

Допустимость подачи иска

В. Н. АНУРОВ, LL. M. (Dundee, Scotland),
кандидат юридических наук; vasily.anurov@gmail.com



Когда арбитражный трибунал рассматривает допустимость иска, предъявленного иностранным инвестором против принимающего государства, фокус правового анализа смещается преимущественно в сторону процессуальных вопросов, таких как своевременность подачи иска и арбитрабельность. Автор настоящей статьи демонстрирует различные случаи, когда дискреционные полномочия арбитров, широкие формулировки арбитражных оговорок или правил арбитража играют ключевую роль в принятии арбитражным трибуналом юрисдикции или отказе от нее. Особое внимание уделено арбитрабельности споров, возникающих из публичных отношений между иностранным инвестором и принимающим государством.

Ключевые слова: инвестиционный арбитраж; двусторонние/многосторонние инвестиционные соглашения; допустимость; арбитрабельность.

Допустимость подачи иска

Установление третейским судом всех факторов, указывающих на инвестиционный характер спора, не охватывает весь комплекс действий, подлежащих совершению арбитрами для принятия решения о наличии юрисдикции. Согласие принимающего государства на арбитраж может содержать ряд условий, выполнение которых никак не связано с возникновением инвестиционных отношений между спорящими сторонами. Такие условия могут иметь исключительно процессуальный характер (например, установление срока для мирного урегулирования спора) или указывать на систему правового регулирования, предусматривающую, в свою очередь, как дополнительные требования, предъявляемые к иностранному инвестору при подаче иска в арбитраж, так и ограничения его прав на обращение к данному способу разрешения споров. Все эти вопросы принято объединять в одну категорию под названием «допустимость». Именно этот термин обычно используется в научной литературе и арбитражной практике, несмотря на большое разнообразие его трактовок. Более того, следует констатировать, что в настоящее время отсутствует единое понимание среди практикующих юристов и ученых соотношения рассматриваемого понятия с другими понятиями, часто используемыми в арбитражной практике: арбитрабельностью, юрисдикцией, сферой действия арбитражного соглашения, его действительностью, исполнимостью и др.

Как видно из представленного перечня, определение допустимости не является вопросом, относящимся исключительно к международному инвестиционному арбитражу. Необходимо обратиться к исследованиям, проведенным в области международного коммерческого арбитража, чтобы установить причину расхождений в понимании вышеназванных правовых

терминов, так как своим появлением они обязаны арбитражной практике, сложившейся в ходе разрешения именно коммерческих, а не инвестиционных споров.

Попадая в «серую зону», проявляющуюся в двух правовых дисциплинах: международном инвестиционном и международном коммерческом арбитражах, следует принимать во внимание способность правовых отношений к трансформации в зависимости от примененного правового режима. Смысл правовых терминов может изменяться под влиянием различных обстоятельств, что не должно ставить в тупик практикующих юристов и ученых, пытающихся определить допустимость иска в арбитражном разбирательстве.

Соотношение понятий «допустимость иска» и «юрисдикция»

Появление термина «допустимость» в международном инвестиционном арбитраже было сопряжено с противопоставлением его группе вопросов, рассматриваемых третейским судом при вынесении решения о своей компетенции. Фактически в западной юридической литературе сразу же был задан вектор на разграничение допустимости иска и компетенции третейского суда. В качестве правового обоснования предлагаемого разграничения выступали представления американских судей о возможности пересмотра выводов, сделанных арбитрами в отношении своей компетенции рассматривать коммерческий спор. Здесь характер спора имеет немаловажное значение, поскольку правовая природа полномочий арбитров, действующих на основе Вашингтонской конвенции 1965 г., отличается от правовой природы полномочий арбитров, получивших свой мандат от частных лиц, к примеру, сторон внешнеэкономического договора. В полномочиях первой категории арбитров присутствует властный элемент, появляющийся у них в результате не только фактической, но и юридической делегации арбитражного разбирательства. Арбитражное решение выносится третейским судом вне рамок какого-либо национального правопорядка и полностью исключает вмешательство государственных судов. Поэтому при описании процесса, в рамках которого арбитры реализуют такого рода полномочия, допустимо использовать термин «юрисдикция». В полномочиях второй категории арбитров отсутствует властный характер, так как источник их возникновения — соглашение частных лиц — не может исключить юрисдикцию государственных судов, что предполагает раскрывать статус арбитров через термин «компетенция».

Для целей настоящего исследования указанное выше различие в полномочиях арбитров не имеет принципиального значения. Как понятие «компетенция», так и понятие «юрисдикция», обозначает одну и ту же группу вопросов, связанных с решением общей задачи — установлением наличия или отсутствия полномочий у арбитров рассматривать спор¹. Выбор между этим двумя понятиями может зависеть от личных предпочтений арбитров,

¹ Понятия «юрисдикция» и «компетенция» упоминаются в ст. 25 (1), 36 (3) Вашингтонской конвенции 1965 г. и ст. 41 (2), 42 (4) Арбитражного регламента ICSID (МЦЦИС). Простейший лингвистический анализ указанных положений позволяет сделать вывод о том, что понятие «юрисдикция» используется при определении полномочий ICSID, а понятие «компетенция» — при определении полномочий арбитражного трибунала.

формируемых на основе национальной правовой культуры и лингвистических особенностей. Применение строгого этимологического подхода к латинскому слову *jurisdictio* подчеркивает наличие у лица, разрешающего спор, властных полномочий². Содержание этого понятия в английском языке носит более широкий характер, так как в нем делается акцент на границах (*ambit*) или сфере (*sphere*) действия полномочий данного лица, что в других языках обозначается понятием «компетенция»³.

Использование различной терминологии не влечет каких-либо правовых последствий при проведении арбитражного разбирательства, но может являться дополнительным индикатором для выделения вышеназванных особенностей двух видов арбитража и подразумевает различную смысловую нагрузку, которую несут понятия «компетенция» и «юрисдикция». В первом случае речь идет о содержательной оценке действий арбитров, связанных с установлением наличия или отсутствия у них полномочий рассматривать спор. Во втором случае этой оценке придается окончательный характер, поскольку исключается возможность вмешательства третьих лиц, осуществляющих свою деятельность вне рамок выбранного сторонами способа разрешения спора. Решение о наличии или отсутствии компетенции рассматривать коммерческий спор принимается арбитрами в рамках какого-либо национального правопорядка и юрисдикции соответствующего государственного суда, принадлежащего национальной системе органов правосудия. Такое же решение арбитров, рассматривающих инвестиционный спор под эгидой МЦУИС, остается в рамках юрисдикции МЦУИС, поскольку в соответствии со ст. 54 Вашингтонской конвенции 1965 г. исключена возможность его пересмотра каким-либо государственным судом договаривающегося государства. Таким образом, использование понятия «юрисдикция» указывает на принадлежность лица, рассматривающего спор, к постоянно действующему учреждению или системе таких учреждений, обладающих правом осуществлять властные полномочия по отношению к спорящим сторонам.

Предложенные критерии для разграничения понятий «юрисдикция» и «компетенция» не являются единственными в юридической литературе. Широкою известность получила точка зрения о соотношении этих двух понятий как общего к частному. Данная взаимосвязь проявляется в том, что понятие «юрисдикция» используется для обозначения общей области, в рамках которой арбитры вправе осуществлять полномочия по разрешению спора⁴. Понятие «компетенция» имеет более субъективный и конкретный характер,

² *Abaclat and Others (case formerly known as Giovanna a Beccara and Others) v. The Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/07/05. Dissenting Opinion of Georges Abi-Saab to Decision on Jurisdiction and Admissibility. October 28, 2011 (*Abaclat v. Argentina* (Dissenting Opinion)). Par. 10. С делами, на которые даны ссылки в статье, можно ознакомиться на сайте www.italaw.com.

³ Par. 11.

⁴ Fitzmaurice G. *The Law and Procedure of the International Court of Justice*. Vol. 2. Cambridge University Press, 1986. P. 439. В российской юридической литературе также можно найти точку зрения о соотношении понятий «юрисдикция» и «компетенция» как общего к частному (подробнее см.: Лебедев М. Ю. Развитие института юрисдикции и его проявление в третейском суде: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук Саратов, 2005; Нагнибеда В. И. Юрисдикция, компетенция и полномочия международного коммерческого арбитража: теоретико-прикладной анализ понятий // Наука. Общество. Государство. 2013. № 3 С. 44–53; Терентьева Л. В. Об унификации понятийного аппарата в сфере юрисдикционной деятельности третейских судов // Унификация и гармонизация в международном частном праве. Вопросы теории и практики: Монография / Отв. ред. Г. К. Дмитриева, М. В. Мажорина. М., 2016. С. 109).

так как сужает область применения полномочий обстоятельствами рассматриваемого дела⁵. Этот нюанс едва может быть различим арбитрами при рассмотрении ими вопроса о наличии или отсутствии у них полномочий по разрешению спора, что иногда приводит к признанию равнозначности, взаимозаменяемости понятий «юрисдикция» и «компетенция»⁶ или использованию только первого понятия для обозначения двух уровней правового анализа: общей и специальной юрисдикции. На первом уровне очерчиваются общие границы, в рамках которых на рассмотрение институционального арбитража передаются споры в соответствии с его правилами. Второй уровень связан с определением полномочий третейского суда по каждому конкретному делу исходя из достигнутого спорящими сторонами согласия на арбитраж⁷. Соотношение двух уровней между собой носит асимметричный характер, поскольку вопрос о наличии компетенции у арбитров может быть поставлен только после принятия предварительного решения третейского суда о наличии юрисдикции. В то же время установление юрисдикции не означает автоматического принятия решения о наличии компетенции⁸.

Добавление в понятийный аппарат еще одного термина «допустимость» кажется на первый взгляд появлением излишней теоретической конструкции, обладающей схожими характеристиками с понятием «юрисдикция»⁹. Сторонники широкого толкования юрисдикции предпочитают помещать всю триаду, состоящую из понятий «юрисдикция», «компетенция» и «допустимость», в рамки одной теоретической конструкции, в которой между двумя последними понятиями отсутствует существенное различие, поскольку они являются «двумя сторонами одной и той же концептуальной монеты»¹⁰. Такой поверхностный подход к понятийному аппарату не учитывает его влияние на решение вопросов сугубо практического характера. Обладая способностью «вклиниться» между двумя арбитражными решениями: решением о наличии юрисдикции и решением по существу спора, вопрос о допустимости иска претендует на самостоятельную роль в арбитражном

⁵ Rosenne S. *The Law and Practice of the International Court of Justice, 1920–1996*. The Hague, 1997. P. 536; Schreuer C. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge University Press, 2001, P. 538.

⁶ Zeiler G. *Jurisdiction, Competence, and Admissibility of Claims in ICSID Arbitration Proceedings // International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of C. Schreuer, C. Binder et al.* Oxford University Press, 2009. P. 79.

⁷ *Abaclat v. Argentina (Dissenting Opinion)*. Bar. 12.

⁸ Heiskanen V. Note “Menage a trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration” // *ICSID Review*. 2013. P. 6: http://www.lalive.ch/data/publications/icsidreview_sit033_full.pdf (дата посещения — 10.06.2017).

⁹ См.: *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A. S. v. The Islamic Republic of Pakistan*. ICSID case No. ARB/03/29. Decision on Jurisdiction. November 14, 2005 (*Bayindir v. Pakistan* (Decision on Jurisdiction)). Par. 87; *Total S. A. v. The Argentine Republic*. ICSID case No. ARB/04/1. Decision on Objections to Jurisdiction. August 25, 2006 (*Total v. Argentina* (Decision on Jurisdiction)). Par. 58–60; *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*. ICISD case No. ARB/0108. Decision on Objections to Jurisdiction. July 17, 2003 (*CMS v. Argentina* (Decision on Jurisdiction)). Par. 41; *Camuzzi International S. A. v. The Argentine Republic*. ICSID case No. ARB/03/2. Decision on Objections to Jurisdiction. May 11, 2005 (*Camuzzi v. Argentina* (Decision on Jurisdiction)). Par. 98; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International, Inc. v. The Argentine Republic*. ICSID case No. ARB/02/1. Decision on Objections to Jurisdiction. April 30, 2004 (*LG&E v. Argentina* (Decision on Jurisdiction)). Par. 46; *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v. The Oriental Republic of Uruguay*. ICISD case No. ARB/10/7. Decision on Jurisdiction. July 2, 2013 (*Philip Morris v. Uruguay* (Decision on Jurisdiction)). Par. 142.

¹⁰ Heiskanen V. *Op. cit.* P. 13, 15.

разбирательстве¹¹. Некорректность включения его в группу вопросов, посвященных юрисдикции, объясняется тем, что допустимость иска может быть оспорена после признания третейским судом своей юрисдикции¹². В то же время допустимость иска не входит в группу вопросов, подлежащих рассмотрению арбитрами при разрешении спора по существу, хотя и может быть связана с ними одними и теми же фактическими обстоятельствами. Объединение их вместе имеет для арбитражного решения первостепенное значение, особенно на стадии его отмены, признания и приведения в исполнение, так как по общему правилу государственный суд не вправе пересматривать выводы третейского суда по существу дела. Любопытно, что именно это последствие — исключение из предмета судебного пересмотра — стало первым индикатором для выделения вопросов, связанных с определением допустимости иска, в отдельную категорию¹³.

Хотя данный вид судебного вмешательства в деятельность третейских судов представляет собой огромную важность для всех участников арбитражного разбирательства, его не следует использовать в качестве методологической основы для разграничения вышеназванных понятий¹⁴. Полномочия государственного суда на пересмотр выводов, сделанных арбитрами в арбитражном решении, отражают особенности национального права об

¹¹ Не соглашаясь с выводом В. Хейсканена об отсутствии существенных различий между понятиями «компетенция» и «допустимость», А. Штейнгрубер подчеркивает, что представление о компетенции связано с арбитражным соглашением, а представление о допустимости — с конкретным иском или встречным иском (Steingruber A. Some remarks on Veijo Heiskanen's Note "Manage a trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration" // ICSID Review. 2014. Vol. 29. № 3. P. 681).

¹² Steingruber A. Op. cit. P. 688; Wehlan H. Jurisdiction and Admissibility in Proceedings Under the ICSID Convention and the ICSID Additional Facility Rules // ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues / Ed. by C. Baltag Walters Kluwer, 2017. P. 232.

¹³ В деле *Ambatielos* Международный суд ООН квалифицировал доводы Великобритании о том, что г-н Амбателос не исчерпал местные средства судебной защиты и допустил неоправданную задержку в подаче иска, как вопросы, относящиеся к допустимости иска. Международный суд ООН отказался давать какую-либо оценку этим доводам, поскольку они, с одной стороны, выходили за рамки Декларации 1926 г., подписанной правительствами Великобритании и Греции, а с другой — не были связаны с вопросом об установлении связи между иском и Договором о торговле и мореплавании 1886 г. Декларация 1926 г. представляла собой согласие двух государств (спорящих сторон) о передаче споров частных лиц, возникших из Договора 1886 г., на рассмотрение Арбитражной Комиссии (*Greece v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*. Commission of Arbitration established by the Agreement concluded on February 24, 1955 between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Greece for the arbitration of the *Ambatielos* claim, Judgement. May 19, 1953 (*Ambatielos case*. Judgement (International Court of Justice). Reports of Judgements. Advisory Opinions and Orders. P. 23). Данные факты необходимо учитывать при оценке вывода Я. Поулсона о том, что вопросы допустимости в деле *Ambatielos* были «оставлены» на разрешение Арбитражной Комиссии (*Paulsson J. Jurisdiction and Admissibility // Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of Robert Briner*. ICC Publishing. Publication 693. 2005. P. 605).

¹⁴ Возможность пересмотра арбитражного решения выделено Я. Поулсоном в качестве одного из признаков, позволяющих разграничить вопросы юрисдикции и допустимости: «Для того чтобы понять, относится ли оспаривание к юрисдикции или допустимости, необходимо представить себе, что оно достигает своей цели. Если причиной такого результата будет довод о том, что иск не может быть предъявлен в конкретном форуме, рассматривающем спор, вопрос является обычно одним из вопросов юрисдикции и может быть в дальнейшем предметом пересмотра. Если причиной будет довод о том, что иск вообще не должен рассматриваться в рамках устных слушаний (или, по крайней мере, не сейчас), вопрос является обычно одним из вопросов допустимости, и решение арбитражного трибунала является окончательным (Paulsson J. Op. cit. P. 617).

арбитраже, поэтому их отсутствие или наличие не является критерием для рассмотрения того или иного вопроса в рамках допустимости иска или юрисдикции¹⁵. Более перспективным выглядит направление, ставящее во главу угла конфликт юрисдикций, хотя и оно не должно умалять самостоятельное значение понятия «допустимость», используемого арбитрами в своих решениях или учеными в научной литературе. Если согласие на арбитраж выражено в четких и ясных формулировках, однозначно указывающих на выбор конкретного арбитражного института, логично предположить, что сторона, выступающая против проведения арбитражного разбирательства, не будет использовать их для обоснования юрисдикции государственного суда или другого арбитражного института. Вместе с тем условия передачи спора на рассмотрение в арбитраж могут содержать различные требования о соблюдении претензионного порядка или сроков для подачи искового заявления или проведения арбитражного разбирательства. Несоблюдение данных условий может привести к невозможности обращения к арбитражу как способу разрешения споров.

В западной юридической литературе предлагаются другие способы разграничения вопросов, связанных с определением допустимости иска и установлением юрисдикции. В их основе лежат процессуальные особенности и последствия, возникающие в результате принятия третейским судом соответствующих решений. Так, например, некоторые арбитры предпочитают рассматривать вопрос о наличии или отсутствии своей юрисдикции по собственной инициативе¹⁶, что легко объяснимо в силу существования у государственного суда полномочия проверить правильность сделанных арбитрами выводов и в случае обнаружения в них ошибки пересмотреть их. Однако эта опасность актуальна лишь в отношении тех арбитражных разбирательств, которые проходят по правилам, применимым к разрешению коммерческих споров в рамках арбитража *ad hoc* (Регламента ЮНСИТРАЛ), или регламентам известных арбитражных институтов (Арбитражного института Торговой палаты г.Стокгольма (SCC), Лондонского международного третейского суда (LCIA) и др.). Предоставленное арбитрам право самостоятельно поднимать вопрос о своей юрисдикции служит дополнительной

¹⁵ В деле *Venezuela Holdings v. Venezuela* одно из возражений истца против ходатайства ответчика об отмене арбитражного решения заключалось в том, что вопрос о злоупотреблении правом относится к допустимости иска, а не к вопросу о юрисдикции арбитражного трибунала. По мнению ответчика, злоупотребление правом выразилось в проведении истцом реорганизации своей корпоративной структуры, которая преследовала единственную цель — получение права на подачу иска в ICSID. По мнению истца, выводы арбитражного трибунала по этому вопросу не могут быть пересмотрены комиссией *ad hoc* в рамках довода о явном превышении полномочий арбитров (ст. 52 (1) (b) Вашингтонской конвенции 1965 г.), поскольку не относятся к решению о юрисдикции, а являются результатом усмотрения арбитров. Указав на различие между допустимостью иска и юрисдикцией, а также на сложность обнаружения явного превышения полномочий арбитров при осуществлении ими дискреционных полномочий, комиссия *ad hoc* тем не менее не стала рассматривать вопрос о злоупотреблении правом в рамках вышеупомянутой классификации (*Venezuela Holdings, B. V., Mobil Cerro Negro Holdings, Ltd. Mobil Venezolana de Petroleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., Mobil Venezolana de Petroleos, Inc. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*. ICSID case No. ARB/07/27. Decision on Annulment. March 9, 2017 (*Venezuela Holdings v. Venezuela* (Decision on Annulment). Par. 110, 111).

¹⁶ *Liberian Eastern Timber Corporation v. The Republic of Liberia*, ICSID case No. ARB/83/2. Award. March 31, 1986 (*Liberian Eastern v. Liberia* (Award)); *Kaiser Bauxite v. Jamaica*, ICSID case No. ARB/72/3. Decision on Jurisdiction and Competence. July 6, 1975 (*Kaiser v. Jamaica* (Decision on Jurisdiction)). Par. 6–25.

мерой предосторожности, уменьшающей риск вынесения неисполнимых арбитражных решений. Необходимость в применении этой меры при определении допустимости иска отпадает¹⁷.

Постановка вопроса о юрисдикции ограничивает спорящие стороны временными рамками при формировании доказательственной базы, поскольку оценке подлежат лишь фактические обстоятельства, возникшие на дату начала арбитража. Кроме того, стороны не обладают правом изменить требования, которые должны быть выполнены для вынесения третейским судом решения о наличии своей юрисдикции по спору¹⁸.

Прямо противоположная картина наблюдается при рассмотрении вопросов о допустимости иска. Временные рамки фактических обстоятельств, подлежащих правовому анализу третейского суда, расширяются до момента вынесения окончательного арбитражного решения. Стороны вправе отказаться от соблюдения условий и требований, необходимых для квалификации иска как допустимого¹⁹. Арбитры обладают «большой процессуальной гибкостью» в выборе подходящего процессуального решения, которое учитывает характер и степень процессуального нарушения, совершенного истцом. Если оно носит временный характер, третейский суд вправе приостановить арбитражное разбирательство и дать срок истцу для соблюдения всех необходимых процессуальных требований. Такое право у арбитров отсутствует при рассмотрении ими вопроса о юрисдикции.

Предоставление сторонам и арбитрам широкой свободы для устранения процессуальных барьеров компенсируется, в свою очередь, рядом процессуальных последствий, которые могут наступить в отношении действий ответчика (отказ от права на возражения против допустимости иска) или арбитров (лишение выводов о допустимости иска преюдициального характера)²⁰. К сожалению, перечисленные способы представляют собой ретроспективный взгляд на рассматриваемую проблему. Они не обладают свойством квалифицирующих признаков и не могут служить эффективным руководством для третейского суда по разграничению вопросов об установлении юрисдикции и определении допустимости иска.

Одной из попыток сформулировать квалифицирующий признак является создание классификации на основе подробного анализа условий, содержащихся в положениях международного инвестиционного соглашения или инвестиционного контракта о порядке разрешения инвестиционных споров. Главная цель этого анализа заключается в определении объекта правового регулирования при оценке международного договора или волеизъявления сторон при оценке инвестиционного контракта. Если требования, содержащиеся в положениях о порядке разрешения инвестиционных споров, затрагивают только согласие на арбитраж, они носят юрисдикционный характер. Если иностранный инвестор должен соблюдать данные требования вне зависимости от выбранного им форума, речь идет о допустимости иска²¹.

¹⁷ Weibel M. Investment Arbitration: Jurisdiction and Admissibility // University of Cambridge Faculty of Law Research. Paper № 9/2014. P. 67.

¹⁸ *Supervision y Control, S. A. v. The Republic of Costa Rica*, ICSID case No. ARB/12/4. Award. January 18, 2017 (*SyC v. Costa Rica (Award)*). Par. 272.

¹⁹ Par. 273.

²⁰ Weibel M. Op. cit. P. 67–70.

²¹ Wehlan H. Op. cit. P. 241–247.

В международных инвестиционных соглашениях часто встречаются условия об обязательном проведении процедуры по мирному урегулированию спора (*cooling-off period*), предварительном обращении в местные государственные суды (*prior recourse to local courts*), отказе (*waiver*) от возбуждения, продолжения административного или судебного процесса, выборе между арбитражем и государственным судом. Все перечисленные условия представляют собой своеобразные процессуальные барьеры на пути иностранного инвестора при защите своих интересов. Как правило, сфера их применения ограничена арбитражем, хотя встречаются случаи, когда процессуальные требования носят универсальный характер и подлежат соблюдению иностранным инвестором даже при обращении в государственный суд. К примеру, предварительное обращение в местные государственные суды, являющееся модификацией такого требования об исчерпании местных средств защиты (*exhaustion of local remedies*), может являться предварительным условием только для разрешения инвестиционного спора в арбитраже, так как само название указывает на необходимость обращения к органам власти в принимающем государстве²². Данный вывод в равной степени относится и к отказу от возбуждения, продолжения судебного или административного процесса, который должен быть сделан иностранным инвестором при подаче иска в арбитраж в соответствии с Североамериканским соглашением о свободной торговле 1992 г. (НАФТА)²³. Безусловно, правило об отказе не

²² В большинстве случаев арбитры рассматривают требование об исчерпании местных средств в рамках вопроса о юрисдикции. (См.: *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID case No. ARB/97/7. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. January 25, 2000 (*Maffezini v. Spain* (Decision on Jurisdiction)). Par. 36; *Wintershall Aktiengesellschaft v. The Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/04/14. Award. December 8, 2008 (*Wintershall v. Argentina* (Award)). Par. 147, 156; *Impregilo S. p. A. v. The Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/07/17. Award. June 21, 2011 (*Impregilo v. Argentina* (Award)). Par. 94; *ICS Inspection and Control Services Limited v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, PCA case No. 2010-9. Award on Jurisdiction. February 10, 2012 (*ICS v. Argentina* (Award on Jurisdiction)). P. 262; *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/05/1. Award. August 22, 2012 (*Daimler v. Argentina* (Award)). Par. 193, 194; *Kilic Insaat Ithalat Ihracat Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi v. Turkmenistan*, ICSID case No. ARB/10/1. Award. July 2, 2013 (*Kilic v. Turkmenistan*). Par. 6.2.9, 6.3.15; *Omer Dede and Serdar Elhuseyni v. Romania*, ICSID case No. ARB/10/22. Award. September 5, 2013 (*Dede v. Romania* (Award)). Par. 225; *Abaclat v. Argentina* (Dissenting Opinion)). Par. 24. Вместе с тем встречаются случаи, когда данное требование квалифицируется в качестве допустимости иска. См.: *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, UNCITRAL case. Final Award. December 24, 2007 (*BG Group v. Argentina* (Award)). Par. 140–146; *Abaclat and Others (case formerly known as Giovanna a Beccara and Others) v. The Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/07/05. Decision on Jurisdiction and Admissibility. August 4, 2011 (*Abaclat v. Argentina* (Decision on Jurisdiction)). Par. 496; *Hochtief AG v. The Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/07/31. Decision on Jurisdiction. October 24, 2011 (*Hochtief v. Argentina* (Decision on Jurisdiction)). Par. 96.

²³ Статья 1121 НАФТА. В деле *Waste Management v. Mexico* отказ от возбуждения судебного процесса рассматривался арбитражным трибуналом как вопрос юрисдикции (*Waste Management, Inc. v. The United Mexican States*, ICSID case No. ARB (AF)/98/2. Award. June 2, 2000 (*Waste Management v. Mexico* (Award)). Par. 31). Вместе с тем арбитр К. Хайер (K. Hight) в своем Особом мнении сделала важное уточнение о том, что установление факта последующего поведения ответчика, не соответствующего его заявлению об отказе от возбуждения судебного процесса, следует оценивать в рамках допустимости иска (*Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID case No. ARB (AF)/98/2. Dissenting Opinion. May 8, 2000 (*Waste Management v. Mexico* (Dissenting Opinion)). Par. 59). Такой же подход был применен арбитражным трибуналом в деле *Ethyl v. Canada*, посчитавшим допустимым наличие отказа от возбуждения судебного процесса в иске, а не в уведомлении об арбитраже (*Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, UNCITRAL, NAFTA case. Award on Jurisdiction. June 24, 1998 (*Ethyl v. Canada* (Award on Jurisdiction)). Par. 91).

подлежит применению (даже в порядке аналогии) при обращении иностранного инвестора в государственный суд.

Иная ситуация складывается с предоставлением иностранному инвестору выбора между арбитражем и государственным судом, обычно содержащегося в так называемой оговорке о развилке дорог (*fork-in-the-road*). В отличие от двух предыдущих случаев действия иностранного инвестора, относящиеся к средствам судебной защиты, препятствуют ему использовать арбитраж как способ разрешения инвестиционного спора. Подав иск в государственный суд, иностранный инвестор лишается права на разрешение спора в арбитраже по тому же предмету и тем же основаниям²⁴. Таким образом, процессуальные требования, связанные с предварительным обращением в местные государственные суды, отказом от возбуждения, продолжения судебного или административного процесса, применением оговорки о развилке дорог, рассматриваются как вопросы юрисдикции. Нетрудно заметить, что в этот ряд не включено условие об обязательном проведении процедуры по мирному урегулированию спора²⁵. Оно может носить универсальный характер, т. е. распространяться на все форумы, упомянутые в международном инвестиционном соглашении. Тем самым процедура по мирному урегулированию спора служит единственным примером, когда терминология конвенционного положения о разрешении инвестиционных споров играет ключевую роль при разграничении вопросов, относящихся к юрисдикции или допустимости. Возложение обязанности на иностранного инвестора по мирному урегулированию спора, которая подлежит выполнению им только при обращении в арбитраж, оценивается третейским судом в рамках принятия решения о своей юрисдикции. Существование данной обязанности вне

²⁴ В деле *CMS v. Argentina* арбитражный трибунал не нашел оснований для применения оговорки о развилке дорог в силу отсутствия факта обращения истца в государственный суд принимающего государства, а также различной природы исков, основанных на международном инвестиционном соглашении, и частного договора (*CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID case No. ARB/01/8. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. July 17, 2003 (*CMS v. Argentina* (Decision on Jurisdiction)). Par. 80). Также см.: *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, LCIA case No. UN 3467. Final Award. July 1, 2004 (*Occidental v. Ecuador* (Award)). Par. 48, 49; *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/03/13. Decision on Preliminary Objections. July 27, 2006 (*Pan American v. Argentina* (Decision on Jurisdiction)). Par. 157.

²⁵ Современная арбитражная практика не выработала еще единый подход в отношении условия о мирном урегулировании спора. Некоторые арбитры вообще не рассматривают его в качестве обязательного требования для начала арбитража (*Ethyl v. Canada* (Award on Jurisdiction)). Par. 85; *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL case. Final Award. September 3, 2001 (*Lauder v. The Czech Republic* (Award)). Par. 187–191; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. The United Republic of Tanzania*, ICSID case No. ARB/05/22. Award. July 24, 2008 (*Biwater v. Tanzania* (Award)). Par. 343; *Abaclat v. Argentina* (Decision on Jurisdiction)). Par. 565). Некоторые арбитры рассматривают данное условие в качестве вопроса юрисдикции (*Enron Corporation and Ponderosa Assets, L. P. v. The Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/01/3. Decision on Jurisdiction. January 14, 2004 (*Enron v. Argentina* (Decision on Jurisdiction)). Par. 88; *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B. V. v. The Republic of Turkey*, ICSID case No. ARB/11/28. Decision on Bifurcated Jurisdictional Issue. March 5, 2013 (*Tulip v. Turkey* (Decision on Jurisdiction)). Par. 72; *Guaracachi America, Inc. and Rurelec P. C. v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA case No. 2011-17. Award. January 31, 2014 (*Guaracachi v. Bolivia* (Award)). Par. 390; *Abaclat v. Argentina* (Dissenting Opinion). Par. 24). Встречаются также случаи, когда арбитры квалифицируют условие о мирном урегулировании спора в качестве вопроса допустимости (*Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic*, UNCITRAL case. Award. March 5, 2011 (*Alps v. The Slovak Republic* (Award)). Par. 200–212; *SyC v. Costa Rica* (Award). Par. 336–348).

зависимости от форума, выбранного иностранным инвестором, ставит вопрос о допустимости иска в целом. В предложенной конструкции угадывается влияние традиционного подхода, разделяющего проблему на две составляющие: установление арбитражного соглашения и его реализацию путем подачи иска. Суть этого подхода заключается в том, что при оспаривании юрисдикции предметом проверки является сама возможность третейского суда разрешить спор по существу. Во втором случае данная возможность за ним сохраняется²⁶, но предметом оспаривания будет возможность истца предъявить иск для защиты своих интересов в любом форуме.

Нельзя не отметить один существенный недостаток рассматриваемой классификации. Третейский суд приходит к выводам о допустимости иска не в силу универсального характера процессуальных барьеров, предусмотренных в международном инвестиционном соглашении или инвестиционном контракте. Их применение в отношении других форумов вообще не имеет практического значения для разграничения вопросов юрисдикции и допустимости в рамках проводимого арбитражного разбирательства. Последняя категория не утрачивает своих сущностных характеристик, даже если ограничивается каким-либо одним способом разрешения споров, т. е. арбитражем. Разграничение между допустимостью и юрисдикцией может быть методологически оправданно, если приводит к выделению отдельной категории вопросов, не подпадающих под специальные основания оспаривания юрисдикции, связанные, к примеру, с установлением статуса иностранного инвестора (*ratione personae*) или инвестиции (*ratione materiae*). Основанием для рассмотрения вопроса о допустимости иска является установление согласия на арбитраж, выраженного иностранным инвестором путем применения положения международного инвестиционного соглашения о разрешении инвестиционных споров или арбитражной оговорки в инвестиционном контракте, что подтверждает право третейского суда рассматривать возражения, предъявляемые ответчиком не в силу отсутствия специальных оснований для юрисдикции третейского суда, а в силу отсутствия у спора необходимых свойств, которые могут появиться в будущем, если истец предпримет определенные действия.

Поскольку возражения ответчика так или иначе сводятся к существованию препятствия временного характера для рассмотрения спора третейским судом: истек срок для подачи искового заявления, не была начата или завершена процедура по мирному урегулированию спора, — все они могут быть объединены в группу вопросов под названием «своевременность подачи иска»²⁷. Из нее автоматически исключаются другие средства защиты ответчика, направленные на оспаривание самого факта заключения сторонами арбитражного соглашения, установление обстоятельств, лишающих его правового эффекта, в том числе признание арбитражного соглашения недействительным, недопустимым с точки зрения арбитрабельности.

²⁶ Тем не менее данное свойство не стоит абсолютизировать, как это делает А. Штейнгрубер, когда говорит о том, что фокус «допустимости» смещен в сторону материально-правовой защиты инвестиции (Steingruber A. Op. cit. P. 688, 689).

²⁷ В. Хейсканен рассматривает эту группу вопросов в рамках *ratione temporis*, в которую помимо процедуры мирного урегулирования спора включает исчерпание местных средств (Heiskanen V. Op. cit. P. 8–9).

В сущности, сам выбор средства защиты, используемый ответчиком для оспаривания компетенции арбитров, фокусирует их внимание на той категории вопросов, на которой ответчик делает основной акцент. К примеру, заявление о недействительности арбитражного соглашения предполагает оценку действий, совершенных сторонами при его заключении. Довод о несвоевременности подачи иска подразумевает проверку процессуальных действий, совершенных истцом с целью возбуждения арбитражного разбирательства. Возражения ответчика о неарбитрабельности спора связаны с утверждением о том, что спорное правоотношение не может быть предметом рассмотрения в арбитраже с точки зрения применимого права, т. е. акцент сделан на отсутствии в спорном правоотношении особого свойства, являющегося необходимым условием для обращения к арбитражу как альтернативному способу разрешения споров. Все перечисленные категории вопросов (за исключением первой — недействительность арбитражного соглашения) охватываются понятием «допустимость иска».

Также существует еще одна категория вопросов, которые не исключают юрисдикцию другого форума по спору, переданному на разрешение в инвестиционный арбитраж, но не создают проблему конфликта юрисдикций. Речь идет о случаях, когда факт нарушения обязательств, возложенных на принимающее государство по международному инвестиционному соглашению, может быть установлен только после установления факта нарушения обязательств, предусмотренных в инвестиционном контракте между этим государством и иностранным инвестором. Включение в него оговорки о передаче споров на рассмотрение международного коммерческого арбитража или национального государственного суда ограничивает полномочия третейского суда, разрешающего инвестиционный спор. Суть данного ограничения заключается в приостановлении арбитражного разбирательства до вынесения решения вышеназванным форумом²⁸.

Оценивая подобные ситуации с теоретической точки зрения, арбитры предпочитают использовать понятие «допустимость иска», фокусируя свое внимание не на наличии у третейского суда юрисдикции, которая не может быть отменена инвестиционным контрактом, а на праве иностранного инвестора ссылаться на этот контракт как на правовую основу своего иска²⁹. Таким образом, третейский суд, рассматривающий инвестиционный спор, не отказывается от своих полномочий, но приостанавливает их осуществление до момента разрешения той части материально-правовых требований истца,

²⁸ *SGS Societe Generale de Surveillance S. A. v. The Republic of the Philippines*, ICSID case No. ARB/02/6. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. January 29, 2004 (*SGS v. Philippines* (Decision on Jurisdiction)). Par. 177.

²⁹ Арбитражный трибунал в деле *SGS v. Philippines* указал: «Вопрос заключается не в том, имеет ли Трибунал юрисдикцию: если нет явных сведений об ином, юрисдикция на основе международного договора не может быть отменена контрактом. Вопрос заключается в том, вправе ли сторона полагаться на контракт как на основу своего иска, когда контракт передает этот иск на рассмотрение исключительно в другой форум. По мнению Трибунала, ответ должен быть следующим: ей не следует разрешать поступать так, если нет веских причин, таких как форс-мажор, препятствующих истцу соблюдать свои обязательства по контракту. Это затруднение, основанное на принципе о том, что сторона по контракту не может подать иск из контракта без соблюдения своих обязательств по нему, более естественно рассматривать как вопрос допустимости, а не юрисдикции (*SGS v. Philippines* (Decision on Jurisdiction)). Par. 154). Также см.: Douglas Z. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge University Press, 2009. P. 363.

составляющих предмет коммерческого спора, которая попадает в сферу действия арбитражной или пророгационной оговорки в инвестиционном контракте³⁰.

Своевременность подачи иска

Своевременность подачи иска имеет большое значение для арбитражного разбирательства, поскольку нарушение истцом процедуры или сроков, установленных в арбитражном соглашении, может поставить под сомнение правомерность арбитража как способа разрешения спора. На сегодняшний день нельзя с полной уверенностью утверждать, что отсутствуют веские доводы против исключения этой группы вопросов из предмета судебного пересмотра. Безусловно, данный вывод, в силу своей категоричности, подразумевает существенное ограничение полномочий третейского суда, что предсказуемо вызывает неудовольствие в сообществе практикующих арбитров и ученых, придерживающихся проарбитражного подхода. В то же время не следует забывать и об интересах стороны арбитражного соглашения, выступающей против проведения арбитражного разбирательства и надеющейся на свое право обратиться в государственный суд, если ее интересы по каким-либо причинам или основаниям не будут учтены третейским судом.

Прежде всего, необходимо отметить, что система универсальных международных норм, обозначающих рамки судебного вмешательства в арбитражное разбирательство, не содержит прямого запрета на судебный пересмотр вопросов, касающихся своевременности подачи иска. Данный факт не рассматривается сторонниками проарбитражного подхода в качестве основания для судебного вмешательства. Более того, отсутствие в ст. 5 Нью-Йоркской конвенции 1958 г. упоминания о допустимости иска служит достаточным доказательством того, что государственный суд не вправе пересматривать вывод третейского суда по этому вопросу при рассмотрении ходатайства о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений³¹. На

³⁰ По мнению Э. Гайяра, данный подход представляет собой попытку совместить два противоречащих друг другу намерения: намерение сторон инвестиционного контракта передать спор на рассмотрение форума, предусмотренного этим контрактом, и намерение договаривающихся сторон в двустороннем инвестиционном соглашении ДИС предоставить иностранному инвестору право выбора подходящего форума. В итоге арбитражный трибунал, принимая решение о приостановлении арбитражного разбирательства, выходя за пределы своей юрисдикции, фактически превращая ее содержание в пустую оболочку (*empty shell*), что приводит к лишению смысла соответствующих положений о разрешении споров в двустороннем инвестиционном соглашении (Gaillard E. *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the SGS Cases Considered // International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law / Ed. by T. Weiler, Cameron May Ltd., 2005. P. 334*).

³¹ Именно к такому выводу приходит А. П. Гармоза в результате правового анализа Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 г.: «Что касается вопроса о допустимости иска, то его решение остается на усмотрение состава арбитража. Решение состава арбитража не может быть отменено или ему не может быть отказано в признании и приведении в исполнение на том основании, что суд неверно разрешил вопрос о допустимости иска. Такие основания для отказа в признании и приведении арбитражного решения в исполнение или для отмены арбитражного решения не содержатся ни в Нью-Йоркской конвенции, ни в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, на которых основывается арбитражное законодательство множества государств. Как в Нью-Йоркской конвенции, так и в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже заложен принцип, согласно которому решения состава арбитража, обладающего компетенцией,

первый взгляд, подобный ход рассуждений не лишен смысла, поскольку цель разработчиков Нью-Йоркской конвенции 1958 г. заключалась в установлении четких рамок судебного вмешательства после вынесения арбитражного решения, что представляется довольно затруднительным, если не предусмотреть исчерпывающий перечень оснований для отказа в совершении требуемого процессуального действия. Вместе с тем необходимо учитывать и другие возможности, имеющиеся в распоряжении государственного суда по осуществлению своего вмешательства в арбитражное разбирательство. Речь идет о праве суда договаривающегося государства, предусмотренном в п. 2 ст. 3 Нью-Йоркской конвенции 1958 г., направить стороны в арбитраж, если им будет установлено, что арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено. Последние два обстоятельства, лишаящие арбитражное соглашение правового эффекта, могут возникнуть из-за несвоевременности подачи иска. Таким образом, государственный суд сталкивается с необходимостью дать правовую оценку действиям истца по возбуждению арбитражного разбирательства, чтобы установить наличие или отсутствие вышеназванных пороков у арбитражного соглашения³². Принятие третейским судом предварительного решения о наличии своей компетенции не является основанием для отказа в проведении государственным судом самостоятельного исследования всех спорных вопросов, если национальное процессуальное право не предписывает ему осуществить судебную проверку в режиме *prima facie*.

Преждевременно говорить о формировании общепринятого подхода, в соответствии с которым своевременность подачи иска должна быть исключена из судебной проверки окончательного арбитражного решения даже на стадии его признания и исполнения. Доводы в поддержку этого тезиса обычно носят доктринальный характер без привязки к тексту соответствующих правовых норм. Отсутствие у государственного суда права на пересмотр выводов третейского суда, касающихся своевременности подачи иска, объясняется не различным режимом правового регулирования, что предусмотрено в ст. 2 и 5 Нью-Йоркской конвенции 1958 г., а рассмотрением допустимости иска вне рамок решения о юрисдикции³³. Взаимосвязь между ст. 2 и 5 Нью-Йоркской конвенции 1958 г. носит настолько тесный характер, что в юридической литературе и арбитражной практике допускалось применение аналогии одной нормы к другой (к примеру, применение коллизионных норм,

являются окончательными». Цит. по: Гармоза А. П. Арбитраж на основании международных инвестиционных соглашений: вопросы компетенции. М., 2012. С. 39–40.

³² В Обзоре судебной практики 2012 г. по применению Типового Закона ЮНСИТРАЛ 1985 г. (в ред. 2006 г.) приведены многочисленные случаи, когда сторонами не были соблюдены формальные требования, или событие, придающее юридическую силу арбитражному соглашению, не наступило. Рассмотрение этих вопросов государственными судами в порядке применения п. 1 ст. 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 г. (текст данной нормы идентичен п. 3 ст. 2 Нью-Йоркской конвенции 1958 г.) приведено как пример допустимого судебного вмешательства в арбитражное разбирательство (UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration. New York, 2012. P. 39).

³³ В Руководстве Международного совета по коммерческому арбитражу (МСКА) по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г. отмечается, что «зрелость требований и аналогичные вопросы обычно относятся к вопросу допустимости (а не юрисдикции) и потому не могут проверяться судами» (Руководство МСКА по толкованию Нью-Йоркской конвенции 1958 г.: пособие для судей. М., 2012. С. 80).

предусмотренных в п. 1 (а) ст. 5, к ст. 2 Нью-Йоркской конвенции 1958 г.)³⁴. Более того, в практике национальных судов, в частности французских и итальянских, можно встретить подход, основанный на применении государственным судом материально-правовых норм ст. 2 Нью-Йоркской конвенции 1958 г. при рассмотрении ходатайства о признании и исполнении арбитражных решений, а также их отмене³⁵.

Применение вышеназванной аналогии получило свое нормативное закрепление в п. 2 ст. 6 Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. Эта норма может рассматриваться как «модификация» или «дополнение» к коллизионному правилу, предусмотренному в п. 1 (а) ст. 5 Нью-Йоркской конвенции 1958 г.³⁶ Суть изменений заключается в установлении сложной системы коллизионных привязок, адаптированных под первоначальную стадию арбитража, т. е. до вынесения арбитражного решения по существу дела, а также расширении объекта материально-правового регулирования. В отличие от п. 1 (а) ст. 5 Нью-Йоркской конвенции 1958 г. полномочия государственного суда распространяются на вопросы действительности арбитражного соглашения и его наличия³⁷. Как уже было сказано ранее, последний термин включает в себя вопрос о своевременности подачи иска. Что же касается нововведений коллизионного характера, то необходимо в первую очередь выделить принцип автономии воли сторон, отсутствующий в п. 3 ст. 2 Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Если стороны не воспользовались им и не договорились о праве, применимом к арбитражному соглашению, наступает очередь двух субсидиарных коллизионных привязок. В качестве первой указан закон страны, в которой должно быть вынесено арбитражное решение (необходимая модификация коллизионного правила *lex arbitri*, предусмотренного в п. 1 (а) ст. 5 Нью-Йоркской конвенции 1958 г.). Во второй привязке закреплена обязанность государственного суда обращаться к коллизионным нормам своей страны для определения применимого права.

³⁴ Лебедев С. Н. Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашения сторон // Избранные труды по международному коммерческому арбитражу, праву международной торговли, международному частному праву, частному морскому праву. М., 2009. С. 363–365; Ануров В. Н. Юридическая природа международного коммерческого арбитража. Вопросы теории и практики. М., 2000. С. 113–114; Карабельников Б. Р. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. М., 2008. С. 79–80.

³⁵ См.: № 12 Cour d'appel, Paris, 20 January 1987, *Bonzar Oil NV a Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières — ETAP* // Yearbook Commercial Arbitration. 1988. Vol. XIII. P. 466–470; *Berg A. J. van den*. New York Arbitration Convention of 1958: Synthesis of 45 Years of Judicial Practice / International Conference Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (on the occasion of 45th Anniversary of the New York Convention). Moscow, 13–14 October, 2003. P. 77–78.

³⁶ Лебедев С. Н. Указ. соч. С. 366.

³⁷ Вместе с тем нельзя говорить об идентичности объекта материально-правового регулирования (п. 3 ст. 2 Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и п. 2 ст. 6 Европейской конвенции 1961 г.) В первом случае речь идет о действительности, наличии и исполнимости арбитражного соглашения, во втором — только о действительности и наличии. Исполнимость арбитражного соглашения не включена в перечень вопросов, подлежащих проверке государственным судом в силу применения п. 2 ст. 6 Европейской конвенции 1961 г. В российской юридической литературе встречается противоположная позиция по данному вопросу: «...В п. 2 VI Европейской конвенции не только предписывается применять к вопросу о действительности, сохранении силы и исполнимости арбитражного соглашения правила, аналогичные нормам подп. «а» п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции, но и развиваются данные нормы...» цит. по: Карабельников Б. Р. Указ. соч. С. 79.

Приведенный анализ международно-правовых норм подчеркивает исключительную важность волеизъявления лиц, участвующих в арбитражном разбирательстве. Причем круг этих лиц не ограничивается сторонами арбитражного соглашения. В него входят и арбитры, чье усмотрение имеет существенное значение при толковании условий арбитражного соглашения, регламента (в случае арбитражного института) или создании новых правил в конкретном арбитражном разбирательстве, если такая необходимость продиктована сложившимися обстоятельствами и отсутствием соответствующих указаний в соглашении сторон или регламенте. Формирование третейского суда означает трансформацию арбитражного соглашения, которое переходит на новый уровень, поскольку появляется третье лицо (единоличный арбитр или коллегия арбитров), обладающее правом принимать окончательное решение в рамках проводимых им процедур.

Изменение субъектного состава влечет изменение характера правоотношений. Если между сторонами арбитражного соглашения сохраняются горизонтальные отношения, поскольку они обладают равным процессуальным статусом, то между сторонами арбитражного соглашения и третейским судом возникают отношения вертикального характера. Эта модель была известна еще в русской дореволюционной доктрине процессуального права как «конструкция трехсубъектного процессуального отношения»³⁸. Она предполагает появление третьей стороны, обладающей властью над спорящими сторонами, которые должны подчиняться ее решениям, вынесенным как по порядку ведения процесса, так и по существу дела, с учетом права на обжалования, предусмотренного в национальном процессуальном законодательстве. Обращение заинтересованной стороны к средствам судебной защиты осуществляется в силу наличия у любого лица права на правосудие, возникновение которого не обусловлено заключением какого-либо предварительного соглашения с процессуальным оппонентом. Напротив, для передачи спора на разрешение третейского суда стороны должны заключить арбитражное соглашение. Тем самым они добровольно отказываются от гарантированной государством модели и выбирают альтернативную модель, с помощью которой надеются обеспечить более эффективную защиту своих прав. Ключевой фигурой в этой модели является третья сторона (единоличный арбитр или коллегия арбитров), которая распоряжается ходом арбитражного разбирательства и дает обязательные указания другим участникам. Кроме того, она выступает необходимым посредником между спорящими сторонами при реализации ими своих процессуальных прав и обязанностей, поскольку модель «трехсубъектного процессуального правоотношения» значительно отличается от структуры гражданско-правового отношения, в котором стороны обладают правом самостоятельно определять его содержание. В арбитражном разбирательстве стороны утрачивают это право и вынуждены обращаться к третьей стороне (третейскому суду), чтобы получить разрешение на совершение какого-либо процессуального действия или наложение какой-либо процессуальной обязанности на своего процессуального оппонента.

Конструкцию «трехсубъектного процессуального отношения» необходимо учитывать при исследовании вопросов, связанных с соотношением между

³⁸ Гордон В. М. Иски о признании. Ярославль, 1906. С. 6.

принципом свободы договора и императивными нормами национального законодательства об арбитраже, налагающего на участников арбитражного разбирательства ряд ограничений на совершение ими определенных действий как материально-правового, так и процессуального характера. К материально-правовым ограничениям можно отнести дополнительные требования, предъявляемые к заключению арбитражного соглашения в форме договора присоединения или положения устава юридического лица о передаче корпоративных споров в арбитраж. В первом случае арбитражное соглашение вступает в юридическую силу с момента возникновения основания для предъявления иска, что автоматически подрывает эффективность заключения любого соглашения сторон о передаче будущих споров на разрешение арбитража, если оно может быть квалифицировано как договор присоединения³⁹. По-видимому, установление данного временного ограничения в российском праве настолько «усилило» положение присоединяющейся стороны, что поставило под угрозу саму возможность обращения к арбитражу в некоторых сферах хозяйственной деятельности, в частности в биржевой торговле⁴⁰, в связи с чем законодатель сначала сделал специальную оговорку о признании арбитражного соглашения, включенного в правила организованных торгов или правила клиринга⁴¹, а потом вообще отказался от сравнения договора присоединения с арбитражным соглашением⁴². Во втором случае ограничения связаны преимущественно с многочисленностью участников юридического лица и необходимостью обеспечить защиту их интересов. Данная задача, по мнению законодателя, может быть достигнута путем единогласного голосования всеми участниками юридического лица при принятии решения о включении арбитражного соглашения в устав или внесении в него изменений, затрагивающих арбитражное соглашение, а также путем установления запрета на включение арбитражного соглашения в устав публичного акционерного общества или акционерного общества с численностью акционеров — владельцев голосующих акций одна тысяча и более⁴³.

Особенность процессуальных ограничений заключается в том, что сфера их действия распространяется не только на стороны арбитражного соглашения, но и на арбитров. Недавно появившийся в российском законодательстве об арбитраже новый вид соглашения — прямое соглашение — предоставляет

³⁹ Данное требование было предусмотрено в п. 3 ст. 5 ранее действовавшего Федерального закона от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — Закон РФ «О третейских судах» 2002 г.).

⁴⁰ См.: Ануров В. Н. Творчество сторон в формулировании арбитражных соглашений: проблемы и последствия (на примере некоторых дел из арбитражной практики) // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. № 2. С. 43–44.

⁴¹ В 2011 г. были внесены изменения в Закон РФ «О третейских судах» 2002 г. в связи с принятием Федерального закона от 07.02.2011. № 7-ФЗ «О клиринге и клиринговой деятельности» и Федерального закона от 21.11.2011 № 325-ФЗ «Об организованных торгах». Новый п. 1.1 ст. 7 Закона РФ «О третейских судах» 2002 г. признал допустимость включения соглашения о передаче спора на разрешение третейского суда в правила организованных торгов или правила клиринга, которые зарегистрированы в соответствии с законодательством Российской Федерации. Данная норма была почти дословно воспроизведена в ч. 6 ст. 7 ныне действующего Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее — Закон РФ «Об арбитраже» 2015 г.) с незначительными изменениями терминологического характера.

⁴² В Законе РФ «Об арбитраже» 2015 г. такого требования нет.

⁴³ См.: ч. 7 ст. 7 Закона РФ «Об арбитраже» 2015 г.

сторонам арбитражного соглашения самостоятельно урегулировать такие процессуальные вопросы, как проведение устных слушаний, придание арбитражному решению окончательного характера и др.⁴⁴ Более того, законодатель предусмотрел специальные гарантии, исключаящие случаи, когда третейский суд или постоянно действующее арбитражное учреждение может оказать влияние на волеизъявление сторон арбитражного соглашения по этим вопросам. Во-первых, установлен приоритет прямого соглашения по отношению к правилам арбитража; во-вторых, введен прямой запрет на включение условий, которые могут быть согласованы только прямым соглашением, в правила арбитража, администрируемого постоянно действующим арбитражным учреждением⁴⁵. Что же касается процессуальных ограничений, налагаемых на стороны арбитражного соглашения, то в качестве характерного примера можно привести трансформацию английского подхода к исполнению оговорки, получившей название от известного дела *Scott v. Avery*, разрешенного Палатой лордов в 1856 г. (далее — оговорка *Scott v. Avery*). Суть ее заключалась в том, что стороны обладали правом установить в арбитражном соглашении условие, согласно которому основание иска могло возникнуть лишь при условии вынесения арбитражного решения. Таким образом, у сторон отсутствовало право на обращение к средствам судебной защиты до разрешения спора арбитражем по существу, а сами средства сводились к признанию и исполнению арбитражного решения⁴⁶. Исполнение оговорки *Scott v. Avery* приводило к тому, что шестилетний срок исковой давности начинал течь не с момента нарушения договорных обязательств, а с момента вынесения арбитражного решения. Данная возможность была исключена из Закона Англии, Уэльса и Северной Ирландии от 17.06.1996 (далее — Закон Англии об арбитраже 1996 г.)⁴⁷.

Выявление материально-правовых и процессуальных ограничений в арбитраже не является легкой задачей как для ученых, так и для практикующих юристов. Однако наибольшая сложность возникает, когда участники арбитражного разбирательства совершают действия, лежащие в пограничной области, т. е. обладающие способностью изменять свои правовые характеристики в зависимости от фактического состава правоотношения и реализации его сторонами принципа диспозитивности. Обращение заинтересованной стороны к арбитражу может быть обусловлено выполнением ряда условий, содержащихся в арбитражном соглашении и носящих материально-правовой и процессуальный характер. В российском процессуальном праве этот феномен раскрывается посредством таких понятий, как право на иск в материальном смысле и право на предъявление иска как «право на правосудие по конкретному материально-правовому спору»⁴⁸. В первом

⁴⁴ См.: ст. 2, ч. 1 ст. 27, ст. 40 Закона РФ «Об арбитраже» 2015 г.

⁴⁵ См.: ч. 12 ст. 7 Закона РФ «Об арбитраже» 2015 г.

⁴⁶ Mustill M. J., Boyd S. C. *Commercial Arbitration*. London, 1982. P. 127–133.

⁴⁷ В соответствии со ст. 13 (3) Закона Англии об арбитраже 1996 г. любое положение о том, что арбитражное решение является предварительным условием для возбуждения судебного процесса в отношении вопроса, подпадающего под сферу действия арбитражного соглашения, не должно приниматься во внимание.

⁴⁸ Курс советского гражданского процессуального права / Отв ред. А. А. Мельников. М. 1981. Т. 1. С. 423–433 (автор главы — А. А. Добровольский); Гражданское процессуальное право России: Учебник / Под ред. М. С. Шакарян. М. 1996. С. 129 (автор главы — И. М. Пятилетов).

случае государственный суд проверяет соблюдение истцом всех материально-правовых условий для принудительного исполнения его требования к ответчику, включая соблюдение срока исковой давности. Провести такую проверку возможно лишь путем рассмотрения дела по существу. Во втором случае государственный суд проверяет наличие процессуальных предпосылок для подачи иска, которые не находятся в какой-либо связи с установлением права на иск в материальном смысле. Подобный подход применим и к арбитражу с учетом некоторых его особенностей. Среди них в первую очередь следует выделить принцип добровольности, лежащий в основе любой формы альтернативного механизма разрешения споров (за редкими исключениями). В отличие от правосудия арбитраж не является универсальным средством защиты нарушенных прав, гарантированным каждому лицу вне зависимости от его желания воспользоваться этим средством. В качестве необходимой предпосылки любого арбитражного разбирательства выступает согласие его участников. Поэтому запрет на передачу определенной категории споров в арбитраж лишает третейский суд компетенции рассматривать их, но не лишает заинтересованную сторону возможности обратиться в государственный суд за защитой своих нарушенных прав⁴⁹. Таким образом, запрет на арбитраж означает отсутствие компетенции третейского суда, но не отсутствие права на иск в материальном смысле. В то же время несоблюдение истцом всех условий, предусмотренных в арбитражном соглашении и необходимых для реализации своего материально-правового требования в принудительном порядке, не лишает третейский суд компетенции рассматривать дело по существу. Хотя принцип диспозитивности может быть применен в обоих случаях, стороны арбитражного соглашения обладают различной степенью свободы в установлении вышеназванных запретов. Как уже было упомянуто выше, характерным примером для материально-правовых условий, выполнение которых необходимо для рассмотрения спора в арбитраже, служит срок исковой давности, предусмотренный в национальном праве. В нем также можно встретить императивную норму, признающую недействительным любое соглашение сторон об изменении данного срока или порядке его исчисления⁵⁰. Конечно, существует возможность для преодоления этого запрета путем выбора применимого права, устанавливающего

⁴⁹ Применение данного запрета на практике вызывает сомнения у западных ученых. К примеру, Я. Поулсон, рассматривая дело *Maran Coal Corp. v. Vekoma D. V.*, приходит к выводу о том, что несоблюдение 30-дневного срока для подачи иска свидетельствует об утрате права на иск в материальном смысле, нежели о запрете на рассмотрение спора в арбитраже при Международной торговой палате: «Являлся ли 30-дневный предел в деле *Maran Coal* ограничением для трибунала или для иска? Ответ становится очевидным, если поставить вопрос следующим образом: если 30-дневный срок был бы превышен, означает ли это, что в соответствии с намерением сторон иск не должен рассматриваться в арбитраже ICC, а в каком-либо другом форуме или вообще иск не может быть подан? Выбор первого варианта означает, что возражение носит юрисдикционный характер, но очень трудно представить себе, что эта позиция найдет много сторонников. Цель ограничения очевидно заключается в том, чтобы споры не затягивались». Цит. по: Paulsson J. Op. cit. P. 616. В то же время необходимо отметить, что толкование временных ограничений для подачи иска в качестве запрета на арбитраж известно английской судебной практике. См.: *Pinnock Brothers v. Lewis and Peat Ltd.* // Law Reports, King's Bench. 1923. Vol. 1. P. 690; *Hardwick Game Farm v. Suffolk Agricultural and Poultry Producers' Association Ltd.* // Lloyd's Law Reports. 1964. Vol. 2. P. 227; *Ayscough v. Sheed, Thompson & Co Ltd.* // Lloyd's List Law Reports. 1924. Vol. 19. P. 104.

⁵⁰ В соответствии со ст. 198 ГК РФ сроки исковой давности и порядок их исчисления не могут быть изменены соглашением сторон.

более короткий или более продолжительный срок исковой давности. Однако предложенный способ связан с некоторыми неудобствами для заинтересованной стороны, так как предполагает применение выбранного права к другим условиям договора, поскольку вопросы исковой давности подпадают под сферу действия обязательственного статута, определяемого путем применения особой коллизионной привязки «*lex causae*»⁵¹. Гораздо большей свободой обладают стороны арбитражного соглашения, когда определяют категорию споров, подлежащих рассмотрению в арбитраже. Свое абсолютное значение эта свобода достигает при сужении компетенции арбитров путем указания на те споры, которые не подпадают под сферу действия арбитражного соглашения. Обратное действие, т. е. направленное на расширение компетенции арбитров, снова сопряжено с проверкой императивных норм, содержащихся в законодательстве об арбитраже и ограничивающих свободу сторон арбитражного соглашения. Центральное место среди таких ограничителей занимает вопрос об арбитрабельности спора, которая может быть определена по праву места вынесения арбитражного решения или признания и исполнения его государственным судом.

Отсутствие материально-правовых и процессуальных ограничений в национальном праве, применимом к арбитражу, не снимает все спорные вопросы, связанные с определением допустимости иска. Нельзя полагаться исключительно на способность участников арбитражного разбирательства самостоятельно урегулировать разногласия, обычно возникающие при толковании арбитражного соглашения. Кажущаяся ясность слов и выражений, используемых сторонами, может быть подвергнута сомнению исходя из фактических обстоятельств каждого конкретного дела, не говоря уже об исторической обстановке, сложившейся на момент рассмотрения спора и оказывающей безусловное влияние на установление намерения сторон. Ярким примером служит трансформация американского подхода к принципам «компетенции-компетенции» и отделимости арбитражного соглашения.

Окончание статьи читайте в следующем номере журнала.

⁵¹ Международное частное право: Учебник. 3-е изд., перераб. и доп. / Под ред. Г. К. Дмитриевой М., 2012. С. 290 (автор главы — Г. К. Дмитриева).