента SCC (2010), пункт 4 статьи 31 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

© RAA

Статья 32. Прекращение арбитражного разбирательства[1]

1. Арбитраж прекращается решением или постановлением третейского суда, вынесенным в соответствии с пунктом 2 настоящей статьи, а также прекращается автоматически в случаях, предусмотренных пунктами 3 и 4 статьи 11.

2. Третейский суд выносит постановление о прекращении арбитражного разбирательства, когда:

- **истец отказывается от своего требования, если только ответчик не выдвинет возражений против прекращения разбирательства и третейский суд не признает законный интерес ответчика в окончательном урегулировании спора;**
- **стороны договариваются о прекращении разбирательства;**
- **третейский суд находит, что продолжение разбирательства стало по каким-либо причинам ненужным или невозможным.**

3. Мандат третейского суда прекращается одновременно с прекращением арбитражного разбирательства, без ущерба, однако, для положений статьи 33 и пункта 4 статьи 34.

4. После вынесения постановления о прекращении арбитража каждой стороне должен быть передан его экземпляр, подписанный арбитрами в соответствии с пунктом 1 статьи 31.

Комментируемая статья регулирует три способа прекращения арбитражного разбирательства:

1) состав арбитража рассматривает спор по существу и выносит окончательное решение;
2) состав арбитража не может рассмотреть спор по существу и прекращает разбирательство, о чем выносит соответствующее постановление;
3) автоматически в ситуации, когда назначение состава арбитража оказалось невозможным.

[1] Автор комментария – И.И. Суспицына.

© RAA

1. Принятие арбитражного решения – самый очевидный способ прекращения арбитража и, соответственно, мандата состава арбитража. Стороны наделяют арбитров полномочиями на разрешение конкретного спора; полномочия действуют только на время разбирательства и автоматически заканчиваются вместе с ним.

При этом таким решением может быть как решение по существу спора, когда разрешаются все требования сторон, так и негативное решение по вопросу юрисдикции состава арбитража[2].

Из данного принципа есть несколько исключений, установленных пунктом 3 комментируемой статьи. Так, ограниченный мандат состава арбитража сохраняется в ситуациях, когда от арбитров требуется совершить определенные действия, установленные законом, после прекращения разбирательства. К таким действиям отнесены:

(i) исправление и толкование арбитражного решения, вынесение дополнительного арбитражного решения[3],

(ii) возобновление арбитражного разбирательства в случае, если государственный суд, рассматривающий вопрос об отмене арбитражного решения, предоставит составу арбитража возможность совершить действия, которые, по мнению состава арбитража, позволят устранить основания для отмены арбитражного решения[4].

Следует при этом заметить, что в первом случае полномочия состава арбитража ограничены только вопросами исправления и толкования арбитражного решения, в то время как во втором случае объем полномочий не ограничен.

Поскольку полномочия состава арбитража продлеваются в случаях, указанных в законе, в течение данного периода арби-

---

[2] См. например, постановления МКАС при ТПП РФ от 01.06.2015 по делу № 226/2014, от 19.01.2015 по делу № 143/2014, от 19.03.2014 по делу № 62/2013.

[3] Статья 33 Закона о МКА.

[4] Пункт 4 статьи 34 Закона о МКА: *«Суд, в который подано заявление об отмене арбитражного решения по основаниям, предусмотренным подпунктом 1 пункта 2 настоящей статьи, может, если сочтет это надлежащим и если об этом просит одна из сторон, приостановить на установленный им срок производство по этому вопросу, с тем чтобы предоставить третейскому суду возможность возобновить арбитраж или предпринять иные действия, которые, по мнению третейского суда, позволят устранить основания для отмены арбитражного решения»*.

© RAA

тры должны выполнять все обязанности, возложенные на них законом, соглашением сторон или применимыми арбитражными правилами. В течение данного периода арбитрам также можно заявить отвод, либо они могут взять самоотвод.

2. Пункт 2 комментируемой статьи содержит перечень обстоятельств, при наличии которых состав арбитража прекращает разбирательство.

Так, арбитражное разбирательство прекращается, если истец отказался от иска, а ответчик не возражает против такого отказа.

Вместе с тем отказ истца от иска не ведет к автоматическому прекращению разбирательства, поскольку ответчик может иметь законный интерес в его продолжении. Такой интерес может существовать, например, в случае, когда ответчик заявил встречные требования, либо ответчик претендует на возмещение расходов, понесенных в результате инициирования против него арбитражного разбирательства.

Арбитраж также прекращается по инициативе сторон, если стороны достигли соглашения по прекращению арбитражного разбирательства без вынесения арбитражного решения по существу спора (например, в форме решения на согласованных условиях).

Арбитражное разбирательство также прекращается по инициативе состава арбитража, если арбитры сочтут дальнейшее продолжение разбирательства ненужным или невозможным. Данная норма существует для прекращения арбитражных разбирательств в ситуации, когда стороны утратили интерес в продолжении разбирательства. Например, на практике встречаются случаи, когда все стороны арбитражного разбирательства перестают участвовать в нем и отвечать на запросы состава арбитража.

В отличие от вынесения арбитражного решения по существу спора, такое прекращение оформляется вынесением постановления. Постановление о прекращении арбитража выносится в письменной форме, подписывается единоличным арбитром либо арбитрами[5] и передается сторонам арбитражного разбирательства.

---

[5] Пункт 1 статьи 31 Закона о МКА: *«Арбитражное решение должно быть вынесено в письменной форме и подписано единоличным арбитром или арбитрами. При арбитражном разбирательстве, осуществляемом коллегией ар-*

В отличие от арбитражного решения, Законом о МКА не предусмотрена возможность обращения в государственный суд с заявлением об отмене такого постановления либо о его признании.

Следует заметить, что закон прямо не регулирует еще один случай прекращения арбитражного разбирательства: отсутствие оплаты арбитражного сбора сторонами по спору. Так, в соответствии с регламентами большинства арбитражных институций арбитражное разбирательство считается инициированным после подачи искового заявления[6] или заявления об арбитраже[7] и уплаты регистрационного сбора[8]. Полный аванс уплачивается, как правило, позднее и до формирования состава арбитража.

Вместе с тем законодатель говорит о том, что арбитражное разбирательство прекращается «третейским судом», под которым понимается не арбитражная институция, администрирующая спор, а состав арбитража, рассматривающий дело. Таким образом, в случае не оплаты стороной арбитражного сбора может возникать патовая ситуация, при которой состав арбитража не сформирован, а потому некому вынести постановление о прекращении арбитражного разбирательства.

В таких случаях арбитражное разбирательство прекращается в силу административного решения арбитражной институции. Возможным правовым основанием для подобного решения является тот факт, что данная возможность, как правило, установлена регламентом арбитражной институции, о применении которого стороны договорились в арбитражном соглашении.

3. Наконец, комментируемая статья указывает и на третий вариант прекращения арбитражного разбирательства – автоматическое прекращение «в случаях, предусмотренных пунктами 3 и 4 статьи 11».

битров, достаточно наличия подписей большинства членов третейского суда при условии указания причины отсутствия других подписей».

[6] Параграф 2 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС (2017).

[7] Статья 1.4 Арбитражного регламента LCIA, статья 8 Арбитражного регламента SCC, статья 4(2) Арбитражного регламента ICC и др.

[8] Статья 1.4 Арбитражного регламента LCIA, статья 7(2) Арбитражного регламента SCC, статья 4(4) Арбитражного регламента ICC и др.

© RAA

Следует заметить, что пункты 3 и 4 статья 11 Закона о МКА[9] не содержат указания на то, что в ситуациях, рассмотренных в данных пунктах, арбитражное разбирательство прекращается.

Напротив, пункты 3 и 4 статьи 11 Закона о МКА[10] направлены на то, чтобы помочь сформировать состав арбитража в случае, когда не срабатывает механизм формирования состава арбитража, предусмотренный соглашением сторон либо применимым регламентом.

Очевидно, что законодатель, говоря об автоматическом прекращении арбитражного разбирательства со ссылками на пункты 3 и 4 статьи 11 Закона о МКА, имел в виду ситуации, при которых формирование состава арбитража, тем не менее, не было произведено, например, в силу того, что:

а) ни одна из сторон в установленный месячный срок не обратилась в компетентный суд с заявлением о содействии в назначении арбитра;

---

[9] *«3. В отсутствие соглашения, предусмотренного пунктом 2 настоящей статьи:*

1) при арбитраже с тремя арбитрами каждая сторона назначает одного арбитра, два назначенных таким образом арбитра назначают третьего арбитра; в случае, если сторона не назначит арбитра в течение 30 дней по получении просьбы об этом от другой стороны или если два арбитра в течение 30 дней с момента их назначения не договорятся о назначении третьего арбитра, по заявлению любой стороны назначение производится компетентным судом;

2) при арбитраже с единоличным арбитром, если стороны не придут к соглашению об избрании арбитра, по просьбе любой стороны назначение производится компетентным судом.

3) Любая сторона может просить компетентный суд принять необходимые меры с учетом согласованной сторонами процедуры избрания (назначения) арбитров при условии, что соглашение о такой процедуре избрания (назначения) не предусматривает иных способов обеспечения назначения, если при процедуре избрания (назначения) арбитров, согласованной сторонами: одна из сторон не соблюдает такую процедуру, или стороны или два арбитра не могут достичь соглашения в соответствии с такой процедурой, или третье лицо, включая постоянно действующее арбитражное учреждение, не выполняет какую-либо функцию, возложенную на него в соответствии с такой процедурой».

[10] Аналогичные положения содержатся в статье 18 английского Закона об арбитраже 1996 года, секциях 14 и 15 Закона Швеции об арбитраже 1999 года, статьях 1451-1453 Гражданского процессуального кодекса Франции 2011 года.

б) заявление было возвращено заявителю как поданное с нарушением требований АПК РФ;

в) компетентный суд отказал в удовлетворении заявления.

Следует отметить, что согласно пункту 2 статьи 240.4 АПК РФ[11] суд может отказать в удовлетворении заявления о содействии только в исключительных случаях, когда он не компетентен разрешить данный вопрос либо если не соблюдена процедура обращения в государственный суд.

После прекращения арбитража по причине невозможности назначения состава арбитража спор может быть передан компетентному суду на разрешение по существу.

[11] *«2. Заявление по вопросу о назначении третейского судьи подлежит удовлетворению арбитражным судом при наличии одновременно следующих обстоятельств:*

1) соблюдена процедура назначения третейского судьи, которая установлена сторонами или федеральным законом и согласно которой вопрос о назначении третейского судьи передан на разрешение арбитражного суда;

2) в соответствии с федеральным законом арбитражный суд полномочен решить вопрос, связанный с назначением третейского судьи».

© RAA

Статья 33. Исправление и толкование решения. Дополнительное решение[1]

1. В течение 30 дней по получении арбитражного решения, если сторонами не согласован иной срок:

– любая из сторон, уведомив об этом другую сторону, может просить третейский суд исправить любые допущенные в решении ошибки в подсчетах, описки или опечатки либо иные ошибки аналогичного характера;

– при наличии соответствующей договоренности между сторонами любая из сторон, уведомив об этом другую сторону, может просить третейский суд дать толкование какого-либо конкретного пункта или части решения.

Третейский суд, если он сочтет просьбу оправданной, должен в течение 30 дней по ее получении внести соответствующие исправления или дать толкование. Такое толкование становится составной частью арбитражного решения.

2. Третейский суд в течение 30 дней, считая с даты арбитражного решения, может по своей инициативе исправить любые ошибки, указанные в абзаце втором пункта 1 настоящей статьи.

3. Если стороны не договорились об ином, любая из сторон, уведомив об этом другую сторону, может в течение 30 дней по получении арбитражного решения просить третейский суд вынести дополнительное решение в отношении требований, которые были заявлены в ходе арбитражного разбирательства, однако не были отражены в решении. Третейский суд, если он сочтет просьбу оправданной, должен в течение 60 дней по ее получении вынести дополнительное арбитражное решение.

4. Третейский суд в случае необходимости может продлить срок, в течение которого он должен исправить ошибки, дать толкование или вынести дополнительное арбитражное решение в соответствии с пунктом 1 или 3 настоящей статьи.

5. В случае, если компетентный суд, рассматривающий заявление об отмене арбитражного решения в порядке, уста-

[1] Автор комментария - Ф.А. Вячеславов.

новленном статьей 34, приостановит производство по делу об отмене, чтобы третейский суд возобновил арбитражное разбирательство и устранил основания для отмены арбитражного решения, третейский суд может возобновить третейское разбирательство по ходатайству любой стороны, поданному в течение срока приостановления дела об отмене.

6. Положения статьи 31 должны применяться в отношении исправления либо разъяснения арбитражного решения или в отношении дополнительного арбитражного решения, а также арбитражного решения, принятого в порядке, установленном пунктом 5 настоящей статьи.

1. Комментируемая статья позволяет, во-первых, устранить неопределённость в арбитражном решении, а во-вторых, в разумный срок исправить ошибки в арбитражном решении, которые могут привести к его отмене, отказу в признании и приведении в исполнение либо отказу в выдаче исполнительного листа[2].

Так, любая из сторон может просить состав арбитража исправить любые допущенные в решении ошибки в подсчетах, описки или опечатки либо иные ошибки аналогичного характера[3].

Такая просьба может быть направлена либо непосредственно составу арбитража[4], либо через арбитражное учреждение, которое администрирует спор[5], которое передает такой запрос арбитрам.

Под ошибками в подсчетах должны пониматься вычислительные ошибки, использование неверных данных в расчетах,

---

[2] Так, в деле № 5243/06 сторона оспаривала признание и приведение в исполнение решения международного коммерческого арбитража *ad hoc* на том основании, что решение было вынесено в пользу компании, в названии которой содержался дефис, а за исполнением обратилась лицо, в названии которого этот знак препинания отсутствовал. Несмотря на то, что в итоге суд отклонил эти аргументы, наличие расхождений в тексте решения создало сложности в его исполнении, См.: Определение Президиума ВАС РФ от 22.01.2008 № 5243/06.

[3] Как видно из формулировки, перечень недостатков, которые могут быть исправлены, является открытым, в отличие, например, от закрытого перечня в ранее действовавшем Законе о третейских судах, где было указано, что в решении могут быть исправлены только описки, опечатки и арифметические ошибки (статья 36 Закона о третейских судах).

[4] См.: Параграф 41 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС (2017), статья 38 Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ, статья 47 Арбитражного Регламента SCC (2017).

[5] Статья 35 Арбитражного Регламента ICC.

© RAA

пропуск необходимых значений в расчетах[6]. Под описками должны пониматься типографические ошибки, ошибки в словах, не влияющие на смысл решений. Следует учитывать, что под видом ошибки или опечатки не может быть изменено содержание судебного решения, в том числе исправлены неправильное изложение фактов или правовой позиции, изменен смысл решения, методология расчета взыскиваемой суммы и т.п.[7]

Под «ошибками аналогичного характера» также следует понимать очевидные, явные ошибки, не влияющие на содержание арбитражного решения и выводы по существу, например, неверное указание фамилий арбитров по тексту решения, пропуск слов в предложении, иные ошибки, которые не могут быть квалифицированы как опечатки или описки.

При этом следует иметь в виду, что состав арбитража может не согласиться с мнением стороны и отказать в исправлении ошибок в решении, если посчитает, что просьба стороны направлена на пересмотр решения по существу.

В отличие от процедуры исправления ошибок обязательными условиями разъяснения[8] составом арбитража арбитражного решения являются:

---

[6] См.: CLOUT case №. 208 Vanol Far Marketing Pte. Ltd. v Hin Leong Trading Pte. Ltd., High Court, Singapore, 27 May 1996.

[7] Аналогичной позиции придерживаются российские суды. Так, например, считается, что *«исправление допущенных в судебном акте описок, опечаток направлено на устранение случайных, очевидных, не требующих пересмотра судебного акта, дефектов, имеющихся в его тексте, которые, в силу части 3 статьи 179 АПК РФ, не приводят к изменению существа принятого судебного акта»,* см.: Определение ВС РФ от 03.06.2016 № 307-ЭС16-2684 по делу № А56-33889/2013. В другом деле суды отказали в исправлении решения, а именно в исключении из предложения *«Однако документация и ценности не являются доказательствами по делу», - слова «не»*, сославшись на то, что подобные исправления не являются исправлением опечатки, см.: Определение ВС РФ от 30.12.2015 № 302-ЭС14-7980 по делу № А74-5012/2012.

[8] Следует отметить, что в российском законодательстве отсутствует единообразие в понятиях, обозначающих процесс установления смысла и значения положений судебного акта и арбитражного решения. Так, разработчики Закона о МКА (см.: пункт 1 статьи 33 Закона о МКА) вслед за разработчиками Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (см.: статью 37 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 г.), оперировали термином «толкование», тогда как статья 179 АПК РФ и Закон о третейских судах (статья 35), а также комментируемая норма закона содержат термин «разъяснение». В целом, можно признать такое расхождение в терминологии незначительным, поскольку данные понятия являются равнозначными и могут употребляться в качестве синони-

(i) согласие иных сторон о возможности разъяснения решения. Сторона, обращающаяся с ходатайством о разъяснении решения, может получить его заранее, либо такое согласие может быть дано впоследствии[9];

(ii) Уведомление стороной, которая направляет соответствующее ходатайство, иных участников третейского разбирательства.

В случае пропуска 30 – дневного срока сторона утрачивает права требовать устранения недостатков в арбитражном решении.

В силу диспозитивности данной нормы иной срок может быть установлен в соглашении сторон, в том числе и посредством отсылки к соответствующему регламенту. Точно также, если это предусмотрено применимым регламентом, данный срок может быть восстановлен.

В случае исправления или толкования решения к нему применяются те же самые требования, что и к вынесению решения, в том числе относительно формы.

По общему правилу после вынесения решения полномочия арбитров прекращаются, однако в случае получения запроса об исправлении ошибок или толкования решения их полномочия возобновляются, однако ограничиваются действиями, направленными на исправление ошибок или толкование решения. Это означает, что в течение данного времени на арбитров опять распространяются требования о независимости и беспристрастности, им может быть заявлен отвод и пр.

2. Комментируемая статья указывает, что исправление ошибок может осуществляться также и по инициативе состава арбитража. При этом закон не предполагает уведомления сторон о том, что состав арбитража возобновляет арбитражное разбира-

---

мов. Например, в постатейном Комментарии к Закону РФ «О международном коммерческом арбитраже» под редакцией С.Г. Суворовой указано, что официальное толкование - это разъяснение отдельных частей или пунктов решения международного коммерческого арбитража в целях обеспечения его исполнения в точном и полном соответствии с установленными им предписаниями. Суворова С.Г. Комментарий к Закону Российской Федерации от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (постатейный) // СПС Консультант Плюс.

[9] Если иное не установлено применимым регламентом.

© RAA

тельство, достаточно просто направления сторонам исправленного арбитражного решения.

3. Исправление ошибок, описок или опечаток, разъяснение и толкование арбитражного решения не влияет на его суть, тогда как принятие дополнительного решения, наоборот, затрагивает выводы состава арбитража по существу рассмотренного дела.

Необходимость вынесения дополнительного решения возникает в случае, когда состав арбитража не рассмотрел часть требований, которые были заявлены в ходе арбитража.

Вынесение дополнительного решения осуществляется по инициативе стороны спора, то есть данное право не предоставлено самому составу арбитража.

В случае, если состав арбитража сочтет просьбу стороны оправданной, он должен в течение 60 дней вынести дополнительное решение.

Если состав арбитража придет к выводу о том, что просьба стороны о дополнительном решении направлена на пересмотр вынесенного решения, либо, что нет основания для вынесения такого дополнительного решения, он должен отказать в удовлетворении соответствующего ходатайства. Такой отказ оформляется в виде определения.

4. Закон представляет право составу арбитража, в случае, если он посчитает необходимым, продлить срок, в течение которого он должен исправить ошибки, дать толкование или вынести дополнительное арбитражное решение.

5. Важное новеллой реформы законодательства о третейских судах стало положение о том, что государственный суд, рассматривающий заявление об отмене арбитражного решения, вправе приостановить производство по делу об отмене на срок до 3 месяцев с тем, чтобы состав арбитража возобновил арбитражное разбирательство и устранил основания для отмены арбитражного решения[10].

---

[10] Так, в силу пункта 5 статьи 420 ГПК РФ «*Если заявление об отмене решения третейского суда подано по основаниям, связанным с тем, что сторона третейского разбирательства не была должным образом уведомлена о назначении третейского судьи или о третейском разбирательстве, в том числе о времени и месте заседания третейского суда, или по другим уважительным причинам не могла представить свои объяснения, или решение третейского*

В течение указанного срока состав арбитража по ходатайству любой из сторон вправе возобновить третейское разбирательство для целей устранения недостатков[11].

6. В случае исправления ошибки, толкования вынесенного арбитражного решения, стороны также вправе дополнительно требовать исправления решения, которое будет вынесено составом арбитража в результате рассмотрения такого ходатайства. Такое же право имеют стороны и в случае вынесения составом арбитража дополнительного решения либо нового решения в случае, когда арбитражное разбирательство возобновляется по предложению государственного суда.

суда вынесено по спору, не предусмотренному третейским соглашением либо не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы третейского соглашения, или состав третейского суда либо арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или федеральному закону, суд по ходатайству стороны третейского разбирательства вправе приостановить производство по делу об отмене решения третейского суда на срок, не превышающий трех месяцев, с тем, чтобы третейский суд возобновил третейское разбирательство и устранил основания для отмены решения третейского суда. После возобновления производства по делу об отмене решения третейского суда суд рассматривает заявление об отмене решения третейского суда с учетом действий, предпринятых третейским судом в целях устранения оснований для отмены решения третейского суда». Аналогичная норма имеется в пункте 5 статьи 232 АПК РФ.

[11] Пункт 5 комментируемой статьи основан на пункте 4 статьи 34 Модельного закона ЮНСИТРАЛ, но не тождественен ему. Так, Модельный закон не указывает прямо нарушения, которые могут быть исправлены самим составом арбитража в период приостановления рассмотрения дела государственным судом. В комментариях к Модельному закону указывается, что меры по исправлению допущенных нарушений могут включать в себя отмену составом арбитража своего решения, его изменение / пересмотр или принятие новых доказательств, UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration. United Nations, New York, 2012.

© RAA

Статья 34. Заявление об отмене арбитражного решения как исключительное средство его оспаривания[1]

1. Оспаривание в суде арбитражного решения может быть произведено только путем подачи заявления о его отмене в соответствии с пунктами 2 и 3 настоящей статьи. В арбитражном соглашении, предусматривающем администрирование арбитража постоянно действующим арбитражным учреждением, стороны своим прямым соглашением могут предусмотреть, что арбитражное решение является окончательным. Окончательное арбитражное решение не подлежит отмене. Если в арбитражном соглашении не предусмотрено, что арбитражное решение является окончательным, такое решение может быть отменено судом по основаниям, указанным в пункте 2 настоящей статьи. При этом такое решение может быть отменено по основаниям, установленным подпунктом 2 пункта 2 настоящей статьи и в том случае, если сторона, подавшая заявление об отмене арбитражного решения, не ссылается на указанные основания.

2. Арбитражное решение может быть отменено компетентным судом в случае, если:

1) сторона, заявляющая ходатайство о его отмене, представит доказательства того, что:

– одна из сторон арбитражного соглашения, указанного в статье 7, была в какой-то мере недееспособна или это соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону Российской Федерации, или

– она не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, в том числе о времени и месте заседания третейско-

[1] Авторы комментария: пункт 1 статьи 34 – А.Д. Зеленин, С.В. Гузей, А.С. Антонов; пункт 2 подпункт 1) абзац 1 и 2 – А.А. Панов; пункт 2 подпункт 1) абзац 3 – Т.А. Терещенко; пункт 2 подпункт 1) абзац 4 – А.А. Панов; пункт 2 подпункт 1) абзац 5 – Ю.В. Попелышева (в части несоответствия состава арбитража), П.Ю. Булатов, М.Ф. Зенкова (в части не соответствия процедуры); пункт 2 подпункт 2) абзацы 1 и 2 – А.Ю. Безбородов; пункт 2 подпункт 2) абзац 3 – Е.С. Ращевский; пункты 3 и 4 – А.Д. Зеленин, С.В. Гузей.

© RAA

го суда, или по другим уважительным причинам не могла представить свои объяснения, или

– **арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением либо не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения. Если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением, или**

– **состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или федеральному закону;**

2) компетентный суд определит, что:

– **объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с федеральным законом или**

– **арбитражное решение противоречит публичному порядку Российской Федерации.**

3. Заявление об отмене арбитражного решения не может быть подано по истечении трех месяцев со дня получения оспариваемого решения стороной, подающей это заявление, а в случае, если была подана просьба в соответствии со статьей 33, со дня вынесения третейским судом решения по этой просьбе.

4. Суд, в который подано заявление об отмене арбитражного решения по основаниям, предусмотренным подпунктом 1 пункта 2 настоящей статьи, может, если сочтет это надлежащим и если об этом просит одна из сторон, приостановить на установленный им срок производство по этому вопросу, с тем чтобы предоставить третейскому суду возможность возобновить арбитраж или предпринять иные действия, которые, по мнению третейского суда, позволят устранить основания для отмены арбитражного решения.

© RAA

1. По общему правилу, решение состава арбитража во всех странах признаётся окончательным[2]. Это означает, что оно не может быть пересмотрено по существу, а может быть только отменено по узким основаниям, установленным пунктом 2 комментируемой статьи, которые являются исчерпывающими[3].

Ранее действовавший Закон о третейских судах[4] позволял сторонам внутреннего арбитража[5] своим соглашением исключить возможность и такого ограниченного обжалования. Подобное ограничение права на обжалование было серьезной новеллой российского процессуального законодательства и было подкреплено решениями ВАС РФ[6] и КС РФ. Вместе с тем, законодательство о международном арбитраже такой возможности не предусматривало.

В этой связи потребовалась унификация правового регулирования, которая привела к изменениям в комментируемую статью Закона о МКА.

Новеллами пункта 1 являются положения о том, что для исключения возможности обжалования арбитражного решения новый закон требует наличия прямого соглашения сторон, и такое исключение обжалования допускается только лишь при условии, что арбитраж администрирует ПДАУ.

---

[2] Ярков В.В. Оспаривание решения международного коммерческого арбитража // Закон. 2008. № 1. С. 21 – 27. // СПС Консультант Плюс.

[3] Зайцева Е.А. Оспаривание решений международного коммерческого арбитражного суда // Администратор суда. 2012. № 2. С. 27 – 28. // СПС Консультант Плюс.

[4] Согласно статье 40 Закона о третейских судах, *«если в третейском соглашении не предусмотрено, что решение третейского суда является окончательным, то решение третейского суда может быть оспорено участвующей в деле стороной путем подачи заявления об отмене решения в компетентный суд в течение трех месяцев со дня получения стороной, подавшей заявление, решения третейского суда».*

[5] Так, например, в постановлении ФАС Северо-западного округа от 09.06.2010 по делу № А56-79407/2009 указано, что принцип окончательности арбитражного решения не применим к решениям международного коммерческого арбитража.

[6] Так, согласно пункту 9 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22.12.2005 № 96, *«…арбитражный суд прекращает производство по делу об отмене решения третейского суда в случае, если установит наличие в третейском соглашении положения о том, что решение третейского суда является окончательным*».

Комментируемая норма также указывает на то, что ряд оснований для отмены арбитражного решения применяется и в том случае, когда сторона на них не ссылается. Это касается случаев, когда:

а) Объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с федеральным законом; или

б) Арбитражное решение противоречит публичному порядку Российской Федерации.

2.1.1. Подпункт 1) пункта 2 комментируемой статьи не только перечисляет основания для отмены вынесенного арбитражного решения, но и устанавливает важное правило о том, что бремя доказывания наличия данных оснований лежит на стороне, заявляющей об их наличии. Таким образом, суд не вправе проверить и применить наличие данных оснований по собственной инициативе, а также возлагать на заявителя обязанность по доказыванию отсутствия данных оснований.

Комментируемая норма в целом основана на тексте подпункта (а) пункта 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции, подпункта (а) пункта 1 статьи IX Европейской конвенции и Типовом законе ЮНСИТРАЛ. В рамках арбитражной реформы в комментируемое положение были внесены только редакционные изменения.

2.1.2. Комментируемый пункт[7] объединяет два основания для отмены арбитражного решения: недееспособность стороны договора и недействительность самой арбитражной оговорки.

С точки зрения российского права, термин «дееспособность» относится только к гражданам, в то время как в отношении юридических лиц закон говорит о «правоспособности»[8]. Именно таким термином оперирует Европей-

[7] *«…одна из сторон арбитражного соглашения, указанного в статье 7, была в какой-то мере недееспособна или это соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания - по закону Российской Федерации…».*

[8] Как отмечает Б.Р. Карабельников, правильнее поэтому было бы говорить не о «недееспособности», а о «дефекте правоспособности». Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж. Учебник, 2-е изд., М. 2013. С. 120 (сноска 134) и 324.

© RAA

ская конвенция[9]. Тем не менее, на практике сложностей по причине не очень удачной терминологии не возникает.

В случае внутреннего третейского разбирательства вопрос о наличии у лица, подписавшего арбитражное соглашение необходимой правоспособности, решается по российскому праву. В случае международного арбитражного разбирательства, правоспособность его участников определяется не по праву, которому подчинено арбитражное соглашение, а по личному закону соответствующей стороны (гражданина или юридического лица)[10].

Вторым основанием, указанным в комментируемом подпункте, является недействительность арбитражного соглашения. Видится, что недействительностью в расширительном толковании следует понимать именно последствие в виде отсутствия согласия сторон на арбитраж.

Вопрос действительности арбитражного соглашения, как и любого другого договора, должен решаться по праву, применимому к нему[11].

На практике выбор сторонами права, применимого именно к арбитражному соглашению, в отличие от права, применимого к основному договору, встречается довольно редко. Некоторые комментаторы предлагают соглашение о выборе применимого к договору права распространять также на арбитражное соглашение[12]. В нескольких делах российские суды также придерживались этого под-

---

[9] Подпункт (а) пункта. 1 статьи IX Европейской конвенции.

[10] На это, в частности, указано в подпункте (а) пункта 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции и пункта 2 статьи VI Европейской конвенции.

[11] В соответствии с подпунктом (а) пункта 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции и подпункта (а) пункта 1 статьи IX Европейской конвенции вопрос о действительности арбитражного соглашения должен решаться в соответствии с правом, которому стороны подчинили арбитражное соглашение или (в отсутствие такого выбора) с правом места вынесения арбитражного решения.

[12] См., например: *Lew Julian*, The law applicable to the form and substance of the arbitration clause' (1999) 9 ICCA Congress Series P. 143; *Derains Yves*, The ICC arbitral process, Part VIII: Choice of law applicable to the contract and international arbitration (2006) 6 ICC International Court of Arbitration Bulletin 10, P. 16–17; *Nigel Blackaby N., Constantine Partasides C.*, et al., Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition), 6th edition; Oxford University Press 2015, para 3.12.

хода[13]. Тем не менее, в силу принципа автономности арбитражного соглашения при отсутствии прямого выбора права, подлежащего применению к арбитражному соглашению, к нему должно применяться право места арбитража[14]. Таким образом, положение «а при отсутствии такого указания- по закону Российской Федерации» на практике может применяться крайне редко, поскольку в случае вынесенного арбитражного решения право, применимое к арбитражному соглашению, определено либо сторонами, либо составом арбитража (арбитражным учреждением) посредством определения места арбитража.

Арбитражное соглашение может быть недействительным в силу несоблюдения требований к форме его заключения. При этом вопрос о том, какие требование должны быть удовлетворены для того, чтобы письменная форма считалась соблюденной, решается на основании *lex arbitri*[15].

Как и любой договор, арбитражное соглашение может быть признано недействительным по общим основаниям, предусмотренным применимым гражданским законодательством[16]. Однако в силу принципа автономности арбитражного соглашения[17] необходимо, чтобы основание недействительности затрагивало именно арбитражное со-

---

[13] См., например: Постановление ФАС Московского округа от 18.01.2010 № КГ-А40/14211-09 по делу № А40-59802/09-97-533; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 23.09.2005 по делу № А21-2499/03-С1; Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 04.06.2010 по делу № А45-13290/2009.

[14] См., например: Карабельников Б.Р., Международный коммерческий арбитраж. Учебник, 2-е изд., М. 2013. С. 119; Костин А.А. Вопросы определения права, применимого к арбитражному соглашению, в практике стран континентальной Европы и английских судов // Закон. 2014. N 1. С. 148. Этот подход также поддерживается российскими судами в ряде дел. См., например: Определение ВС РФ от 13.04.2001 № 5-Г01-35, Определение ВАС РФ от 30.06.2009 № ВАС-5604/09 по делу № А57-8082/2008-116.

[15] Так в силу пункта 1 статьи 1 Закона о МКА, статья 7 (а, следовательно, и условия соблюдения письменной формы) применяется только в том случае, если местом арбитража является Россия. В случае, если место арбитража за границей, российский суд при применении статьи 7 Закона о МКА должен будет руководствоваться правилами о соблюдении письменной формы по законам в месте арбитража.

[16] Определение ВС РФ от 07.10.2014 № 308-ЭС14-177 по делу № А63-1982/2013.

[17] См. подробнее комментарий к статье 16 Закона о МКА.

© RAA

глашение[18]. Например, заключение основного договора с нарушением порядка его одобрения как крупной сделки не будет приводить к недействительности арбитражного соглашения, поскольку оно само по себе крупной сделкой являться не может[19].

В практике российских судов арбитражные соглашения признавались недействительными в случае неарбитрабильности предмета спора[20], несоответствия выбранного арбитражного учреждения признакам объективной беспристрастности[21], отсутствия надлежащих полномочий у подписанта[22], подделки подписи на договоре, содержавшем арбитражное соглашение[23], неточного наименования арбитражного учреждения[24], нарушения равенства сторон

---

[18] Соответственно, речь будет идти, прежде всего, об отсутствии полномочий или пороках воли. Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж. Учебник, 2-е изд., М. 2013. С. 125.

[19] Постановление ФАС Северо-Западного округа от 20.04.2006 № Ф04-1614/2006 (21058-А70-12) по делу № А70-3077/12-2005. См. также Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж. Учебник, 2-е изд., М. 2013. С. 120.

[20] См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 11.02.2014 № 11059/13 по делу № А26-9592/2012; Постановление Президиума ВАС РФ от 28.01.2014 N 11535/13 по делу № А40-148581/12, А40-160147/12. Однако этот подход критикуется специалистами (см.: Кораблева Е.А., Соотношение действительности арбитражного соглашения и арбитрабильности предмета спора // Вестник международного коммерческого арбитража № 1, 2011. С. 84; статья в Вестнике МКА, Карабельников Б.Р., Указ. соч. С. 138).

[21] См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 28.06.2011 № 1308/11 по делу № А40-15962/10-104-120; Определение ВАС РФ от 19.11.2012 № ВАС-14610/12 по делу № А40-78556/11-68-671; Постановление Президиума ВАС РФ от 09.07.2013 № 18412/12 по делу № А73-5201/2011; от 13.11.2012 № 8141/12 по делу № А45-15248/2011; Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 21.04.2014 по делу № А63-1982/2013. Как представляется, после принятия КС РФ Постановления от 18.11.2014 № 30-П это основание недействительности арбитражного соглашения должно утратить свою актуальность.

[22] Определение ВС РФ от 14.06.2016 № 302-ЭС16-5416 по делу № А19-6703/2015; Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 29.03.2013 по делу N А81-890/2012; Определение ВАС РФ от 31.07.2013 № ВАС-5092/13 по делу № А81-890/2012.

[23] Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 10.02.2016 по делу № А19-6703/2015.

[24] Постановление Президиума ВАС РФ от 01.11. 2011 № 7605/11 по делу № А14-9469/2010-317/31.

ассиметричной арбитражной оговоркой[25], противоречия арбитражного соглашения императивной норме закона[26].

2.1.3. К числу серьезных процессуальных нарушений, которые могут стать основанием для отмены арбитражного решения[27], отнесены:

(i) ненадлежащее уведомление стороны, против которой вынесено решение, о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, в том числе, о времени и месте проведения устного слушания[28], или

(ii) невозможность для нее по другим уважительным причинам представить свои объяснения.

Текстуально указанные основания разделены союзом «или», что дает формальный повод для признания их самостоятельными основаниями для отмены вынесенного арбитражного решения. Однако объединение ненадлежащего уведомления и невозможности представить свои пояснения в одну группу не случайно и по существу тесно взаимосвязано[29].

Для целей арбитража надлежащее уведомление необходимо для того, чтобы предоставить каждой стороне возможность полноценно участвовать в процедуре третей-

---

[25] Постановление ФАС Центрального округа от 03.07.2014 по делу № А62-949/2014.

[26] Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 17.02.2016 по делу № А56-9227/2015.

[27] «*она не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, в том числе о времени и месте заседания третейского суда, или по другим уважительным причинам не могла представить свои объяснения*».

[28] В прежней редакции комментируемой статьи указание на «время и место заседания третейского суда» и «уважительность» причины непредставления пояснений отсутствовало (отсутствует такое указание и в части 1 (b) статьи V Нью-Йоркской конвенции, части 1 (b) статьи IX Европейской конвенции, подпункте a (ii) пункта 2 статьи 34, подпункте a (ii) пункта 1 статьи 36 Типового закона ЮНСИТРАЛ). Тем не менее, учитывая выработанное доктриной и правоприменительной практикой толкование, можно говорить о том, что по существу подход не изменился.

[29] Для целей демонстрации единообразного подхода примеры из доктрины и практики использованы без разграничения того, относятся ли они к основаниям отмены арбитражного решения, либо к отказу в его признании или приведении в исполнение, в том числе в выдаче исполнительного листа.

© RAA

ского разбирательства (включая возможность участия в формировании состава арбитража) и обосновать свою позицию (в том числе, посредством подготовки письменных пояснений, представления доказательств, включая вызов свидетелей и экспертов, участия в слушаниях).

Надлежащее уведомление стороны позволяет гарантировать проведение справедливого разбирательства, построенного на таких принципах арбитража, как состязательность, равное отношение к сторонам и возможность представить свою позицию[30]. Поэтому недостаточно просто уведомить сторону об арбитражном разбирательстве, необходимо сделать это заблаговременно с тем[31], чтобы после получения такого уведомления сторона имела разумную возможность представить свою позицию[32].

Бремя доказывания данного основания для отмены арбитражного решения лежит на стороне, которая на него ссылается. Поэтому такая сторона должна представить доказательства либо отсутствия надлежащего уведомления, либо невозможности представить свою позицию.

Поскольку отсутствие обстоятельства сложно доказывать, то стороне, заявляющей об отсутствии надлежащего уведомления, достаточно сослаться на то, что она не полу-

---

[30] См., например, статью 18 Закона о МКА.

[31] Например, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 20.01.2009 N 10613/08 по делу N А40-31695/07-13-318 указано: *«При оценке факта уведомления, состоящего из нескольких документов, направленных в разное время, необходимо установить, насколько заблаговременно были сообщены стороне третейского разбирательства те конкретные сведения, на несвоевременность получения которых она ссылается как на основание своего заявления о недолжном уведомлении и невозможности ввиду этого представить свои аргументы»*.

[32] Например, в пункте 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22.12.2005 N 96 подчеркнуто, что при рассмотрении вопроса об извещении стороны, против которой принято решение, проверяется, не была ли она лишена возможности защиты в связи с отсутствием фактического и своевременного извещения о времени и месте рассмотрения дела. В пункте 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 N 156 специально указано на то, что оценка нарушения порядка извещения стороны о времени и месте рассмотрения дела осуществляется на предмет того, повлекло ли это невозможность представления ею своих объяснений. См. также Карабельников Б.Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2008. 606 с. Главы 3,4 // СПС Консультант плюс.

чала соответствующего уведомления. После этого бремя доказывания переходит на другую сторону, которая должна доказать обратное.

Доказательствами того, что сторона была уведомлена надлежаще, могут быть как документы, фиксирующие получение или попытку доставки сообщения[33], так и иные документы (например, заявления, представленные стороной в арбитраже, электронная переписка, само арбитражное решение, если в нем описан процесс надлежащего уведомления и прочее)[34]. При этом суд должен будет оценить аргументы, опираясь на критерии должного уведомления, которые установлены для конкретного арбитражного разбирательства (а не для государственного судопроизводства[35]), в том числе в арбитражном соглашении (как прямо, так и косвенно путем отсылки к регламенту) или законодательстве об арбитраже, и оценить фактическую ситуацию в комплексе[36].

В случае, если сторона заявляет о том, что она не имела разумной возможности представить свою позицию, она должна представить доказательства того, что фактически объем извещения или его срок не позволил ей воспользоваться разумной возможностью представить арбитражу объяснения в защиту своей позиции[37]. Тем не менее, если процессуальный график был согласован сторонами, то

[33] См. пункт 1 статьи 3 Закона о МКА.

[34] Например, в одном из дел совершенно обоснованно было указано на то, что уведомление не обязательно должно выглядеть как единый документ и может состоять из нескольких взаимодополняющих друг друга документов, направляемых по мере согласования, в том числе с участием сторон, деталей относительно места арбитражного разбирательства и места слушания, включая конкретный адрес проведения заседаний (Постановление Президиума ВАС РФ от 20.01.2009 N 10613/08 по делу N А40-31695/07-13-318).

[35] См. пункт 2 статьи 3 Закона о МКА.

[36] См. Определение ВС РФ от 22.10.2015 N 310-ЭС15-4266 по делу N А36-5174/2013.

[37] Например, в одном из дел суд, оценивая в совокупности все доказательства, представленные как в устной, так и в письменной форме, в целях правовой определенности сделал вывод о наличии фактической возможности представления ответчиком своих объяснений арбитражу, опираясь на то, что ответчик назначил по делу представителя, который получал уведомления по делу, а также участвовал в арбитражном разбирательстве (пункт 23 Информационного письма N 96, Постановление Президиума ВАС РФ от 22.02.2005 N 14548/04 по делу N А40-47341/03-25-179).

© RAA

впоследствии сторона не вправе ссылаться на то, что предоставленный ей срок в соответствии с таким графиком лишил ее разумной возможности представить позицию.

В этой связи важно учитывать, что гарантия извещения стороны арбитража не может рассматриваться в отрыве от обязанности любой стороны спора действовать разумно и осмотрительно[38], включая принятие необходимых и достаточных мер для получения корреспонденции. Подобный подход позволяет исключить или, по крайней мере, минимизировать злоупотребления со стороны недобросовестных участников процесса, которые, уклоняясь от получения корреспонденции, могли бы парализовать само разбирательство в коммерческом арбитраже, несмотря на свое согласие участвовать в нем, выраженное в арбитражной оговорке/ арбитражном соглашении[39]. При этом суд

[38] Например, в одном из дел вывод о своевременности извещения ответчика был обоснован следующим: *«все извещения направлялись ответчику заблаговременно и были доставлены ответчику минимум за две недели до разбирательства, данный срок признается международным стандартом своевременности извещения. При этом следует учитывать, что ответчик знал о начале процедуры в международном коммерческом арбитраже более чем за один год до проведения устных слушаний и, действуя разумно и осмотрительно, имел возможность подготовить свою позицию по существу спора. Между тем ответчик не являлся в заседания арбитража, не выполнял требования арбитражной процедуры по формированию состава арбитража, выбору арбитров, что также свидетельствует о его недобросовестности как лица, избравшего арбитражную форму разрешения споров, знавшего о начале разбирательства в арбитраже и об особенностях арбитражной процедуры»* (Определение ВС РФ от 30.12.2015 по делу N 302-ЭС15-11092, А33-25043/2014).

[39] Как указано в постановлении Президиума ВАС РФ от 31.03.2009 N 17412/08 *«Действия участника третейского процесса, не предпринявшего должных мер по получению корреспонденции по сообщенным им адресам и ссылающегося впоследствии на собственную неосмотрительность в доказательство нарушения его права, не могут быть признаны отвечающими принципу добросовестности. Такое истолкование закона… по мотиву неполучения участником третейского процесса корреспонденции по указанным им собственным адресам, может поставить под угрозу существование самого института третейского разбирательства ввиду наличия высокого риска опровержения его результата по формальным основаниям».* Развивая указанные идеи, ВС РФ в Определении от 30.12.2015 по делу N 302-ЭС15-11092, А33-25043/2014 в обоснование вывода о надлежащем извещении стороны арбитража указал на следующее: *«Сторона арбитражного соглашения, действуя разумно и осмотрительно, не может не осознавать, что в соответствующих случаях возможно начало процедуры арбитражного (третейского) разбирательства. Указывая в договоре, содержащем арбитражное соглашение, и в коммерческой докумен-*

должен оценить поведение стороны, ссылающейся на данную причину в качестве основания для отмены решения, и установить, были ли ею совершены все разумные действия, которые были необходимы для участия в конкретном разбирательстве[40], в том числе, действия, предусмотренные соответствующими арбитражными правилами или согласованные сторонами[41]. Поэтому фактическое неучастие в арбитражном разбирательстве стороны, уведомленной надлежащим образом, не должно рассматриваться как невозможность представления позиции[42].

В случае, если сторона не была надлежащим образом уведомлена об арбитражном разбирательстве или не име-

---

тации по его исполнению, свои адреса места нахождения, сторона договора должна осознавать, что именно по этим адресам в случае начала арбитражной (третейской) процедуры будет направляться корреспонденция международным коммерческим арбитражем. Учитывая это, сторона договора для реализации своих прав должна предпринять необходимые и достаточные меры для получения предназначенной ей корреспонденции по указанным ею адресам. В противном случае все риски, связанные с неполучением или несвоевременным получением корреспонденции, возлагаются на ее получателя».

[40] См., например, постановление Президиума ВАС РФ от 20.01.2009 N 10613/08 по делу N А40-31695/07-13-318. В данном деле в ходатайстве было отказано из-за того, что сторона не предприняла должных действий, которые сама полагала необходимыми для ведения третейского разбирательства, чем нарушила требования статьи 14.2 Арбитражного Регламента LCIA.

[41] Заявление стороны о ненадлежащем уведомлении или невозможности представить свою позицию может являться видом недобросовестной тактики, когда сторона намеренно отказывается от участия в деле в той или иной форме, например, уклоняется от назначения арбитра, представления письменной позиции, участия в слушаниях, а равно допускает просрочки и иным образом препятствует эффективному и быстрому рассмотрению спора, см. также: Зыков Р.О. Международный арбитраж в Швеции: право и практика. М.: Статут, 2014. 285 с. Глава 11 (11.9) // СПС Консультант плюс.

[42] Неслучайно законодательство и многие арбитражные регламенты предусматривают специальные правила, когда неявка стороны либо непредставление ею своей позиции и/или подтверждающих ее доказательств не препятствует ведению арбитражного разбирательства и вынесению решения на основе имеющихся доказательств при условии предоставления стороне всех возможностей для изложения своей позиции по делу и защиты своих интересов, в том числе посредством надлежащего уведомления, см., например: статью 25 Закона о МКА, пункт 1 статьи 28 Закона об арбитраже, статью 25 Типового закона ЮНСИТРАЛ, статью 30 Арбитражного Регламента ЮНСИТРАЛ, статья 35 (2) Арбитражного Регламента SCC (2017), статья 26 (2) Арбитражного Регламента ICC пункт 2 §20, пункт 4 §30 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС (2017).

© RAA

ла разумной возможности представить свою позицию, суд, в который подано заявление об отмене такого решения, вправе приостановить разбирательство с тем, чтобы предоставить составу арбитражу возможность устранения оснований для отмены арбитражного решения[43].

2.1.4. Комментируемое положение[44] в целом основано на тексте подпункта (с) пункта 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции, подпункте (с) пункта 1 статьи IX Европейской конвенции и Типовом законе ЮНСИТРАЛ. В рамках арбитражной реформы в комментируемое положение были внесены только редакционные изменения.

Комментируемый пункт подлежит применению в делах, когда решение выносится по спору, не попадающему в объем арбитражной оговорки. Такая ситуация может возникнуть, например, когда арбитражная оговорка сформулирована узко[45]. Аналогичные сложности могут возникнуть со стандартными в целом оговорками, в которых добавляется исключение каких-то категорий споров из компетенции арбитража[46].

Тем не менее, на практике большинство попыток оспорить арбитражное решение или воспрепятствовать его приведению в исполнение по данному основанию оказываются неудачными[47]. В большинстве случаев это связано

---

[43] В соответствии с пунктом 4 статьи 34 Закона о МКА.

[44] «*...арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением либо не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения. Если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением...*».

[45] Так, в одном из дел суды признали, что арбитражная оговорка, касающаяся споров «*по интерпретации условий этого соглашения или по ответственности сторон*», не охватывает спор о признании меморандума незаключенным, см, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 21.06.2003 по делу № А05-7905/01-515/23, в котором суд отметил, что арбитражная оговорка, содержащаяся в договоре, не охватывала споры о недействительности меморандума (самостоятельного, хотя и связанного с договором документа).

[46] См.: Постановление ФАС Московского округа от 20.06.2013 по делу № А40-10372/13-29-103.

[47] См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 14.06.2011 N 1787/11 по делу N А40-4113/10-25-33; Постановление Президиума ВАС РФ от

как раз с тем, что стороны в большинстве случаев широко формулируют арбитражную оговорку, распространяя ее на максимально широкий круг споров[48].

В практике российских судов данное основание иногда также применялось в ситуации, когда арбитражные решения принимались в отношении прав и обязанностей третьих лиц, не являвшихся сторонами арбитражного соглашения[49].

Данное основание также применяется, когда состав арбитража распространяет действие арбитражного соглашения, содержащегося в одном договоре на спор из другого договора[50].

Комментируемый пункт предусматривает возможность оставления в силе части решения, которое охватывалось арбитражным соглашением, если эту часть можно отделить от решений по вопросам, которые не охватывались арбитражным соглашением[51].

22.09.2009 N 5604/09 по делу N А57-8082/2008-116; Определение ВС РФ от 02.04.2002 N 5-Г02-23.

[48] Карабельников Б.Р., Указ соч. С. 336. См. также: Определение ВС РФ от 18.02.2002 N 78-Г02-1.

[49] Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 28.08.2015 по делу N А56-5847/2015; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 29.11.2013 по делу N А56-70008/2012; Постановление ФАС Уральского округа от 12.10.2005 N Ф09-2110/05-С6 по делу N А71-8/05. В данных решениях составы арбитража принимали решение против лица, не являющегося стороной оговорки, признавая его солидарным должником по обязательству. Российские суды отменяли решения или отказывали в их исполнении со ссылкой на то, что состав арбитража вышел за пределы арбитражных соглашений. От таких ситуаций нужно отличать случаи, когда состав арбитража для целей разрешения спора оценивает взаимоотношения сторон по спору с третьими лицами (например, с субподрядчиком или банком, выдавшим гарантию), однако не выносит решения, обязательные для таких третьих лиц, не являющихся сторонами спора и арбитражной оговорки. В подобных случаях нельзя говорить о выходе состава арбитража за пределы арбитражного соглашения.

[50] Постановление ВАС РФ от 05.11.2013 N 1123/13 по делу № А40-35039/11-8-304; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 17.02.2016 № Ф04-104/2016 по делу № А75-10690/2015; Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 25.05.2006 по делу N А82-10555/2005-2-2; Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 01.03.2001 N 07-20.

[51] Однако провести такое разделение на практике довольно сложно. Например, это невозможно сделать, когда решение принято в отношении нескольких солидарных должников, на одного из которых арбитражное соглашение не распространяется, См., например: Постановление Арбитражного суда Северо-За-

© RAA

В рамках арбитражной реформы в процессуальное законодательство было внесено изменение, позволяющее судам по ходатайству стороны арбитражного разбирательства приостановить производство по рассмотрению заявления об отмене арбитражного решения, чтобы предоставить возможность составу арбитража исправить допущенные нарушения[52], в том числе и выхода состава арбитража за пределы арбитражного соглашения.

2.1.5 Комментируемое положение подлежит применению в двух случаях – когда состав арбитража или арбитражная процедура:

(i) не соответствовала соглашению сторон; или

(ii) не соответствовала закону страны, где имело место третейское разбирательство.

При этом в первом случае речь идет об арбитражном соглашении в широком смысле (т.е. и о регламенте, если стороны договорились о его применении).

Текст комментируемого положения Закона о МКА[53] был изменен по сравнению с его предыдущей редакцией[54]. Ранее суд мог исследовать вопрос о соответствии состава арбитража либо арбитражной процедуры требованиям закона только в отсутствие действительного соглашения сторон. В текущей же редакции комментируемое положение может толковаться таким образом, что вне зависимости от наличия соглашения сторон относительно состава арбитража либо арбитражной процедуры суд может исследовать вопрос об их соответствии диспозитивным требованиям федерального закона (то есть, прежде всего, Закона о МКА и Закона об арбитраже), которые не были изменены соглашением сторон. При выявлении та-

---

западного округа от 28.08.2015 по делу N А56-5847/2015; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 29.11.2013 по делу N А56-70008/2012.

[52] Часть 5 статьи 232 АПК РФ и часть 5 статьи 420 ГПК РФ.

[53] *«…состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или федеральному закону…».*

[54] Ранее действовавшая редакция данной нормы гласила: *«…состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон, если только такое соглашение не противоречит любому положению настоящего Закона, от которого стороны не могут отступать, либо в отсутствие такого соглашения не соответствовали настоящему Закону…».*

кого несоответствия даже в том случае, если порядок формирования состава арбитража или арбитражной процедуры, *согласованный сторонами*, был соблюден, суд сможет отменить арбитражное решение, если не установит, что стороны своим поведением согласились отойти от такого диспозитивного требования.

В качестве примеров *несоответствия состава арбитража соглашению сторон или требованиям федерального закона* можно привести несоответствие арбитра требованиям к квалификации, образованию или возрасту, установленным в арбитражном соглашении или в применимом законодательстве[55]; избрание и/или назначение арбитров в нарушение процедуры формирования состава арбитража[56], установленной соглашением сторон (или применимыми правилами арбитража, ссылка на которые содержится в таком соглашении) или национальным законодательством; прекращение полномочий арбитра или его замена без соблюдения согласованной сторонами процедуры или положений применимого законодательства.

Примерами нарушений арбитражной процедуры можно считать несоблюдение составом арбитража срока для вынесения арбитражного решения, установленного в арбитражном соглашении; рассмотрение дела в большем количестве устных слушаний, чем предусмотрено арбитражным соглашением; рассмотрение дела без устных слушаний (т.е. только на основании документов) в отсутствие соглашения сторон, если одна из сторон настаивала на проведении устных слушаний; несоответствие арбитражного решения требованиям относительно его содержания, предусмотренным соглашением сторон или применимым законодательством; нарушения, связанные с

[55] См. пункт 25 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 96 относительно сходных оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения состава арбитража.

[56] См., например, Апелляционное определение Московского городского суда от 14.09.2016 по делу № 33-29075/2016 относительно сходных оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения.

© RAA

неправильным выбором типа акта, которым завершается арбитраж (решение или постановление)[57] и т.п.[58]

При наличии оснований утверждать, что арбитр или арбитры, вынесшие арбитражное решение, не отвечали требованиям независимости и/или беспристрастности, довод о необходимости отказа в признании и исполнении арбитражного решения на основании комментируемого положения нередко дополняется или заменяется требованием, основанным на нарушении публичного порядка[59]. Вместе с тем в судебной практике сформулирован запрет на подмену специальных оснований для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения (например, установленных комментируемым положением) ссылкой на оговорку о публичном порядке[60].

Следует отметить, что *несоответствие процедуры арбитражного разбирательства соглашению сторон или федеральному закону* необходимо отграничивать от другого основания для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения (сторона не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения[61]). Так, если в результате нарушения согласованной сторонами или предусмотренной применимым законом арбитражной процедуры сторона не имела возможности представить свои объяснения, суд должен применять основание для отказа в признании арбитражного решения, соответствующее абзацу 3 пункта 1 части 2 статьи 34 Закона о МКА. В случаях же, когда отклонение от установленной процедуры привело

[57] См., например, Постановление ФАС Московского округа от 18.09.2008 № КГ-А40/8586-08 по делу № А40-27465/08-50-207 относительно сходных оснований для отмены арбитражного решения.

[58] См., например, Определение ВС РФ от 23.03.2001 № 5-Г01-33, в котором суд усмотрел нарушение арбитражной процедуры в том, что при рассмотрении дела истец после прекращения устных слушаний подал заявление об изменении искового требования, которое не было передано ответчику.

[59] Пункт 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156 "Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений".

[60] Пункт 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02. 2013 № 156.

[61] Абзац 3 пункта 1 части 2 статьи 34 Закона о МКА.

к иным нарушениям прав сторон арбитражного разбирательства, должна применяться комментируемая норма.

При этом комментируемая норма не предполагает отмены арбитражного решения в случае любого, даже самого незначительного отклонения арбитражной процедуры от соглашения сторон или федерального закона. Данное основание применяется только в том случае, если допущенное нарушение привело к существенному нарушению прав одной из сторон[62]. Кроме того, данное основание не должно применяться, если сторона арбитражного разбирательства своевременно не заявила о нарушении[63].

2.2.1. Комментируемая норма[64] прямо указывает на то, что основания, указанные в подпункте 2) пункта 2 статьи 34 Закона МКА применяются судом *ex officio*, то есть вне зависимости от того, ссылается ли какая-либо из сторон на данное основание для отмены арбитражного решения.

2.2.2. Одним из оснований для отмены арбитражного решения по собственной инициативе суда является неарбитрабильность спора[65].

---

[62] В литературе отмечается, что «*нарушение по своему характеру должно быть настолько существенным, чтобы в его результате был искажен нормальный ход третейского разбирательства, повлекший ущемление права на справедливое рассмотрение спора*», см. комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Андреева Т. К., Загайнова С. К., Закарлюка А. В. и др.; под ред. Крашенинникова П. В. М.: Статут, 2007. // СПС Консультант Плюс.

[63] Так, в одном из дел сторона, против которой было вынесено решение МКАС, просила отменить это решение, в том числе, поскольку, по ее мнению, Президиум МКАС незаконно назначил запасного арбитра. Суды отказали в отмене решения и постановили выдать исполнительный лист на его принудительное исполнение, в том числе, на том основании, что *«После окончания формирования состава арбитража, где место одного из арбитров занял выбранный Президиумом МКАС запасной арбитр […], в ходе арбитражного разбирательства ни от одной из сторон, участвующей в деле, […] не поступало заявлений об отводе арбитров. В силу данных обстоятельств, суд пришел к выводу, что на момент рассмотрения данного дела в МКАС у [заявителя] не возникло сомнений относительно соответствия процедуры формирования состава арбитража, положениям Регламента МКАС и впервые оно возникло уже после вынесения решения арбитрами»*, см. Постановление ФАС Московского округа от 18.04.2012 по делу № А40-98213/10-141-816, А40-94450/10-8-850.

[64] *«Арбитражное решение может быть отменено компетентным судом…».*

[65] «*…объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с федеральным законом…*». Более подробно о понятии

© RAA

До принятия Закона о внесении изменений в законодательство о третейских судах, регулирование вопроса арбитрабильности отдельных видов споров было недостаточным, что влекло за собой возникновение разнородной судебной практики относительно возможности передачи того или иного спора на разрешение в арбитраж, а некоторые категории споров признавались неарбитрабильными исключительно путем судебного толкования[66].

Часть 6 статьи 4 АПК РФ определяет, что в арбитраж могут быть переданы споры, возникающие из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом. Аналогичным образом вопрос арбитрабильности регулирует часть 3 статьи 3 ГПК РФ.

Поскольку законодатель допускает возможность передачи в арбитраж только споры, возникающие из гражданско-правовых отношений, следовательно, все споры из публичных правоотношений не являются арбитрабильными.

Новая редакция статьи 33 АПК РФ и статья 22.1. ГПК РФ содержат перечень споров, которые *не могут* быть переданы на рассмотрение в арбитраж.

Необходимо обратить внимание, что данный перечень споров не является закрытым и федеральным законом данный перечень может быть дополнен[67].

Отдельно необходимо обратить внимание на последствия реформы на текущие арбитражные разбирательства и ранее заключенные арбитражные оговорки. Так, третейское разбирательство, начатое до дня вступления в силу Закона с соблюдением правил подведомственности, действовавших ранее, должно быть продолжено, даже если правила подведомственности были изменены. Решения, вынесенные

арбитрабильности см: Николюкин С.В. Арбитражные соглашения и компетенция международного коммерческого арбитража. Проблемы теории и практики. М., 2009. //СПС Консультант плюс.

[66] Наиболее ярким и дискуссионным примером выступает проблематика арбитрабильности споров из государственных контрактов, запрет на передачу которых в третейский суд был впервые сформулирован ВАС РФ по делу компании «Арбат-Строй», см Постановление Президиума ВАС РФ № 11535/13 от 28.01.2014.

[67] В силу пункта 8 части 2 статьи 33 АПК РФ и пункта 10 части 2 статьи 22.1. ГПК РФ.

по таким делам, не подлежат отмене или отказу в принудительном исполнении, если в соответствии с правилами подведомственности, действовавшими на дату начала третейского разбирательства, спор считался подлежащим разрешению в порядке третейского разбирательства[68].

Арбитражные соглашения, заключенные ранее, сохраняют свою силу, за исключением случаев, прямо установленных законом[69].

2.2.3. Юридическим первоисточником комментируемого положения[70] является норма подпункта “b” части 2 Статьи V Нью-Йоркской конвенции, допускающая отказ в приведении в исполнение арбитражного решения из-за несоответствия публичному порядку суда страны, в которой испрашивается исполнение.

Вслед за Нью-Йоркской конвенцией национальные законодательства стран, присоединившихся к ней, повсеместно включили в свои законодательные акты, либо дословно, либо в качестве эквивалентных аналогичные понятия (например, «*ordre public*» или «*добрые нравы*», «*международный публичный порядок*» или «*принципы международного публичного порядка*» и др.). В случае, когда во внутреннем законодательстве об арбитраже не содержится прямого указания на «публичный порядок» (как, например, в США), многолетняя судебная практика стоит на страже этой категории, как в отношении внутренних, так и международных арбитражных решений[71].

В июне 1985 года, накануне принятия Типового закона ЮНСИТРАЛ, среди делегатов конференции велись дискуссии по поводу того, следует ли вообще оставлять в тексте закона положение о публичном порядке. За необходимость сохранения нормы в том виде, котором она существует сейчас, выступили Италия, Япония, США, Советский Союз,

[68] В соответствии с пунктом 10 статьи 13 Закона о внесении изменений в законодательство о третейских судах.

[69] Часть 14 статьи 13 Закона о внесении изменений в законодательство о третейских судах.

[70] «*... арбитражное решение противоречит публичному порядку Российской Федерации*».

[71] Born G. International Commercial Arbitration (2nd edition), Kluwer Law International, 2014, c.3648-3649.

© RAA

ФРГ. Представитель Великобритании Лорд Мастилл поставил вопрос о том, должны ли включаться в понятие «публичного порядка» серьёзные процессуальные нарушения, из-за которых вопрос об *ordre public* чаще всего встаёт в судебной практике, а также предложил ввести в норму понятие «основополагающие принципы правосудия», известное странам общего права[72]. Против этого «расширения» возразили делегаты стран континентальной системы. В защиту понятия «*public policy*» как самодостаточного выступил представитель Советского Союза профессор Лебедев, который отметил, что «*публичный порядок*» зарекомендовал себя как работающая норма многих международных конвенций[73]. В итоге формулировку удалось сохранить в предложенном виде с комментарием о том, что термин «публичный порядок» охватывает случаи мошенничества, коррупции и другие серьёзные нарушения процедуры[74]. Делегаты также сошлись во мнении о том, что под «публичным порядком» могут подразумеваться только «фундаментальные принципы права, без различия на материальное и процессуальное право»[75].

Российский закон о МКА полностью воспринял формулировку Типового Закона ЮНСИТРАЛ.

Определённым этапом разработки отечественной доктрины стало принятие Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений».

Так, согласно данному документу под публичным порядком в целях применения нормы подпункта “b” пункта 2 статьи V Нью-Йоркской конвенции понимаются «*фундаментальные правовые начала (принципы), которые обладают высшей императивностью, универсальностью,*

[72] Англ. *natural justice*, Summary records for meetings on the UNCITRAL model law on international commercial arbitration, meetings 318th and 324th, Yearbook of the United Nations Commission of International Trade Law, 1985, Vol. XVI, P. 475, §§ 21, 41, 69.

[73] Там же, P. 475-476, § 30.

[74] Там же, P. 478, § 57.

[75] Там же, P. 452, § 56.

особой общественной и публичной значимостью, составляют основу построения экономической, политической правовой системы государства. К таким началам, в частности, относится запрет на совершение действий, прямо запрещённых сверхимперативными нормами законодательства Российской Федерации (статья 1192 ГК РФ), если этими действиями наносится ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагиваются интересы больших социальных групп, нарушаются конституционные права и свободы частных лиц».

В данном акте содержатся также важные положения, касающиеся: запрета на пересмотр решения по существу при исследовании вопроса о публичном порядке[76], защиты арбитража от коррупции/коммерческого подкупа[77], экстраординарного характера использования оговорки о публичном порядке[78], отсутствия нарушения публичного порядка на том лишь основании, что в российском праве отсутствуют нормы, аналогичные нормам применимого иностранного права[79], гарантии независимости и беспристрастности арбитров как часть публичного порядка[80].

Как и в случае с неарбитрабильностью спора, судья, рассматривающий вопрос об оспаривании арбитражного решения, проверяет его на предмет наличия нарушений «публичного порядка» *ex officio*, т.е. вне зависимости от заявления об этом какой-либо из сторон в процессе.

3. Часть 3 комментируемой статьи предусматривает, что заявление об отмене арбитражного решения может быть подано в течение трех месяцев с момента получения такого решения.

В случае, если подавалось заявление об исправлении или толковании решения, либо вынесении дополнительного решения, то срок исчисляется со дня вынесения составом арбитража решения по такой просьбе. Обращает на себя внимание, что в этом случае срок начинает исчисляться именно

[76] Пункт 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156.
[77] Пункт 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156.
[78] Пункт 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156.
[79] Пункт 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156.
[80] Пункты 11, 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156.

© RAA

со дня вынесения такого решения, а не с момента его получения. Более сокращенный срок в случае вынесения решения по исправлению ошибки, толкованию или вынесению дополнительного решения очевидно объясняется тем, что сторона в этом случае имеет достаточно времени для того, чтобы проанализировать возможные основания для обжалования решения, поскольку возможные исправления, толкование, либо дополнительное решение на практике ограничены в объеме.

Указанный в комментируемой норме срок является процессуальным по своей природе и, соответственно, не включает выходные и праздничные дни.

Данный срок также не является пресекательным и может быть восстановлен государственным арбитражным судом на основании соответствующего ходатайства о восстановлении пропущенного срока[81].

Лицо, не участвовавшее в третейском разбирательстве вправе подать заявление об отмене арбитражного решения в течение трех месяцев с момента, когда данное лицо узнало или должно было узнать о принятии оспариваемого решения.

4. Часть 4 комментируемой статьи является важной новеллой, направленной на поддержку института третейского разбирательства.

Так, некоторые нарушения, допущенные составом арбитража, которые могут являться формальным основанием для отмены его решения, могут быть устранены после приостановления арбитражным судом производства по оспариванию.

Введение нормы о возможности возобновления третейского разбирательства было направлено на соблюдение арбитражного соглашения сторонами, ограничение вмешательства государственного суда в разрешение спора, охваченного арбитражным соглашением. Ее введение позволит также сократить издержки сторон на повторное обращение в арбитраж.

[81] Определение ВАС РФ от 20.09.2010 № ВАС-12029/10 по делу № А56-79407/2009. Примечательно, что необходимость представления доказательств объективной невозможности подать заявление об отмене арбитражного решения лицом, не участвовавшим в третейском разбирательстве, нередко становилась препятствием для оспаривания арбитражных решений третьими лицами, см Определение ВС РФ от 02.02.2015 № 306-ЭС14-7555 по делу № А06-563/2014.

При этом следует учитывать следующее.

Во-первых, государственный суд вправе приостановить разбирательство по делу об отмене арбитражного решения не по всем основаниям. Это могут быть только устранимые «дефекты» арбитражного разбирательства или арбитражного решения, которые носят либо процессуальный характер (ненадлежащее уведомление стороны, невозможность представления объяснений, несоответствие состава арбитража или процедуры третейского разбирательства соглашению сторон), либо связаны с нарушением компетенции состава арбитража (вынесение арбитражного решения по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения). При наличии иных оснований для отмены арбитражного решения (например, нарушения арбитрабильности спора или противоречия решения публичному порядку, недействительность арбитражного соглашения) применение данной нормы и возобновление арбитражного разбирательства является невозможным.

Во-вторых, по смыслу комментируемой нормы предполагается, что государственный арбитражный суд при приостановлении разбирательства на основании данной статьи должен вначале установить наличие оснований для отмены арбитражного решения. В противном случае он не сможет четко сформулировать, какие именно «дефекты» третейского производства или арбитражного решения должны быть исправлены составом арбитража.

В-третьих, государственный арбитражный суд *вправе*, но не обязан приостановить производство. То есть, если суд сочтет в силу обстоятельств дела маловероятным устранение установленных дефектов, он не обязан приостанавливать производство.

В-четвертых, решение о приостановлении принимается по ходатайству стороны, но не по собственной инициативе суда.

В-пятых, возможность для состава арбитража устранить допущенные нарушения ограничена сроком в три месяца, на который государственный арбитражный суд вправе приостановить производство по заявлению об отмене арбитражного решения.

© RAA

В случае, если по истечении срока приостановления состав арбитража не устранит нарушения, на которые ему укажет суд, последний вправе возобновить разбирательство и принять решение об отмене арбитражного решения. После возобновления разбирательства в государственном суде полномочия состава арбитража, которые возникают на основании комментируемой нормы, автоматически прекращаются, и любые вынесенные таким составом арбитража решения не будут иметь каких-либо юридических последствий.

Не менее важным являются вопросы о том, какие последствия приостановления производства в государственном суде возникают для третейского разбирательства.

Во-первых, автоматически возобновляются полномочия состава арбитража, которые прекратились после вынесения арбитражного решения.

Во-вторых, несмотря на то, что суд, приостанавливая производство об отмене арбитражного решения, делает выводы об имевших место нарушениях, само арбитражное решение не считается отмененным. Несмотря на это, состав арбитража вправе возобновить третейское разбирательство для того, чтобы устранить нарушения, на которые ему укажет государственный суд.

Таким образом, арбитражное решение, об отмене которого подано заявление, и в отношении которого государственный суд приостановил производство, уже не является окончательным, поскольку третейское разбирательство возобновляется по тому же спору и состав арбитража вправе его пересмотреть.

Если состав арбитража в срок, установленный судом, сможет устранить указанные судом недостатки, и суд сочтет устранение таких «дефектов» надлежащим, он должен отказать в удовлетворении заявления об отмене арбитражного решения[82].

[82] Если, конечно, не появятся иные основания для оспаривания.

Статья 35. Признание и приведение в исполнение арбитражного решения[1]

1. Арбитражное решение, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, признается обязательным и при подаче в компетентный суд письменного ходатайства проводится в исполнение с учетом положений статей 35 и 36, а также положений процессуального законодательства Российской Федерации.

2. Сторона, основывающаяся на арбитражном решении или ходатайствующая о приведении его в исполнение, должна представить должным образом заверенную копию арбитражного решения, подписанного арбитрами, а также документы, подтверждающие заключение арбитражного соглашения. Если арбитражное решение или соглашение изложено на иностранном языке, сторона должна представить должным образом заверенный перевод этих документов на русский язык.

3. В случае вынесения за пределами Российской Федерации арбитражного решения, не требующего приведения в исполнение, сторона, против которой вынесено указанное решение, имеет право заявить возражения против признания указанного решения в Российской Федерации по основаниям и процедуре, которые установлены процессуальным законодательством Российской Федерации.

1. Комментируемая статья призвана облегчить бремя доказывания существования действительного арбитражного решения для стороны, желающей получить признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения.

Первые два пункта комментируемой статьи практически идентичны положениям, закрепленным в статье IV Нью-Йоркской конвенции, и воплощают ключевые идеи, которые закладывались в Конвенции: признание иностранных арбитражных решений, а также установление единого международного и понятного стандарта доказывания их существования[2].

---

[1] Авторы комментария – А.Д. Зеленин, С.В. Гузей, А.С. Антонов.

[2] Born G. International Arbitration, Part III Arbitral Awards (Second edition), 2014, Kluwer Law International, P. 3395.

© RAA

После принятия Нью-Йоркской конвенции аналогичные нормы были включены в Типовой закон ЮНСИТРАЛ.

2. Нью-Йоркская конвенция требует от заявителя предоставить в национальный суд всего два документа для признания и приведения иностранного арбитражного решения в исполнение:

(i) Оригинал или заверенную копию арбитражного решения.

(ii) Оригинал или заверенную копию арбитражного соглашения.

В случае если язык данных документов отличается от официального языка страны, где осуществляется признание, то необходимо предоставить заверенный перевод документов.

Представление только этих документов стало общепризнанным стандартом доказывания существования арбитражного решения; страны, ратифицирующие Конвенцию, не могли уточнять и делать порядок более строгим, так как в Конвенции был закреплен принцип максимального упрощения и содействия в процессе признания арбитражных решений[3].

Какая-либо дополнительная проверка действительности арбитражного решения, либо арбитражной оговорки может быть инициирована только по заявлению второй стороны, в случае, если она противится признанию и приведению в исполнение арбитражного решения. В отсутствие такого возражения суды должны исходить из презумпции действительности указанных документов[4]. Данный подход практически единообразно был воспринят национальными судами по всему миру (например, в Сингапуре, Испании, Таиланде, Австрии и т.д.)[5].

Помимо указанных в статье 35 Закона о МКА документов, подателю заявления о признании и приведении арбитражного решения в исполнение необходимо помнить об общих требованиях процессуального законодательства. Так, статья 242 АПК РФ устанавливает, что к заявлению об отмене арбитражного решения необходимо приложить:

---

[3] Scherer, Article IV, in R. Wolff (ed.), New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Commentary, 2012, P. 223.

[4] Born G. International Arbitration, Part III Arbitral Awards (Second edition), 2014, Kluwer Law International, P. 3448-3449.

[5] Scherer, Article IV, in R. Wolff (ed.), New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Commentary, 2012, P. 223.

(i) Оригинал или заверенную копию иностранного арбитражного решения;

(ii) Оригинал или заверенную копию арбитражного соглашения;

(iii) Доверенность или иной документ, подтверждающие полномочия лица, подписавшего заявление в арбитражный суд;

(iv) Документ, подтверждающий направление должнику копии заявления о признании и приведении в исполнение арбитражного решения;

(v) Документ, подтверждающий оплату госпошлины.

Процессуальное законодательство также предъявляет некоторые требования к форме и содержанию самого заявления о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения[6].

В отношении требования к форме документов, необходимо обратить внимание не только на требование о переводе на русский язык, но и на особенности легализации документов, отраженные в процессуальном законодательстве. Так, например, в статье 255 АПК РФ установлено, что документы должны быть удостоверены по форме, соответствующей законодательству того государства, откуда исходят документы. Кроме того, перевод этих документов должен быть заверен в соответствии с законом РФ[7]. В соответствии со статьей 75 АПК РФ, легализации подлежат только официальные документы.

Так, в соответствии с позицией, изложенной в Постановлении Президиума ВАС РФ от 22.02.2005 № 14548/04 по делу № А40-47341/03-25-179, решение международного коммерческого арбитража не является официальным документом, следовательно, на него не распространяются нормы Гаагской конвенции, отменяющей требование легализации иностранных официальных документов. В то же время, если решение иностранного арбитража удостоверено иностранным нотариусом, то к этому документу применяются положения Гаагской конвенции, и он подлежит апостилированию.

---

[6] Статья 242 АПК РФ и статья 416 ГПК РФ.

[7] См. например статью 81 «Основы законодательства Российской Федерации о нотариате» (утв. ВС РФ 11.02.1993 № 4462-1) или статью 26 Федерального закона от 05.07.2010 № 154-ФЗ «Консульский устав Российской Федерации».

© RAA

Очевидно, что аналогичные правила применяются также и к арбитражному соглашению, ввиду того, что этот документ сам по себе не является официальным, а апостилированию он подлежит лишь в случае удостоверения его иностранным нотариусом.

Также согласно позиции ВАС РФ, доверенность от имени иностранного лица, выданная на территории иностранного государства, по общему правилу, не требует обязательного удостоверения в виде консульской легализации или проставления апостиля[8].

Таким образом, легализации подлежат только удостоверенные иностранным нотариусом решения и арбитражные соглашения, а также их копии, в противном случае требуется лишь перевод.

Перевод документов, составленных на иностранном языке, должен быть заверен нотариусом РФ, при этом нотариус свидетельствует подлинность подписи переводчика[9] без необходимости проставления апостиля или прохождения процедуры легализации.

Само же арбитражное решение должно быть подписано арбитрами (арбитром)[10] и представляется в виде удостоверенной надлежащим образом копии, такой, в частности может являться копия, удостоверенная нотариусом.

3. Пункт 3 комментируемой статьи регулирует вопросы признания решений, не требующих приведения в исполнение, и является новеллой российского законодательства.

Следует отметить, что международная практика, сформировавшаяся по применению Нью-Йоркской конвенции, не выделяет арбитражные решения, не требующие последующего исполнения, в особую категорию и не предусматривает для них специального порядка признания[11].

---

[8] Пункт 27 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 09.07.2013 № 158.

[9] Статья 81 Основ законодательства Российской Федерации о нотариате.

[10] Статья 34 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ; статья 36 Арбитражного Регламента VIAC; статья 26 Арбитражного Регламента LCIA.

[11] Born G. International Arbitration, Part III Arbitral Awards (Second edition), 2014, Kluwer Law International, P. 3432.

Тем не менее, законодательство многих стран исходит из того, что иностранные арбитражные решения, не требующие исполнения, должны признаваться автоматически.

В Указе Президиума ВС СССР от 21.06.1988 № 9131-XI «О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей», который действовал в отношении арбитражей до 1 сентября 2016 года[12], содержался аналогичный подход. Тем не менее, государственные арбитражные суды Российской Федерации достаточно скептически относились к решениям иностранных судов и арбитражей декларативного характера, которые не были бы подтверждены вступившими в законную силу определениями арбитражных судов РФ. Поэтому заинтересованным лицам приходилось инициировать процесс признания иностранного декларативного судебного акта для использования его на территории РФ[13]. В ходе реформы третейского законодательства в АПК РФ была введена процедура, которая, по сути, предусматривает автоматическое признание иностранных арбитражных решений, не требующих исполнения, при отсутствии возражений[14].

[12] См. пункт 9 Закона о внесении изменений в законодательство о третейских судах.

[13] См. например, дело № А40-51217/2011, где суд отказывался принимать декларативный Приказ Высокого суда Правосудия Северной Ирландии в рамках дела о банкротстве до момента его признания в рамках дела №А40-56571/2012.

[14] Статья 245.1 АПК РФ.

© RAA

Статья 36. Основания для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения[1]

1. В признании или приведении в исполнение арбитражного решения независимо от того, в какой стране оно было вынесено, может быть отказано в одном из следующих случаев:

1) по просьбе стороны, против которой оно направлено, если эта сторона представит компетентному суду, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, доказательства того, что:

– решение было вынесено на основании арбитражного соглашения, которое указано в статье 7 и одна из сторон которого была в какой-либо мере недееспособна, или

– арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания - по закону страны, где решение было вынесено, или

– сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, в том числе о времени и месте заседания третейского суда, или по другим уважительным причинам не могла представить свои объяснения, или

– решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением либо не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения. Если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, та часть арбитражного решения, в которой содержатся постановления по вопросам, охватываемым арби-

[1] Авторы комментария: пункт 1 подпункт 1) абзацы 1, 2 и 3 – А.А. Панов; пункт 1 подпункт 1) абзац 4 – Т.А. Терещенко; пункт 1 подпункт 1) абзац 5 – А.А. Панов; пункт 1 подпункт 1) абзац 6 – Ю.В. Попелышева (в части несоответствия состава арбитража), П.Ю. Булатов, М.Ф. Зенкова (в части несоответствия процедуры); пункт 1 подпункт 1) абзац 7 – С.А. Трещев, Н.А. Бейлин, В.О. Волгина, пункт 1 подпункт 2) абзацы 1 и 2 – А.Ю. Безбородов; пункт 1 подпункт 2) абзац 3 – Е.С. Ращевский; пункт 2 – А.Д. Зеленин, С.В. Гузей; пункт 3 – А.Ю. Безбородов.

© RAA

тражным соглашением, может быть признана и приведена в исполнение, или

– **состав третейского суда либо арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или закону той страны, где имело место третейское разбирательство, или**

– **решение, принятое на территории иностранного государства, еще не стало обязательным для сторон третейского разбирательства либо было отменено или приостановлено исполнение компетентной властью страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется;**

2) компетентный суд определит, что:

– **объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с федеральным законом или**

– **признание и приведение в исполнение арбитражного решения противоречат публичному порядку Российской Федерации.**

2. Если в суде, указанном в абзаце седьмом подпункта 1 пункта 1 настоящей статьи, заявлено ходатайство об отмене или о приостановлении исполнения арбитражного решения, вынесенного на территории иностранного государства, компетентный суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение арбитражного решения, если сочтет это надлежащим, может отложить вынесение своего решения и по ходатайству той стороны, которая просит о признании или приведении в исполнение арбитражного решения, может обязать другую сторону представить надлежащее обеспечение.

3. В приведении в исполнение арбитражного решения путем выдачи исполнительного листа может быть отказано по основаниям, установленным подпунктом 2 пункта 1 настоящей статьи, а также в случае, если сторона, против которой направлено решение, не ссылается на указанные основания.

1.1.1. Комментируемая норма в целом основана на тексте подпункта (а) пункта 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции,

© RAA

подпункта (а) пункта 1 статьи IX Европейской конвенции и Типовом законе ЮНСИТРАЛ. В рамках арбитражной реформы в комментируемое положение были внесены только редакционные изменения.

Подпункт 1) пункта 1 комментируемой статьи не только перечисляет основания для отмены вынесенного арбитражного решения, но и устанавливает важное правило о том, что бремя доказывания наличия данных оснований лежит на стороне, заявляющей о их наличии. Таким образом, суд не вправе проверить и применить наличие данных оснований по собственной инициативе, а также возлагать на заявителя обязанность по доказыванию отсутствия данных оснований.

1.1.2. Комментируемый пункт 2 указывает на такое основание для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения как недееспособность стороны договора.

С точки зрения российского права, термин «дееспособность» относится только к гражданам, в то время как в отношении юридических лиц закон говорит о «правоспособности»[3]. Именно таким термином оперирует Европейская конвенция[4]. Тем не менее на практике сложностей по причине не очень удачной терминологии не возникает.

В случае внутреннего третейского разбирательства вопрос о наличии у лица, подписавшего арбитражное соглашение необходимой правоспособности, решается по российскому праву. В случае международного арбитражного разбирательства, правоспособность его участников определяется не по праву, которому подчинено арбитражное соглашение, а по личному закону соответствующей стороны (гражданина или юридического лица)[5].

---

[2] «*...решение было вынесено на основании арбитражного соглашения, которое указано в статье 7 и одна из сторон которого была в какой-либо мере недееспособна».*

[3] Как отмечает Б.Р. Карабельников, правильнее поэтому было бы говорить не о «недееспособности», а о «дефекте правоспособности», Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж. Учебник, 2-е изд., М. 2013. С. 120 (сноска 134) и 324.

[4] Подпункт (а) пункта 1 статьи. IX Европейской конвенции.

[5] На это, в частности, указано в подпункте (а) пункта 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции и пункта 2 статьи VI Европейской конвенции.

1.1.3. Вторым основанием, указанным в комментируемом подпункте, является недействительность арбитражного соглашения. Представляется, что термин «недействительность» охватывает все случаи, когда арбитражное разбирательство не может проводиться в связи с «дефектами» арбитражного соглашения: то есть незаключенность, недействительность, утрата силы или невозможность исполнения.

Вопрос действительности арбитражного соглашения, как и любого другого договора, должен решаться по праву, применимому к нему[6].

На практике выбор сторонами права, применимого именно к арбитражному соглашению, в отличие от права, применимого к основному договору, встречается довольно редко. Некоторые комментаторы предлагают соглашение о выборе применимого к договору права распространять также на арбитражное соглашение[7]. В нескольких делах российские суды также придерживались этого подхода[8]. Тем не менее, в силу принципа автономности арбитражного соглашения при отсутствии прямого выбора права, подлежащего применению к арбитражному соглашению, к нему должно применяться право места арбитража[9].

---

[6] В соответствии с подпунктом (а) пункта 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции и подпункта (а) пункта 1 статьи IX Европейской конвенции вопрос о действительности арбитражного соглашения должен решаться в соответствии с правом, которому стороны подчинили арбитражное соглашение или (в отсутствие такого выбора) правом места вынесения арбитражного решения.

[7] См., например: *Lew Julian*, The law applicable to the form and substance of the arbitration clause' (1999) 9 ICCA Congress Series P. 143; *Derains Yves*, The ICC arbitral process, Part VIII: Choice of law applicable to the contract and international arbitration (2006) 6 ICC International Court of Arbitration Bulletin 10, P. 16–17; *Nigel Blackaby N. , Constantine Partasides C.* , et al., Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition), 6th edition; Oxford University Press 2015, para 3.12.

[8] См., например: Постановление ФАС Московского округа от 18.01. 2010. № КГ-А40/14211-09 по делу № А40-59802/09-97-533; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 23.09.2005 по делу № А21-2499/03-С1; Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 04.06.2010 по делу № А45-13290/2009.

[9] См., например: Карабельников Б.Р., Международный коммерческий арбитраж. Учебник, 2-е изд., М. 2013. С. 119; Костин А.А. Вопросы определения права, применимого к арбитражному соглашению, в практике стран континентальной Европы и английских судов // Закон. 2014. N 1. С. 148. Этот подход также поддерживается российскими судами в ряде дел. См., например: Определение ВС РФ от 13.04. 2001 № 5-Г01-35, Определение ВАС РФ от 30.06.2009 № ВАС-5604/09 по делу № А57-8082/2008-116.

© RAA

Арбитражное соглашение может быть недействительным в силу несоблюдения требований к форме его заключения. При этом вопрос о том, какие требование должны быть удовлетворены для того, чтобы письменная форма считалась соблюденной, решается на основании *lex arbitri*[10].

Как и любой договор, арбитражное соглашение может быть признано недействительным по общим основаниям, предусмотренным применимым гражданским законодательством[11]. Однако в силу принципа автономности арбитражного соглашения[12] необходимо, чтобы основание недействительности затрагивало именно арбитражное соглашение[13]. Например, заключение основного договора с нарушением порядка его одобрения как крупной сделки не будет приводить к недействительности арбитражного соглашения, поскольку оно само по себе крупной сделкой являться не может[14].

1.1.4. К числу серьезных процессуальных нарушений, которые могут являться основанием для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения[15], отнесены:

(i) ненадлежащее уведомление стороны, против которой вынесено решение, о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, в том числе и времени и месте заседания состава арбитража или

---

[10] Так в силу пункта 1 статьи 1 Закона о МКА, статья 7 (а, следовательно, и условия соблюдения письменной формы) применяется только в том случае, если местом арбитража является Россия. В случае, если место арбитража за границей, российский суд при применении статьи 7 Закона о МКА должен будет руководствоваться правилами о соблюдении письменной формы по законам в месте арбитража.

[11] Определение ВС РФ от 07.10.2014 № 308-ЭС14-177 по делу № А63-1982/2013.

[12] См. подробнее комментарий к статье 16 Закона о МКА.

[13] Соответственно, речь будет идти, прежде всего, об отсутствии полномочий или пороках воли Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж. Учебник, 2-е изд., М., 2013. С. 125.

[14] Постановление ФАС Северо-Западного округа от 20.04.2006 № Ф04-1614/2006 (21058-А70-12) по делу № А70-3077/12-2005. См. также Карабельников Б.Р. Международный коммерческий арбитраж. Учебник, 2-е изд., М., 2013. С. 120.

[15] *«…она не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, в том числе о времени и месте заседания третейского суда, или по другим уважительным причинам не могла представить свои объяснения…».*

(ii) невозможность для нее по другим уважительным причинам представить свои объяснения.

Текстуально указанные основания разделены союзом «или», что дает формальный повод для признания их самостоятельными основаниями для отказа в исполнении иностранного арбитражного решения. Однако объединение ненадлежащего уведомления и невозможности представить свои объяснения в одну группу не случайно и по существу тесно взаимосвязано[16].

Для целей арбитража надлежащее уведомление необходимо для того, чтобы предоставить каждой стороне возможность полноценно участвовать в процедуре третейского разбирательства (включая возможность участия в формировании состава арбитража) и обосновать свою позицию (в том числе посредством подготовки письменных пояснений, представления доказательств, включая вызов свидетелей и экспертов, участия в слушаниях).

Надлежащее уведомление стороны позволяет гарантировать проведение справедливого разбирательства, построенного на таких принципах арбитража, как состязательность, равное отношение к сторонам и возможность представить свою позицию[17]. Поэтому недостаточно просто уведомить сторону об арбитражном разбирательстве, необходимо сделать это заблаговременно с тем[18], чтобы после получения такого уведомления сторона имела разумную возможность представить свою позицию[19].

---

[16] Для целей демонстрации единообразного подхода примеры из доктрины и практики использованы без разграничения того, относятся ли они к основаниям отмены арбитражного решения, либо к отказу в его признании или приведении в исполнение, в том числе в выдаче исполнительного листа.

[17] См., например, статью 18 Закона о МКА.

[18] Например, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 20.01.2009 N 10613/08 по делу N А40-31695/07-13-318 указано: *«При оценке факта уведомления, состоящего из нескольких документов, направленных в разное время, необходимо установить, насколько заблаговременно были сообщены стороне третейского разбирательства те конкретные сведения, на несвоевременность получения которых она ссылается как на основание своего заявления о недолжном уведомлении и невозможности ввиду этого представить свои аргументы»*.

[19] Например, в пункте 6 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22.12.2005 N 96 подчеркнуто, что при рассмотрении вопроса об извещении стороны, против которой принято решение, проверяется, не была ли она лишена возможности защиты в связи с отсутствием фактического и своевременного из-

© RAA

Бремя доказывания данного основания для отмены арбитражного решения лежит на стороне, которая на него ссылается. Поэтому такая сторона должна представить доказательства либо отсутствия надлежащего уведомления, либо невозможности представить свою позицию.

Поскольку отсутствие обстоятельства сложно доказывать, то стороне, заявляющей об отсутствии надлежащего уведомления, достаточно сослаться на то, что она не получала соответствующего уведомления. После этого бремя доказывания переходит на другую сторону, которая должна доказать обратное.

Доказательствами того, что сторона была уведомлена надлежаще, могут быть как документы, фиксирующие получение или попытку доставки сообщения[20], так и иные документы (например, заявления, представленные стороной в арбитраже, электронная переписка, само арбитражное решение, если в нем описан процесс надлежащего уведомления и прочее)[21]. При этом суд должен будет оценить аргументы, опираясь на критерии должного уведомления, которые установлены для конкретного арбитражного разбирательства (а не для государственного судопроизводства[22]), в том числе в арбитражном соглашении (как прямо, так и косвенно путем отсылки к регламенту) или законодательстве об арбитраже, и оценить фактическую ситуацию в комплексе[23].

вещения о времени и месте рассмотрения дела. В пункте 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 N 156 специально указано на то, что оценка нарушения порядка извещения стороны о времени и месте рассмотрения дела осуществляется на предмет того, повлекло ли это невозможность представления ею своих объяснений. См. также Карабельников Б.Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2008. 606 с. Главы 3,4 // СПС Консультант плюс.

[20] См. пункт 1 статьи 3 Закона о МКА.

[21] Например, в одном из дел совершенно обоснованно было указано на то, что уведомление не обязательно должно выглядеть как единый документ и может состоять из нескольких взаимодополняющих друг друга документов, направляемых по мере согласования, в том числе, с участием сторон, деталей относительно места арбитражного разбирательства и места слушания, включая конкретный адрес проведения заседаний (Постановление Президиума ВАС РФ от 20.01.2009 N 10613/08 по делу N А40-31695/07-13-318).

[22] См. пункт 2 статьи 3 Закона о МКА.

[23] См. Определение ВС РФ от 22.10.2015 N 310-ЭС15-4266 по делу N А36-5174/2013.

В случае, если сторона заявляет о том, что она не имела разумной возможности представить свою позицию, она должна представить доказательства того, что фактически объем извещения или его срок не позволил ей воспользоваться разумной возможностью представить арбитражу объяснения в защиту своей позиции[24]. Тем не менее, если процессуальный график был согласован сторонами, то впоследствии сторона не вправе ссылаться на то, что предоставленный ей срок в соответствии с таким графиком лишил ее разумной возможности представить позицию.

В этой связи важно учитывать, что гарантия извещения стороны арбитража не может рассматриваться в отрыве от обязанности любой стороны спора действовать разумно и осмотрительно[25], включая принятие необходимых и достаточных мер для получения корреспонденции. Подобный подход позволяет исключить или, по крайней мере, минимизировать злоупотребления со стороны недобросовестных участников процесса, которые, уклоняясь от получения корреспонденции, могли бы парализовать само разбирательство в коммерческом арбитраже, несмотря на свое согласие участвовать в нем, выраженное в арбитраж-

---

[24] Например, в одном из дел суд, оценивая в совокупности все доказательства, представленные как в устной, так и в письменной форме, в целях правовой определенности сделал вывод о наличии фактической возможности представления ответчиком своих объяснений арбитражу, опираясь на то, что ответчик назначил по делу представителя, который получал уведомления по делу, а также участвовал в арбитражном разбирательстве (пункт 23 Информационного письма N 96, Постановление Президиума ВАС РФ от 22.02.2005 N 14548/04 по делу N А40-47341/03-25-179).

[25] Например, в одном из дел вывод о своевременности извещения ответчика был обоснован следующим: *«все извещения направлялись ответчику заблаговременно и были доставлены ответчику минимум за две недели до разбирательства, данный срок признается международным стандартом своевременности извещения. При этом следует учитывать, что ответчик знал о начале процедуры в международном коммерческом арбитраже более чем за один год до проведения устных слушаний и, действуя разумно и осмотрительно, имел возможность подготовить свою позицию по существу спора. Между тем ответчик не являлся в заседания арбитража, не выполнял требования арбитражной процедуры по формированию состава арбитража, выбору арбитров, что также свидетельствует о его недобросовестности как лица, избравшего арбитражную форму разрешения споров, знавшего о начале разбирательства в арбитраже и об особенностях арбитражной процедуры»* (Определение ВС РФ от 30.12.2015 по делу N 302-ЭС15-11092, А33-25043/2014).

© RAA

ной оговорке/ арбитражном соглашении[26]. При этом суд должен оценить поведение стороны, ссылающейся на данную причину в качестве основания для отмены решения и установить, были ли ею совершены все разумные действия, которые были необходимы для участия в конкретном разбирательстве[27], в том числе, действия, предусмотренные соответствующими арбитражными правилами или согласованные сторонами[28]. Поэтому фактическое неучастие в арбитражном разбирательстве стороны, уведом-

---

[26] Как указано в постановлении Президиума ВАС РФ от 31.03.2009 N 17412/08, *«Действия участника третейского процесса, не предпринявшего должных мер по получению корреспонденции по сообщенным им адресам и ссылающегося впоследствии на собственную неосмотрительность в доказательство нарушения его права, не могут быть признаны отвечающими принципу добросовестности. Такое истолкование закона… по мотиву неполучения участником третейского процесса корреспонденции по указанным им собственным адресам, может поставить под угрозу существование самого института третейского разбирательства ввиду наличия высокого риска опровержения его результата по формальным основаниям».* Развивая указанные идеи, ВС РФ в Определении от 30.12.2015 по делу N 302-ЭС15-11092, А33-25043/2014 в обоснование вывода о надлежащем извещении стороны арбитража указал на следующее: *«Сторона арбитражного соглашения, действуя разумно и осмотрительно, не может не осознавать, что в соответствующих случаях возможно начало процедуры арбитражного (третейского) разбирательства. Указывая в договоре, содержащем арбитражное соглашение, и в коммерческой документации по его исполнению, свои адреса места нахождения, сторона договора должна осознавать, что именно по этим адресам в случае начала арбитражной (третейской) процедуры будет направляться корреспонденция международным коммерческим арбитражем. Учитывая это, сторона договора для реализации своих прав должна предпринять необходимые и достаточные меры для получения предназначенной ей корреспонденции по указанным ею адресам. В противном случае все риски, связанные с неполучением или несвоевременным получением корреспонденции, возлагаются на ее получателя».*

[27] См., например, постановление Президиума ВАС РФ от 20.01.2009 N 10613/08 по делу N А40-31695/07-13-318. В данном деле в ходатайстве было отказано из-за того, что сторона не предприняла должных действий, которые сама полагала необходимыми для ведения третейского разбирательства, чем нарушила требования статьи 14.2 Арбитражного Регламента LCIA.

[28] Заявление стороны о ненадлежащем уведомлении или невозможности представить свою позицию может являться видом недобросовестной тактики, когда сторона намеренно отказывается от участия в деле в той или иной форме, например, уклоняется от назначения арбитра, представления письменной позиции, участия в слушаниях, а равно допускает просрочки и иным образом препятствует эффективному и быстрому рассмотрению спора, см. также: Зыков Р.О. Международный арбитраж в Швеции: право и практика. М.: Статут, 2014. 285 с. Глава 11 (11.9) // СПС Консультант плюс.

ленной надлежащим образом, не должно рассматриваться как невозможность представления позиции[29].

1.1.5. Комментируемое положение[30] в целом основано на тексте подпункта (c) пункта 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции, подпункте (c) пункта 1 статьи IX Европейской конвенции и Типовом законе ЮНСИТРАЛ. В рамках арбитражной реформы в комментируемое положение были внесены только редакционные изменения.

Комментируемый пункт подлежит применению в делах, когда решение выносится по спору, не попадающему в объем арбитражной оговорки. Такая ситуация может возникнуть, например, когда арбитражная оговорка сформулирована узко[31]. Аналогичные сложности могут возникнуть со стандартными в целом оговорками, в которых добавляется исключение каких-то категорий споров из компетенции арбитража[32].

---

[29] Неслучайно законодательство и многие арбитражные регламенты предусматривают специальные правила, когда неявка стороны либо непредставление ею своей позиции и/или подтверждающих ее доказательств не препятствует ведению арбитражного разбирательства и вынесению решения на основе имеющихся доказательств при условии предоставления стороне всех возможностей для изложения своей позиции по делу и защиты своих интересов, в том числе посредством надлежащего уведомления, см., например: пункт 2 § 20, п. 4 § 29 Правил арбитража внутренних споров МКАС (2017), пункт 2 § 20, п. 4 § 29 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС (2017).

[30] *«…решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением либо не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения. Если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, та часть арбитражного решения, в которой содержатся постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, может быть признана и приведена в исполнение…».*

[31] Так, в одном из дел суды признали, что арбитражная оговорка, касающаяся споров «*по интерпретации условий этого соглашения или по ответственности сторон*», не охватывает спор о признании меморандума незаключенным, см, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 21.06.2003 по делу № А05-7905/01-515/23, в котором суд отметил, что арбитражная оговорка, содержащаяся в договоре, не охватывала споры о недействительности меморандума (самостоятельного, хотя и связанного с договором документа).

[32] См.: Постановление ФАС Московского округа от 20.06.2013 по делу № А40-10372/13-29-103.

© RAA

Тем не менее, на практике большинство попыток оспорить арбитражное решение или воспрепятствовать его приведению в исполнение по данному основанию оказываются неудачными[33]. В большинстве случаев это связано как раз с тем, что стороны в большинстве случаев широко формулируют арбитражную оговорку, распространяя ее на максимально широкий круг споров[34].

В практике российских судов данное основание иногда также применялось в ситуации, когда арбитражные решения принимались в отношении прав и обязанностей третьих лиц, не являвшихся сторонами арбитражного соглашения[35].

Данное основание также применяется, когда состав арбитража распространяет действие арбитражного соглашения, содержащегося в одном договоре на спор из другого договора[36].

Комментируемый пункт предусматривает возможность оставления в силе части решения, которое охватывалось

---

[33] См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 14.06.2011 N 1787/11 по делу N А40-4113/10-25-33; Постановление Президиума ВАС РФ от 22.09.2009 N 5604/09 по делу N А57-8082/2008-116; Определение ВС РФ от 02.04.2002 N 5-Г02-23.

[34] Карабельников Б.Р., Указ соч. С. 336. См. также: Определение ВС РФ от 18.02.2002 N 78-Г02-1.

[35] Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 28.08.2015 по делу N А56-5847/2015; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 29.11.2013 по делу N А56-70008/2012; Постановление ФАС Уральского округа от 12.10.2005 N Ф09-2110/05-С6 по делу N А71-8/05. В данных решениях составы арбитража принимали решение против лица, не являющегося стороной оговорки, признавая его солидарным должником по обязательству. Российские суды отменяли решения или отказывали в их исполнении со ссылкой на то, что состав арбитража вышел за пределы арбитражных соглашений. От таких ситуаций нужно отличать случаи, когда состав арбитража для целей разрешения спора оценивает взаимоотношения сторон по спору с третьими лицами (например, с субподрядчиком или банком, выдавшим гарантию), однако не выносит решения, обязательные для таких третьих лиц, не являющихся сторонами спора и арбитражной оговорки. В подобных случаях нельзя говорить о выходе состава арбитража за пределы арбитражного соглашения.

[36] Постановление ВАС РФ от 05.11.2013 N 1123/13 по делу № А40-35039/11-8-304; Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 17.02.2016 № Ф04-104/2016 по делу № А75-10690/2015; Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 25.05.2006 по делу N А82-10555/2005-2-2; Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 01.03.2001 N 07-20.

арбитражным соглашением, если эту часть можно отделить от решений по вопросам, которые не охватывались арбитражным соглашением[37].

1.1.6. Комментируемое положение подлежит применению в двух случаях – когда состав арбитража или арбитражная процедура:

(i) не соответствовала соглашению сторон; или

(ii) не соответствовала закону страны, где имело место третейское разбирательство.

При этом в первом случае речь идет об арбитражном соглашении в широком смысле (т.е. и о регламенте, если стороны договорились о его применении).

Текст комментируемого положения Закона о МКА[38] претерпел некоторые изменения по сравнению с предыдущей редакцией комментируемого положения (равно как и статьей V(1)(d) Нью-Йоркской конвенции), которая предусматривала, что в признании и приведении в исполнение арбитражного решения могло быть отказано в случае несоответствия состава арбитража либо арбитражной процедуры соглашению сторон или «*при отсутствии такового*»[39], закону той страны, где имело место третейское разбирательство (*lex arbitri*).

Таким образом, статья V(1)(d) Нью-Йоркской конвенции устанавливала примат соглашения сторон по отношению к национальному законодательству места третейского разбирательства[40]. Это означает, что суд мог исследовать вопрос о соответствии состава арбитража либо арбитраж-

[37] Однако провести такое разделение на практике довольно сложно. Например, это невозможно сделать, когда решение принято в отношении нескольких солидарных должников, на одного из которых арбитражное соглашение не распространяется. См., например: Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 28.08.2015 по делу N А56-5847/2015; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 29.11.2013 по делу N А56-70008/2012.

[38] *«…состав третейского суда либо арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или закону той страны, где имело место третейское разбирательство…».*

[39] На англ. «*failing such agreement*».

[40] См. Travaux préparatoires, Draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards and Comments by Governments and Organizations, Report by the Secretary-General, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral

© RAA

ной процедуры требованиям *lex arbitri* только в отсутствие соглашения сторон.

В текущей же редакции комментируемое положение может толковаться таким образом, что вне зависимости от наличия соглашения сторон относительно состава арбитража либо арбитражной процедуры суд может исследовать вопрос об их соответствии требованиям национального законодательства места третейского разбирательства. При этом возможна ситуация, в которой суду будет необходимо установить, соответствовало ли соглашение сторон относительно порядка формирования состава арбитража или арбитражной процедуры положениям *lex arbitri.* При выявлении такого несоответствия (даже в том случае, если порядок формирования состава арбитража или арбитражной процедуры, *согласованный сторонами*, был соблюден) суд сможет отказать в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, ссылаясь на то, что были нарушены положения *lex arbitri*.

Вместе с тем, недействительность арбитражного соглашения является отдельным основанием для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения согласно части 1 статьи 36 Закона о МКА. Об этом основании лицо, настаивающее на отказе в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, должно заявлять дополнительно. В качестве примеров несоответствия состава арбитража соглашению сторон или требованиям *lex arbitri* можно привести несоответствие арбитра требованиям к квалификации, образованию или возрасту, установленным в арбитражном соглашении или в применимом законодательстве[41]; избрание и/или назначение арбитров в нарушение процедуры формирования состава арбитража[42], установленной соглашением сторон (или

Awards, E/2822, Annex II, at 18-19; Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration (E. Gaillard, J. Savage eds., 1999), para. 756.

[41] См. пункт 25 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 96 относительно сходных оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

[42] См., например, Апелляционное определение Московского городского суда от 14.09.2016 по делу № 33-29075/2016 относительно сходных оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения.

применимыми правилами арбитража, ссылка на которые содержится в таком соглашении) или национальным законодательством; прекращение полномочий арбитра или его замена без соблюдения согласованной сторонами процедуры или положений применимого законодательства.

Примерами нарушений арбитражной процедуры можно считать несоблюдение составом арбитража срока для вынесения арбитражного решения, установленного в арбитражном соглашении; рассмотрение дела в большем количестве устных слушаний, чем предусмотрено арбитражным соглашением; рассмотрение дела без устных слушаний (т.е. только на основании документов) в отсутствие соглашения сторон, если одна из сторон настаивала на проведении устных слушаний; несоответствие арбитражного решения требованиям относительно его содержания, предусмотренным соглашением сторон или применимым законодательством; нарушения, связанные с неправильным выбором типа акта, которым завершается арбитраж (решение или постановление)[43] и т.п.[44]

При наличии оснований утверждать, что арбитр или арбитры, вынесшие арбитражное решение, не отвечали требованиям независимости и/или беспристрастности, довод о необходимости отказа в признании и исполнении арбитражного решения на основании комментируемого положения нередко дополняется или заменяется требованием, основанным на положениях части 2 статьи 36 Закона о МКА (предусматривающих запрет на признание и приведение в исполнение решения в случае, если такое признание и приведение в исполнение противоречит публичному порядку Российской Федерации[45]). Вместе с тем в судебной практике сформулирован запрет на подмену специальных оснований для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения (например,

[43] См., например, Постановление ФАС Московского округа от 18.09.2008 № КГ-А40/8586-08 по делу № А40-27465/08-50-207 относительно сходных оснований для отмены арбитражного решения.

[44] См., например, Определение ВС РФ от 23.03.2001 № 5-Г01-33, в котором суд усмотрел нарушение арбитражной процедуры в том, что при рассмотрении дела истец после прекращения устных слушаний подал заявление об изменении искового требования, которое не было передано ответчику.

[45] Пункт 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156.

© RAA

установленных комментируемым положением) ссылкой на оговорку о публичном порядке[46].

Следует отметить, что несоответствие процедуры арбитражного разбирательства соглашению сторон или федеральному закону необходимо отграничивать от другого основания для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения (сторона не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения[47]). Так, если в результате нарушения согласованной сторонами или предусмотренной применимым законом арбитражной процедуры сторона не имела возможности представить свои объяснения, суд должен применять основание для отказа в признании арбитражного решения, соответствующее пункту «b» части 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции. В случаях же, когда отклонение от установленной процедуры привело к иным нарушениям прав сторон арбитражного разбирательства, должна применяться комментируемая норма.

При этом комментируемая норма не предполагает отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения в случае любого, даже самого незначительного отклонения арбитражной процедуры от соглашения сторон или *lex arbitri*. Данное основание применяется только в том случае, если допущенное нарушение привело к существенному нарушению прав одной из сторон[48]. В практике зарубежных государственных судов, применяющих сходное положение статьи V(1)(d) Нью-Йоркской конвенции, нередко от заявителя требуется доказать, что в том случае, если бы состав арбитража либо арбитражная процедура соответствовала соглашению сторон или тре-

[46] Пункт 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156.

[47] Пункт «b» части 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции.

[48] В литературе отмечается, что «*нарушение по своему характеру должно быть настолько существенным, чтобы в его результате был искажен нормальный ход третейского разбирательства, повлекший ущемление права на справедливое рассмотрение спора*», см. комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Андреева Т. К., Загайнова С. К., Закарлюка А. В. и др.; под ред. Крашенинникова П. В. М.: Статут, 2007. // СПС Консультант Плюс.

бованиям применимого законодательства, арбитражное решение по делу могло бы быть иным[49].

Отдельно следует остановиться на ситуации, в которой сторона требует отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения на основании комментируемого положения, однако ранее своим поведением в ходе арбитражного разбирательства давала основания полагать, что она согласна с тем, каким образом сформирован состав арбитража или как ведется арбитражное разбирательство.

В таких случаях суды имеют возможность отказать в удовлетворении заявления соответствующей стороны, ссылаясь либо на то, что сторона своим поведением изменила положения соответствующего арбитражного соглашения (в том случае, если такой способ изменения арбитражного соглашения допускается)[50], либо на то, что сторона ведет себя недобросовестно, заявляя о дефекте процедуры лишь на стадии приведения арбитражного решения в исполнение[51].

Суд не может по своей собственной инициативе исследовать вопрос о соответствии состава арбитража соглашению сторон или требованиям применимого законодательства. С соответствующим заявлением должно обратиться лицо, требующее отказать в признании и приведении в исполнение

---

[49] См., например, решение Верховного земельного суда (Oberlandesgericht [OLG]) г. Карлсруэ (Германия) по делу *Creditor under the award v. Debitor under the award* от 14 сентября 2007 г. (9 Sch 02/07).

[50] Со ссылкой, например, на ч. 1 ст. 19 Закона о МКА (комментарий к соответствующему положению).

[51] Так, в одном из дел сторона, против которой было вынесено решение МКАС, просила отменить это решение, в том числе, поскольку, по ее мнению, Президиум МКАС незаконно назначил запасного арбитра. Суды отказали в отмене решения и постановили выдать исполнительный лист на его принудительное исполнение, в том числе, на том основании, что *«После окончания формирования состава арбитража, где место одного из арбитров занял, выбранный Президиумом МКАС запасной арбитр […], в ходе арбитражного разбирательства ни от одной из сторон, участвующей в деле, […] не поступало заявлений об отводе арбитров. В силу данных обстоятельств, суд пришел к выводу, что на момент рассмотрения данного дела в МКАС у [заявителя] не возникло сомнений относительно соответствия процедуры формирования состава арбитража, положениям Регламента МКАС и впервые оно возникло уже после вынесения решения арбитрами»*, см. Постановление ФАС Московского округа от 18.04.2012 г. по делу № А40-98213/10-141-816, А40-94450/10-8-850.

© RAA

арбитражного решения. При этом бремя доказывания существования указанных несоответствий лежит на заявителе.

1.1.7. Комментируемая норма[52] практически полностью совпадает с подпунктом (е) пункта 1 статьи V Нью-йоркской Конвенции и не является новой для российского законодательства и судебной практики.

Указанное основание для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения может применяться только при следующих условиях:

(i) арбитражное решение должно быть принято на территории иностранного государства;

(ii) при предоставлении доказательств того, что:

1) арбитражное решение еще не стало обязательным для сторон третейского разбирательства;

2) арбитражное решение было отменено или исполнение арбитражного решения было приостановлено компетентными органами власти страны, где арбитражное решение было вынесено, или страны, закон которой применяется.

Существенным отличием комментируемой нормы от аналогичных норм, содержащихся в международных актах, в частности от упомянутой выше Нью-Йоркской конвенции, заключается в статусе арбитражного решения, в признании и приведении в исполнение может быть отказано.

Так, рассматриваемая норма указывает на то, что может быть отказано в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, если представлены доказательства того, что арбитражное решение не стало обязательным для сторон третейского разбирательства, например, арбитражное решение не вступило в законную силу.

В то же время в Нью-Йоркской конвенции речь идет о доказательствах того, что арбитражное решение не стало окончательным, т.е. такое арбитражное решение может

[52] *«…решение, принятое на территории иностранного государства, еще не стало обязательным для сторон третейского разбирательства либо было отменено или приостановлено исполнение компетентной властью страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется»*

© RAA

быть отменено компетентным судом по основаниям, предусмотренным применимым правом.

1.2.1. Конструкция комментируемого положения[53] указывает на то, что основания, указанные в подпункте 2) пункта 1 статьи 36 Закона МКА применятся судом *ex officio*, то есть вне зависимости от того, ссылается ли какая-либо из сторон на данное основание для отмены арбитражного решения.

1.2.2 Одним из оснований для отказа в признании и приведении иностранного арбитражного решения является неарбитрабильность спора[54].

В международных договорах содержание понятия «арбитрабильность спора» не раскрывается. Так, например, пункт 1 статьи II Нью-Йоркской конвенции следующим образом определяет споры, которые могут быть переданы на рассмотрение в арбитраж – *споры, возникшие или могущие возникнуть между сторонами в связи с каким-либо конкретным договорным или иным правоотношением, объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства*.

Таким образом, Нью-Йоркская конвенция не содержит перечня арбитрабильных споров, отсылая стороны к национальному законодательству государств – участников конвенции.

Аналогично вопрос арбитрабильности разрешен, например, в Типовом законе ЮНСИТРАЛ[55].

Соответственно каждая страна-участник Нью-Йоркской конвенции вправе определить самостоятельно круг споров, которые являются арбитрабильными.

До принятия Закона о внесении изменений в законодательство о третейских судах, регулирование вопроса арби-

---

[53] *«… компетентный суд определит, что…».*

[54] «*…объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с федеральным законом…*». Более подробно о понятии арбитрабильности см: Николюкин С.В. Арбитражные соглашения и компетенция международного коммерческого арбитража. Проблемы теории и практики. М., 2009. //СПС Консультант плюс.

[55] Более подробно о проблемах арбитрабильности: Б.Р. Карабельников Международный коммерческий арбитраж. Учебник. М., 2012. С. 336.

© RAA

трабильности отдельных видов споров было недостаточным, что влекло за собой наличие разнородной судебной практики относительно возможности передачи того или иного спора на разрешение в арбитраж, а некоторые категории споров признавались неарбитрабильными исключительно путем судебного толкования[56].

Часть 6 статьи 4 АПК РФ определяет, что в арбитраж могут быть переданы споры, возникающие из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом. Аналогичным образом вопрос арбитрабильности регулирует часть 3 статьи 3 ГПК РФ.

Поскольку законодатель допускает возможность передачи для третейского разбирательства только споры, возникающие из гражданско-правовых отношений, следовательно, все споры из публичных правоотношений не являются арбитрабильными.

Новая редакция статьи 33 АПК РФ и статья 22.1 ГПК РФ содержат перечень споров, которые *не могут* быть переданы на рассмотрение в арбитраж.

Необходимо обратить внимание, что данный перечень споров не является закрытым и федеральным законом данный перечень может быть дополнен[57].

Отдельно необходимо обратить внимание на последствия реформы для текущих арбитражных разбирательств и ранее заключенных арбитражных оговорок. Так, третейское разбирательство, начатое до дня вступления в силу Закона с соблюдением правил подведомственности, действовавших ранее, должно быть продолжено, даже если правила подведомственности были изменены. Решения, вынесенные по таким делам, не подлежат отмене или отказу в принудительном исполнении, если в соответствии с правилами подведомственности, действовавшими на дату начала тре-

[56] Наиболее ярким и дискуссионным примером выступает проблематика арбитрабильности споров из государственных контрактов, запрет на передачу которых в арбитраж был впервые сформулирован ВАС РФ по делу компании «Арбат-Строй», см Постановление Президиума ВАС РФ № 11535/13 от 28.01.2014.

[57] В силу пункта 8 части 2 статьи 33 АПК РФ пункта 10 части 2 статьи 22.1 ГПК РФ.

тейского разбирательства, спор считался подлежащим разрешению в порядке третейского разбирательства[58].

Арбитражные соглашения, заключенные ранее, сохраняют свою силу, за исключением случаев прямо установленных законом[59].

1.2.3. Юридическим первоисточником комментируемого положения[60] является норма подпункта “b” части 2 статьи V Нью-Йоркской конвенции, допускающая отказ в приведении в исполнение арбитражного решения из-за несоответствия публичному порядку суда страны, в которой испрашивается исполнение.

Вслед за Нью-Йоркской конвенцией национальные законодательства стран, присоединившихся к ней, повсеместно включили в свои законодательные акты, либо дословно, либо в качестве эквивалентных аналогичные понятия (например, «*ordre public»* или «*добрые нравы*», «*международный публичный порядок*» или «*принципы международного публичного порядка*» и др.). В случае, когда во внутреннем законодательстве об арбитраже не содержится прямого указания на «публичный порядок» (как, например, в США), многолетняя судебная практика стоит на страже этой категории, как в отношении внутренних, так и международных арбитражных решений[61].

Определённым этапом разработки отечественной доктрины стало принятие Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений».

---

[58] В соответствии с пунктом 10 статьи 13 Закона о внесении изменений в законодательство о третейских судах.

[59] Пункт 14 статьи 13 Закона о внесении изменений в законодательство о третейских судах.

[60] *«…признание и приведение в исполнение арбитражного решения противоречат публичному порядку Российской Федерации…».*

[61] Born G. International Commercial Arbitration (2nd edition), Kluwer Law International, 2014, с.3648-3649.

© RAA

Так, согласно данному документу под публичным порядком в целях применения нормы подпункта “b” пункта 2 статьи V Нью-Йоркской конвенции понимаются «*фундаментальные правовые начала (принципы), которые обладают высшей императивностью универсальностью, особой общественной и публичной значимостью, составляют основу построения экономической, политической правовой системы государства. К таким началам, в частности, относится запрет на совершение действий, прямо запрещённых сверхимперативными нормами законодательства Российской Федерации (статья 1192 ГК РФ), если этими действиями наносится ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагиваются интересы больших социальных групп, нарушаются конституционные права и свободы частных лиц.*».

В данном акте содержатся также важные положения, касающиеся: запрета на пересмотр решения по существу при исследовании вопроса о публичном порядке[62], защиты арбитража от коррупции/коммерческого подкупа[63], экстраординарного характера использования оговорки о публичном порядке[64], отсутствия нарушения публичного порядка на том лишь основании, что в российском праве отсутствуют нормы, аналогичные нормам применимого иностранного права[65], гарантии независимости и беспристрастности арбитров как часть публичного порядка[66].

Как и в случае с неарбитрабильностью спора, судья, рассматривающий вопрос об оспаривании арбитражного решения, проверяет его на предмет наличия нарушений «публичного порядка» *ex officio*, т.е. вне зависимости от заявления об этом какой-либо из сторон в процессе.

2. Пункт 2 комментируемой статьи не претерпел изменений по сравнению с предыдущей редакцией и текстуально соответствует статье VI Нью-Йоркской конвенции.

---

[62] Пункт 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156.
[63] Пункт 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156.
[64] Пункт 4 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156.
[65] Пункт 5 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156.
[66] Пункты 11, 12 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156.

Стоит отметить, что отложение судом рассмотрения заявления о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения является не обязанностью суда, а его правом. Таким образом, российский закон вслед за Нью-Йоркской конвенцией оставил вопрос об отложении на усмотрение суда. При этом суд должен, прежде всего, руководствоваться интересами эффективности третейского разбирательства, поскольку обжалование иностранных арбитражных решений нередко инициируется с единственной целью затянуть процесс исполнения иностранного арбитражного решения. В силу этого международная практика свидетельствует о том, что государственные суды крайне редко приостанавливают процесс исполнения иностранного арбитражного решения по данному основанию.

В случае если российский суд, тем не менее, примет решение отложить рассмотрение заявление о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, лицо, запрашивающее признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения, может подать ходатайство о предоставлении должником обеспечения.

После вынесения иностранным судом решения, российский суд должен продолжить рассмотрение дела о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения.

3. Пункт 3 был добавлен в новой редакции Закона о МКА для того, чтобы исключить разночтения абзаца первого пункта 2 комментируемой статьи[67], и, таким образом, прямо указывает на то, что российский суд вправе отказать в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения в случае неарбитрабильности спора либо противоречия решения публичному порядку даже в том случае, если сторона на это не ссылается.

[67] *«… компетентный суд определит, что…».*

© RAA