

Russian Institute of Modern Arbitration

Collection of Articles

**NEW HORIZONS
OF INTERNATIONAL
ARBITRATION**

ISSUE 7



Russian Institute
of Modern Arbitration



Moscow • 2022

UDC (Universal Decimal Classification [УДК]) 341.63
Russian Library-Bibliographical Classification [ББК] 67.412.2
N 69

N 69 **New Horizons of International Arbitration. Issue 7 : Collection of Articles** / Editor-in-Chief: Y. N. Mullina. – Moscow: Russian Institute of Modern Arbitration, 2022. – 212 p.

ISBN 978-5-6042255-4-7 (hardcover)

This edition of “New Horizons of International Arbitration” collects the articles of the speakers at the Russian Arbitration Day – 2022 conference. Despite the fact the conference was not held in 2022, we decided to keep the collection of articles in its traditional format.

This is the seventh collection of articles for that conference. The first six RADs were held in 2013-2015 and 2018-2020. The first six collections of articles, “New Horizons of International Arbitration”, were issued in the same years.

Articles in this book were selected through the strict competitive selection process by the moderators of Russian Arbitration Day – 2022 with application of several criteria (in decreasing order of importance): novelty; significant theoretical research of the topic; practical value of the study; other criteria. These diverse articles represent new approaches to development of practice of and academic studies in international commercial and investment arbitration in Russia and abroad.

This collection is intended for arbitrators and practicing lawyers, judges of the state courts, academics and other researchers, lecturers, postgraduates and students of legal universities and faculties, as well for all those who are interested in international commercial and investment arbitration.

UDC (Universal Decimal Classification [УДК]) 341.63
Russian Library-Bibliographical Classification [ББК] 67.412.2

<https://rad.legalacademy.ru/en>

ISBN 978-5-6042255-4-7

All rights reserved.
© Y.N. Mullina, 2022
© Russian Institute of Modern Arbitration, 2022

Российский институт современного арбитража

Сборник статей

НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

ВЫПУСК 7



Российский институт
современного арбитража

РОССИЙСКИЙ
АРБИТРАЖНЫЙ
ДЕНЬ

Москва • 2022

УДК 341.63
ББК 67.412.2
Н69

Н69 Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 7 : Сборник статей / Ответственный редактор: Ю. Н. Муллина. — Москва: Российский институт современного арбитража, 2022. — 212 с.

ISBN 978-5-6042255-4-7 (в пер.)

Настоящее издание — сборник статей, подготовленных для конференции Российский арбитражный день — 2022. Несмотря на то, что в 2022 году сама конференция не состоялась, мы решили сохранить сборник в традиционном формате.

Это седьмой сборник статей, подготовленных для настоящей конференции. Первые шесть РАД состоялись в 2013—2015 и 2018—2020 гг. В эти же годы были выпущены первые шесть сборников «Новые горизонты международного арбитража».

Статьи в настоящий сборник были отобраны на строгой конкурсной основе модераторами Российского арбитражного дня — 2022 при помощи следующих критериев (по степени убывания их значимости): новизна; серьезная теоретическая проработка поставленной темы; практическая ценность; другие критерии. Эти разноплановые статьи представляют новые подходы к развитию практики и науки международного коммерческого и инвестиционного арбитража в России и за рубежом.

Книга предназначена для судей, арбитров, практикующих юристов, ученых, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, а также для всех интересующихся международным коммерческим и инвестиционным арбитражем.

УДК 341.63
ББК 67.412.2

<https://rad.legalacademy.ru>

ISBN 978-5-6042255-4-7

Все права защищены.
© Ю.Н. Муллина, 2022
© Российский институт современного арбитража, 2022

СОДЕРЖАНИЕ

CONTENTS

Предисловие ответственного редактора	7
<i>Introductory Note from the Editor-in-Chief</i>	9

Информация об авторах	17
<i>Information about the Authors</i>	21

ЯН ПОЛССОН

Правомочие государств давать значимые обещания иностранным лицам	24
<i>Jan Paulsson – The power of states to make meaningful promises to foreigners</i>	

PETER J. PETTIBONE

Implementing Arb-Med-Arb in an International Commercial Arbitration	42
<i>Питер Дж. Петтибон – Применение процедуры Arb-Med-Arb в международном коммерческом арбитраже</i>	

Н.С. АНДРЕЕВА

Оговорка о «периоде охлаждения» (cooling-off period) как средство растопить лед молчания государства в инвестиционном споре	56
<i>Natalia S. Andreeva – The cooling-off period clause as a tool to melt the ice of silence in the investment dispute</i>	

В.С. ВУНУКАЙНЕН

Исключительная компетенция российских судов по санкционным спорам: падающего толкни?	77
<i>Vadim S. Vunukainen – Exclusive jurisdiction of Russian courts regarding the disputes affected by sanctions: “that which is falling should also be pushed?”</i>	

С.Д. ИВАНОВ, А.В. ШАГАЛОВ

Практические последствия ликвидации арбитражного
учреждения 116

*Sergey D. Ivanov, Anton V. Shagalov – Practical consequences of the liquidation
of the arbitral institution*

М.Д. КУЗЬМИН

Право, применимое к арбитражному соглашению:
современные тенденции и вызовы 142

*Maxim D. Kuzmin – Law applicable to the arbitration agreement:
current trends and challenges*

Д.А. ПЕНЦОВ

Понятие «инвестиция» в эпоху цифровой экономики..... 172

Dmitry A. Pentsov – The concept of “investment” in the era of digital economy

ПРЕДИСЛОВИЕ ОТВЕТСТВЕННОГО РЕДАКТОРА

Мы представляем вниманию дорогих читателей седьмой сборник статей «Новые горизонты международного арбитража»¹.

С момента появления сборника его выход был приурочен к одной из крупнейших и самых знаковых научно-практических конференций «Российский арбитражный день». Российский арбитражный день с 2013 года дает уникальную возможность начинающим исследователям, а также видным ученым и практикам собраться за одним столом, чтобы представить научные доклады по самым актуальным и важным вопросам альтернативного разрешения и урегулирования споров.

К сожалению, в этом году конференция не состоится. И все же мы убеждены, что даже в самые непростые времена развитие правовой науки — важнейшая миссия юридического сообщества. Поэтому мы приняли решение представить читателям сборник статей, подготовленных сильнейшими авторами, несмотря на отмену Российского арбитражного дня.

Мы выражаем отдельную признательность Яну Полссону (Jan Paulsson), профессору права Университета Майами, столетнему профессору (Centennial Professor) Лондонской школы экономики и политических наук, который предоставил для перевода и публикации статью, посвященную праву государства давать значимые обещания иностранным инвесторам. Профессор Полссон по праву может считаться одним из самых влиятельных в мире исследователей и практиков в сфере международного коммерческого и инвестиционного арбитража.

В сборник также вошли и другие статьи, посвященные инвестиционному арбитражу, в том числе понятию инвестиции в эпоху цифровой экономики, а также оговорке о «периоде охлаждения» (cooling-off period). Кроме того, авторы рассмотрели с новых ракурсов традиционно спорные процессуальные вопросы международного арбитража: право, применимое к арбитражному соглашению, антиарбитражные

¹ Предыдущие сборники, которые выходили в 2013, 2014, 2015, 2018, 2019 и 2020 гг., доступны для свободного скачивания на сайте организаторов конференции: <https://rad.legalacademy.ru/>.

меры в отношении санкционных споров и использование гибридных процедур (арб-мед-арб) в контексте международного арбитража. Наконец, внимание было уделено и такому вопросу, как последствия ликвидации арбитражного учреждения, который имеет важное практическое значение для всех участников арбитража.

Мы хотим поблагодарить всех авторов за их работы. Разработка и подготовка научной статьи – это колоссальный труд, это сотни и тысячи страниц источников, это бессонные ночи и кропотливая вычитка. Но труд этот благодарный – думаю, читатели, в том числе будущие исследователи и практики, со мной согласятся.

И, конечно, мы выражаем признательность всем, кто работал над сборником и статьями, научным редакторам, корректорам, переводчикам и сотрудникам РИСА, выступающего издателем настоящего сборника.

Ю.Н. Муллина

INTRODUCTORY NOTE FROM THE EDITOR-IN-CHIEF

We present to our readers' attention the seventh collection of articles entitled "New Horizons of International Arbitration"¹.

From the very outset, the publication of the collection has been timed to coincide with the Russian Arbitration Day, one of the largest and most significant academic and practical conferences in Russia. Since 2013, the Russian Arbitration Day has provided a unique opportunity for aspiring scholars, as well as distinguished academics and practitioners to gather at one table to present research papers on the most relevant and important issues in alternative dispute resolution and settlement.

Unfortunately, the conference will not take place this year. Still, we are convinced that even in extremely difficult times the development of jurisprudence is the most crucial mission of the legal community. Therefore, despite the cancellation of the Russian Arbitration Day, we have decided to present readers with a collection of articles prepared by renowned authors.

We express our special gratitude to Jan Paulsson, Professor of Law at the University of Miami, Centennial Professor at the London School of Economics and Political Sciences, who contributed an article on the power of states to make meaningful promises to foreign investors for translation and publication. Professor Paulsson is widely regarded as one of the world's most prominent scholars and practitioners in the field of international commercial and investment arbitration.

The collection also includes other articles on investment arbitration, including the notion of investment in the digital economy and the "cooling-off period" clause. Additionally, the authors analysed from new perspectives traditionally contentious issues in international arbitration proceedings: the law applicable to the arbitration agreement, anti-arbitration measures in disputes involving sanctions, and the use of hybrid procedures (arb-med-arb) in the context of international arbitration. Finally, attention has been paid to such a matter as the consequences of the liquidation of an arbitral institution, which is of great practical importance for all participants in arbitration.

¹ The previous collections published in 2013, 2014, 2015, 2018 and 2020 are available for free download on the website of the conference organisers: <https://rad.legalacademy.ru/en>.

We would like to thank all the authors for their work. Elaborating and preparing a research paper is enormous work – it implies hundreds and thousands of pages of sources, sleepless nights, and painstaking proofreading. Nevertheless, this work is rewarding – I suppose that readers, including future scholars and practitioners, will agree with me.

And, of course, we express our gratitude to all those who worked on the collection and articles, scientific editors, proofreaders, translators, and employees of the Russian Institute of Modern Arbitration, the publisher of this collection.

Yulia N. Mullina



Российский институт современного арбитража – автономная некоммерческая организация, основной целью деятельности которой является развитие и популяризация арбитража в России.

При Российском институте современного арбитража действует **Российский арбитражный центр** (<https://centerarbitr.ru>), созданный в 2016 г. и являющийся одним из первых постоянно действующих арбитражных учреждений, получивших право администрировать арбитраж. Право на осуществление деятельности было предоставлено РАЦ на основании рекомендации Совета по совершенствованию третейского разбирательства распоряжением Правительства РФ от 27 апреля 2017 г. № 799-р.

Российский арбитражный центр обеспечивает беспристрастное, профессиональное и окончательное разрешение спора любой сложности в строгом соответствии с арбитражной процедурой. За пять лет в РАЦ было рассмотрено более 1000 споров на сумму более 100 млрд рублей.

Российским арбитражным центром разработана и используется высокотехнологичная Электронная система (<https://my.centerarbitr.ru/landing>), которая представляет пользователям быструю и удобную возможность начать арбитраж, следить за ходом арбитража онлайн, в любой момент загружать и скачивать документы, в том числе с мобильных устройств.

Помимо этого, Российский институт современного арбитража активно занимается научно-просветительской и экспертной деятельностью в области альтернативного разрешения споров, а также является организатором ряда конференций, курсов и студенческих конкурсов по арбитражу.



The Russian Institute of Modern Arbitration is an autonomous non-profit organization aimed at promoting and popularizing arbitration in Russia.

In 2016, the Russian Institute of Modern Arbitration founded the **Russian Arbitration Center** (<https://centerarbitr.ru/en>), one of the first permanent arbitral institutions, which was granted the right to administer arbitrations by Order of the Government of the Russian Federation No. 799-r of 27 April 2017.

The Russian Arbitration Center ensures an impartial, professional, and final resolution of disputes of any level of complexity strictly in line with the arbitration procedure. In five years, more than 1,000 disputes worth over RUB 100 billion have been administered by the Russian Arbitration Center.

The Russian Arbitration Center has also developed and uses a high-tech Online System (<https://my.centerarbitr.ru/landing/?locale=en>) that provides its users with a quick and convenient way to commence arbitrations, track the course of the proceedings online, and upload and download documents at any time, including from mobile devices.

In addition, the Russian Institute of Modern Arbitration actively engages in research and educational activities and provides its expertise in the field of alternative dispute resolution, as well as organizes numerous conferences, courses, and arbitration moot courts for students.



LEGAL ACADEMY

Legal Academy – это инновационный просветительский проект, запущенный в 2016 году и представляющий собой библиотеку видеолекций от ведущих российских и мировых экспертов для интерактивного получения знаний по различным юридическим дисциплинам.

Курсы от Legal Academy помогают разобраться в новеллах законодательства, изучить актуальную судебную практику и опыт коллег.

Наша цель – формирование юридической среды, участники которой объединены общими ценностями – стремлением к саморазвитию и желанием совершенствовать существующую правовую систему. Для этого мы приглашаем выдающихся экспертов юридического мира поделиться своими знаниями и профессиональным опытом, предоставляя им возможность внести свой вклад в современную юриспруденцию и показать ориентир тем, кто хочет стать лучшим в своей профессии.



Legal Academy is an online-collection of video lectures on various legal topics from esteemed Russian and foreign experts that started as an innovative educational project launched in 2016.

Legal Academy online-courses provide insight into the legislative innovations, up-to-date judicial practice and peer experience.

Our goal is to establish a legal environment in which its participants would be united by common values: a striving for self-improvement and a wish to make the existing legal system better. To this end, we invite leading legal experts to share their knowledge and professional experience, enabling them to contribute to modern jurisprudence and to serve as a guide to those who wish to become the best in what they do.

Petrol Chilikov – российская юридическая фирма, специализирующаяся на разрешении споров в России и за рубежом. Наши лидирующие позиции признаны рейтингами Legal500, Who’s Who, Best Lawyers, Право-300, Коммерсантъ.

Наши направления работы:

- **Арбитражные разбирательства коммерческих споров** в российских (МКАС, РСПП, РАЦ) и иностранных арбитражных институтах (LCIA, SCC, ICC, SCAI, SIAC, HKIAC), а также разбирательства *ad hoc*.
- **Арбитражные разбирательства между инвесторами и государствами** на основании соглашений о поощрении и защите инвестиций, администрируемые институционально (ICSID, PCA, SCC) и *ad hoc*.
- **Судебные процессы в иностранных государственных судах.** За последние годы мы реализовали проекты в целом ряде континентальных и англосаксонских правовых порядков, таких как Англия, США, Нидерланды, Швейцария, Франция, Германия, Швеция, Люксембург, государства Восточной Европы, страны СНГ, ОАЭ, Кипр, БВО, иные офшорные юрисдикции.
- **Разбирательства в российских арбитражных судах и судах общей юрисдикции,** всех уровней и всех регионов.
- **Экспертные заключения по вопросам российского права** для судебных и арбитражных (третейских) разбирательств в России и за рубежом.
- **Поиск активов должников и взыскание задолженности** в России и за рубежом.
- **Трансграничные банкротства.**

Petrol Chilikov is a Russian law firm that focuses on domestic and foreign dispute resolution. The leading position of our practice on the market has been recognised by numerous rankings such as Legal500, Who's Who, Best Lawyers, Pravo-300, and Kommersant.

We work with:

- **Commercial arbitration** conducted under the auspices of Russian (ICAC, RUIE, RAC) and foreign arbitration institutions (LCIA, SCC, ICC, SCAI, SIAC, HKIAC) as well as *ad hoc* arbitration.
- **Investor-state arbitration** under bilateral and multilateral investment treaties, administered by institutions (ICSID, PCA, SCC) and *ad hoc* arbitration.
- **Foreign litigation.** Over the past few years, we have carried out projects in several civil law and common law jurisdictions, including England, the USA, the Netherlands, Switzerland, France, Germany, Sweden, Luxembourg, Eastern European states, CIS states, the UAE, Cyprus, the BVI and other offshore jurisdictions.
- **Domestic litigation** in arbitration (commercial) courts and courts of general jurisdiction of all levels and throughout all regions.
- **Expert opinions on Russian law** for the court and arbitration proceedings conducted in Russia and foreign jurisdictions.
- **Tracing and recovery of debtors' assets** in Russia and foreign jurisdictions.
- **Cross-border bankruptcy proceedings.**

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРАХ

НАТАЛИЯ СЕРГЕЕВНА АНДРЕЕВА – юрист практики международных арбитражных и судебных споров адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры». Она обладает опытом участия в арбитражных разбирательствах по правилам ICC, LCIA, SCC, UNCITRAL, ICSID AF, а также в трансграничных судебных спорах в различных юрисдикциях. В 2017 году Наталья с отличием окончила магистратуру НИУ ВШЭ в сфере международного частного права. В настоящий момент является аспирантом департамента правового регулирования бизнеса НИУ ВШЭ.

ВАДИМ СЕРГЕЕВИЧ ВУНУКАЙНЕН – юрист практики по разрешению споров Адвокатского бюро Рыбалкин, Горцунян, Дякин и Партнеры (Москва). Вадим окончил бакалавриат Санкт-Петербургского государственного университета и магистратуру в НИУ «Высшая школа экономики» (Москва).

Вадим выступал представителем в десятках арбитражных разбирательств по правилам арбитража Международной торговой палаты (ICC), Торговой палаты Стокгольма (SCC), Сингапурского арбитражного центра (SIAC), Лондонского международного арбитражного суда (LCIA), МКАС при ТПП РФ, а также участвовал в ряде арбитражных разбирательств в роли секретаря арбитражного трибунала. Помимо международных споров Вадим обладает значительным опытом по сопровождению дел в российских государственных судах. Его профессиональная экспертиза охватывает строительные споры, в том числе споры по контрактам ФИДИК, финансовые и банковские споры, а также корпоративные конфликты с параллельными трансграничными разбирательствами. Вадим входит в перечень рекомендованных специалистов в области арбитража в рейтинге *The Legal 500 “Arbitration Powerlist: CIS and Caucasus”* (2020 г.).

СЕРГЕЙ ДМИТРИЕВИЧ ИВАНОВ – младший юрист МКА «Tomashevskaya & Partners»; специализируется на внутренних и трансграничных судебных разбирательствах, а также на международном арбитраже. Магистр частного права Российской школы частного права

(с отличием). Профессиональный опыт Сергея включает участие в арбитражах по правилам Лондонского международного третейского суда (ЛМТС), Арбитражного суда при Международной торговой палате (МТП) и Арбитражного института при Торговой палате Стокгольма (ТПС). Сергей регулярно публикует научные статьи по вопросам третейского разбирательства и приведению в исполнение решений третейских судов.

МАКСИМ ДМИТРИЕВИЧ КУЗЬМИН – советник Адвокатского бюро «БГП Литигейшн», адвокат. Окончил Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики». Максим специализируется в области международного арбитража и трансграничных судебных процессов и имеет опыт представления клиентов в рамках арбитражных разбирательств, администрируемых по правилам ICC, LCIA, SCC, SAC и МКАС при ТПП РФ с фокусом на споры из сделок M&A и разработки сложного технологического оборудования.

ДМИТРИЙ АНАТОЛЬЕВИЧ ПЕНЦОВ – партнер Женевского офиса юридической фирмы “FRORIER Legal SA”. Он возглавляет группу практики фирмы по России и СНГ. Дмитрий принимает активное участие в практике фирмы в области разрешения споров, уделяя особое внимание спорам, относящимся к России и другим республикам бывшего СССР. Он выступал в качестве представителя сторон в государственных судах Швейцарии и в международном арбитраже (включая разбирательства по Арбитражному Регламенту Международной Торговой Палаты, Швейцарскому регламенту международного арбитража и Венским Правилам) в различных спорах, возникающих из договоров о совместных предприятиях, строительства, подряда, договоров об оказании услуг, договоров займа и дистрибьюторских соглашений. Он также представлял стороны в Спортивном Арбитражном Суде (CAS) и в Федеральном Трибунале Швейцарии.

Дмитрий окончил с отличием юридический факультет Санкт-Петербургского Государственного Университета и аспирантуру кафедры гражданского права того же факультета, защитив диссертацию на соискание ученой степени кандидата юридических наук на тему «Понятие “security” по законодательству Соединенных Штатов Америки». Имеет диплом магистра права (LL.M.) юридического факультета Джорджтаунского Университета (Вашингтон, Федеральный Округ Колумбия), а также дипломы бакалавра права, магистра права и сертификат специализации в области адвокатуры юридического факультета Женевского

Университета. Член Санкт-Петербургской Городской Коллегии Адвокатов (Российская Федерация) и коллегии адвокатов штата Нью-Йорк (США), адвокат (Женева, Швейцария) (второе место на адвокатском экзамене кантона Женева). Дмитрий является автором и соавтором более 60 публикаций, включая две книги.

ПИТЕР ПЕТТИБОН – независимый арбитр и посредник при урегулировании споров, обладающий более чем 40-летним опытом работы в международных юридических фирмах в широком спектре вопросов корпоративного и коммерческого права.

Его практика как международного арбитра и посредника охватывает разрешение споров между компаниями, в том числе государственными, из России, Украины и других стран бывшего СССР и компаниями из Европы, США и Азии.

Г-н Петтибон работал в качестве юриста по корпоративному праву с 1967 по 2010 год, в том числе с 1991 по 2010 год выполнял функции управляющего партнера московских офисов трех международных юридических фирм.

Питер Петтибон – гражданин США и живет в Нью-Йорке. Он также говорит по-русски.

ЯН ПОЛССОН – партнер-основатель международной фирмы Three Crowns LLP с офисами в Лондоне, Париже, Вашингтоне и Бахрейне. Профессор Полссон выступал в качестве представителя сторон или арбитром в сотнях арбитражных дел во всех известных форумах. Профессор Полссон занимал должности президента Международного совета по коммерческому арбитражу, президента Лондонского международного арбитражного суда, вице-президента Международного арбитражного суда Международной торговой палаты, члена Международного совета Американской арбитражной ассоциации, члена Международного арбитражного суда Сингапура. В настоящее время он является членом Попечительского совета Бахрейнской палаты по разрешению споров. Почетный профессор права Университета Майами, выпускник Гарвардского колледжа, Йельской школы права и Парижского университета.

АНТОН ВЛАДИМИРОВИЧ ШАГАЛОВ – магистр частного права (РШЧП), специалист кафедры международного частного права Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, член редакционной коллегии журнала «Коммерче-

ский арбитраж», выпускник магистерской программы «Международное частное право и право международной торговли» Университета Париж 1 Пантеон-Сорбонна, автор ряда публикаций по различным аспектам международного арбитража.

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

NATALIA S. ANDREEVA is an Associate at the International Arbitration and Litigation Practice of Egorov Puginsky Afanasiev & Partners. She has experience in arbitration proceedings under the ICC, LCIA, SCC, UNCITRAL, ICSID AF rules, as well as in cross-border litigation in various jurisdictions. In 2017, Natalia graduated with honors from the Master's program in Private International Law at the National Research University Higher School of Economics (HSE University). Currently she is a postgraduate student of the School of Legal Regulation of Business at the HSE University.

SERGEY D. IVANOV is a junior associate at Tomashevskaya & Partners Law Firm. His particular focus is domestic and cross-border litigation as well as international arbitration. He holds an LL.M degree in Private Law (with honours) from the Russian School of Private Law. Sergey's professional experience includes participation in arbitral proceedings under the Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration (LCIA), the International Chamber of Commerce (ICC) and the Stockholm Chamber of Commerce (SCC). He regularly publishes articles on issues of arbitration and enforcement of arbitral awards.

MAXIM D. KUZMIN is a counsel at BGP Litigation Attorneys at Law, attorney. He graduated from the National Research University Higher School of Economics. Maxim specializes in international arbitration and cross-border litigation and has experience of representing clients in the arbitration proceedings administered by ICC, LCIA, SCC, SAC and ICAC with a focus on disputes arising out of M&A transactions and development of complex technological equipment.

JAN PAULSSON is a Founding Partner of Three Crowns LLP, an international arbitration firm with offices in London, Paris, Washington DC, and Bahrain. Professor Paulsson has acted as an advocate or arbitrator in hundreds of arbitrations in all familiar venues. He has served as: President of the International Council for Commercial Arbitration, President of the London Court of International Arbitration, Vice-President of the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, a member of the

International Board of the AAA, and a member of the Singapore International Arbitration Court. He is currently a member of the Board of Trustees of the Bahrain Centre for Dispute Resolution. Professor Emeritus of Law at the University of Miami, he is a graduate of Harvard College, Yale Law School, and the University of Paris.

DMITRY A. PENTSOV is a Partner at the Geneva office of FRORIEP Legal SA. He heads the firm's Russia and CIS practice group. Dmitry is actively involved in the firm's dispute resolution practice, with a particular focus on disputes related to Russia and other republics of the former USSR. He has represented parties before Swiss state courts and acted as counsel in international arbitration (ICC Rules, Swiss Rules of International Arbitration, and Vienna Rules, amongst others) in various disputes, arising out of the international sale of goods, joint venture agreements, agreements for the performance of work, service agreements, construction agreements, loan agreements and distribution agreements. He has also represented parties before the Court of Arbitration for Sport (CAS) and before the Swiss Federal Tribunal.

Dmitry graduated with honours from the Law Faculty of St. Petersburg State University, completed his post-graduate studies at the Department of Civil Law of the same faculty and defended his dissertation for the Candidate of Legal Sciences Degree on "The concept of "security" under the legislation of the United States of America". He also holds an LL.M. Degree from the Georgetown University Law Center as well as the Bachelor of Law Degree, the Master of Law Degree and the Certificate of Advanced Studies in Legal Professions from the Law Faculty of the University of Geneva. He is a member of the New York State Bar Association, of the St Petersburg City Bar Association, and of the Geneva Bar (where he was ranked 2nd at the Geneva Bar Exam). He has authored and co-authored more than 60 publications, including 2 books.

PETER J. PETTIBONE is an independent arbitrator and mediator with over 40 years of international law firm expertise across a wide range of corporate and commercial matters.

His practice as an international arbitrator and mediator involves resolving disputes between companies, including state-owned companies, in Russia, Ukraine and other parts of the former Soviet Union and companies in Europe, the United States and Asia.

Mr. Pettibone practiced law as a corporate attorney from 1967 to 2010 and was the managing partner of the Moscow offices of three international law firms from 1991 to 2010.

He is a U.S. national, based in New York, and a Russian speaker.

ANTON V. SHAGALOV is a Master of Private Law (Russian School of Private Law) and works as a researcher at the Private International Law Department of the S.S. Alexeev Private Law Research Centre at the President of the Russian Federation. Anton also serves as an Editorial board member of the law journal “Commercial Arbitration” and holds a master’s degree in Private International Law and International Trade Law from University Paris 1 Panthéon Sorbonne. He has authored and co-authored a number of publications related to various aspects of international arbitration.

VADIM S. VUNUKAINEN is an associate in dispute resolution practice at Rybalkin, Gortsunyan, Dyakin & Partners (Moscow). Vadim obtained his Bachelor’s degree in Saint-Petersburg State University and Master’s degree in Higher School of Economics (Moscow).

Vadim has participated in dozens of arbitrations under ICC, SCC, SIAC, LCIA and ICAC at the RF CCI arbitration rules as a counsel as well as served in several proceedings as a tribunal’s secretary. Apart from international disputes Vadim is experienced in advising on Russian litigation projects. Vadim’s expertise covers construction disputes with a particular focus on FIDIC arbitrations, financial and banking disputes, as well as corporate conflicts including those involving parallel cross-border proceedings. Vadim is recognized among the leading arbitration practitioners in the Legal 500 Arbitration Powerlist: CIS and Caucasus (2020).

ПРАВОМОЧИЕ ГОСУДАРСТВ ДАВАТЬ ЗНАЧИМЫЕ ОБЕЩАНИЯ ИНОСТРАННЫМ ЛИЦАМ*

Ян Полссон,
профессор права Университета Майами,
столетний профессор (Centennial Professor)
Лондонской школы экономики и политических наук

Аннотация:

В этой статье рассматриваются основополагающие принципы и цели, представляющие интерес для государств, заключающих договоры о защите иностранных инвестиций. Оставляя в стороне вопросы идеализма и принципиального управления, автор высказывает предположение о том, что очевидной политической целью является получение доступа к международному капиталу при минимальных издержках. Инвесторы рациональны: отстаивание позиции о том, что действующие от имени правительств лица имеют неограниченное право изменять условия инвестирования из-за якобы общественных интересов, поставит их в зависимое и (до трагического) бесправное положение. Если бы государства были неспособны давать надежные обещания — ибо неверное понимание ими «суверенитета» ведет

* Данная статья взята из книги «El poder de los Estados para hacer promesas significativas a los extranjeros» (весна 2009 года) 6 (21) Revista de Economía y Derecho 79, подготовленной на основе вступительной лекции автора в качестве почетного профессора юридического факультета Перуанского университета прикладных наук (Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas) 29 августа 2008 года и его вклада в серию лекций Организации Объединенных Наций по международному праву. Автор примерно с одинаковой частотой отстаивал интересы и государств и инвесторов в спорах по инвестиционным договорам.

Эта статья изначально была опубликована автором на английском языке. В случае любого несоответствия между версиями на английском языке и переводом на русский язык версия на английском языке имеет преимущественную силу. Перевод выполнен Ариной Акулиной (Российский арбитражный центр при Российском институте современного арбитража), Москва.

© Автор 2010. Опубликовано издательством Oxford University Press. Все права защищены. Для получения разрешения обращайтесь по электронной почте: journals-permissions@oxfordjournals.org.

к тому, что государства оказываются лишены такой возможности, — то политическая цель в виде привлечения иностранных инвестиций оказалась бы нереальной.

Ключевые слова: *суверенитет, иностранная инвестиция, международный договор, МЦУИС, международное право.*



THE POWER OF STATES TO MAKE MEANINGFUL PROMISES TO FOREIGNERS

JAN PAULSSON,
Professor of Law, University of Miami,
Centennial Professor, London School of Economics

Abstract:

This article examines fundamental principles and objections of relevance to States that enter into treaties for the protection of foreign investment. Leaving aside matters of idealism and principled governance, the author suggests that the obvious policy objective is access to international capital at the lowest possible cost. Investors are rational: to insist that those who act in the name of governments have an unfettered right to alter the terms of investment in the alleged public interest would lead to tragic disempowerment and dependence. If states were incapable of giving reliable promises — because their misconceived ‘sovereignty’ renders them powerless to do so — the policy objective of attracting foreign investment would be illusory.

Key words: *sovereignty, international investment, treaty, ICSID, international law.*



Заявления иностранного лица о том, что государства нарушили свои правовые обязательства, как правило, вызывают раздражение последних. Но еще большее негодование государства испытывают из-за необходимости отстаивать свои интересы перед международным судом или трибуналом, воспринимая это как посягательство на их суверенитет.

Давайте в таком случае рассмотрим три широких вопроса. Во-первых, является ли добровольное ограничение суверенитета нарушением оно? Во-вторых, если ограничения суверенитета — это вопрос суверенного выбора, то почему государство такие ограничения на себя принимает? В-третьих, в ситуации, когда государство взяло на себя обязательство такого рода, какую практику государств следует считать передовой?

Мы должны начать с рассмотрения значения слова «суверенитет», которое не означает «делаю, что хочу». Несомненно, не следует его отождествлять и с термином «всемогущий». Дети мечтают о всемогуществе и жаждут наступления того дня, когда им больше не придется спрашивать у родителей разрешения на что-либо. Но взрослые знают, что мы ежедневно сталкиваемся с тысячей причин, по которым мы не можем делать все, что захотим.

Более интересный вопрос заключается в том, означает ли суверенитет — пусть он и не дает нам власти преодолевать силы природы или даже последствия аварий и просчетов — хотя бы возможность утверждать, что никто не может указывать нам, что делать. Это заслуживает некоторого размышления. Если все люди равны, то в этом смысле каждый человек суверенен. Никто не вправе указывать другому, как вести себя. Но дело в том, что отдельно взятые люди *на самом деле не хотят быть суверенными в таком крайнем смысле*. Мы готовы отказать от части нашей свободы и даже настаиваем на возможности заключить сделку:

— мы согласны, что к нам применяются уголовные законы, чтобы эти же самые законы защищали нас;

— мы согласны платить за наше безрассудное поведение, чтобы жить в большем спокойствии, поскольку следствием данного правила является то, что и наши сограждане будут вести себя менее безрассудно;

— и мы согласны придерживаться нашей невыгодной сделки, потому что, не имея наши договоры обязательной силы, мы застрянем в нищете примитивной экономической системы, где каждая сделка совершается мгновенно — по принципу «плати и бери» (cash and carry), — и мы, таким образом, не сможем разбогатеть за счет ведения

совместного бизнеса, инвестирования в долгосрочные обязательства или использования капитала от заинтересованных кредиторов.

Государства руководствуются схожими мотивами, принимая правовые ограничения в отношении своего будущего поведения. И как люди должны признать, что предоставление каждому человеку «суверенного» права решать, виновен ли он в совершении преступных деяний, неосторожности (*recklessness*) или нарушении договора, обернется катастрофой, так и государство должно принять невозможность своего участия в качестве судьи в споре о том, преступило ли оно правовые рамки. Никто, даже государство, не может быть судьей в собственном деле.

Данные концепции просты, но требуют зрелого размышления. Диктатуры стремятся злоупотребить законом и пытаются замаскировать это злоупотребление ссылками на суверенитет. Это огромная опасность, и ее следует разоблачать такой, какая она есть. Но сначала позволим себе вспомнить некоторые основные принципы, проиллюстрированные на одном известном примере.

Двадцать первого марта 1921 года немецкие власти проинформировали британский пароход под названием *SS Wimbledon*, зафрахтованный французским перевозчиком, о том, что судну не позволят пройти через Кильский канал, находящийся в северной Германии и соединяющий Атлантику и Балтику. Правительство Франции поддержало иск своего гражданина, заявив, что Германия нарушила международное право и что ее следует обязать выплатить компенсацию. Судно погрузило в Греции боеприпасы, предназначенные для польской военно-морской базы в Данциге. В результате отказа Германии разрешить проход, *Wimbledon* простаивал в течение 11 дней, после чего ему пришлось идти в обход по более длинному маршруту, пролегающему к северу от Дании. Германия заявляла, что в соответствии со своими собственными национальными распоряжениями о соблюдении Германией нейтралитета в Русско-польской войне она была вправе запретить транзит такого груза. Франция, к которой присоединились Великобритания, Италия и Япония, обратилась с иском в Постоянную палату международного правосудия (ППМП – предшественницу нынешнего Международного суда), утверждая, что отказ Германии нарушил Версальский договор, по которому Кильский канал должен был «оставаться свободным и открытым для торговых и военных судов всех наций, находящихся в мире с Германией, на условиях полного равенства». В соответствии с Договором Германия имела право взимать сборы и вводить правила, но только до тех пор, пока они «не будут неоправданно препятствовать движению транспорта».

ППМП признала, что Германия обладает «суверенными, никем не оспариваемыми правами над Кильским каналом». Однако эти права подлежат ограничению, а именно ограничению, установленному в Версальском договоре. Германия настаивала на том, что она, как нейтральная держава, имеет право решать, являются ли боеприпасы, предназначенные для страны, находящейся в состоянии войны, «существенной частью ее суверенитета», и от этого права нельзя отказаться путем заключения соглашения. ППМП не согласилась с этим и постановила Германии выплатить Франции компенсацию в пользу транспортной компании французского происхождения.

Наиболее известный отрывок из решения Палаты, вынесенного в 1923 году, гласит следующее: «Палата отказывается усматривать факт заключения какого-либо договора, согласно которому государства обязуются осуществлять определенные действия или воздерживаться от них, как отказ от суверенитета. Несомненно, любая конвенция, которая создает обязательство подобного рода, вводит важное ограничение на осуществление государством суверенных прав, в том смысле что требует от них осуществления этих прав определенным образом. Однако право заключать международные соглашения является одним из атрибутов государственного суверенитета».

«Однако право заключать международные соглашения является одним из атрибутов государственного суверенитета». Это простое предложение несет большую смысловую нагрузку. Способность брать на себя связывающие обязательства является частью того, что делает государство государством. Ведь мы говорим о правомочии давать значимые обещания. Если бы у государств не было такого правомочия, они оказались бы ограничены в своих возможностях. Действие по ограничению возможного поведения завтра — это осуществление властных правомочий сегодня. И для того, чтобы это действие имело международное значение, оно должно, во-первых, создать связывающие обязательства и, во-вторых, быть оценено беспристрастным судом или трибуналом. Эта ситуация действительно ничем не отличается от того, что мы наблюдаем в отношениях между обычными людьми — человеку, чьи обещания ничего не значат, будет весьма непросто в жизни. Ему придется действовать в одиночку и при этом всегда платить вперед.

Перейдем же ко второму вопросу. Теперь, когда мы знаем, что способность соглашаться на обязательные ограничения суверенитета является *атрибутом* того же суверенитета, почему какое-либо государство вообще должно это делать?

Для этого может быть множество причин. Некоторые из них связаны с желанием проявить лидерство. Маловероятно, что государство сможет оказывать международное влияние и убеждать другие государства сотрудничать определенным образом, если оно само не продемонстрирует соблюдение своих собственных обязательств. Стремление взять на себя международные обязательства может также быть выражением воли народа, поскольку кандидаты на политические должности, выявляя стремление общественности к распространению определенных ценностей (таких, как права человека или охрана окружающей среды), используют их как платформу для своего избрания, соответственно, после вступления в должность они готовы присоединиться к лидерам других стран для достижения общей цели по защите данных ценностей.

Но возможно, для целей анализа проще всего сосредоточиться на таком ограничении будущего поведения правительства, которое главным образом отвечает *их личным интересам* — с помощью механизма, предусмотренного в договорах о поощрении и защите иностранных инвестиций. Таких двусторонних договоров насчитывается более 2 000. Их обычно называют двусторонними инвестиционными соглашениями (ДИС). Хотя они и не совпадают друг с другом во всех деталях, в них почти всегда содержится четыре обязательства. Во-первых, каждое государство обещает, что оно не будет национализировать инвестиции граждан другого государства или предпринимать шаги, эквивалентные национализации, без выплаты необходимой компенсации. Во-вторых, каждое государство обещает не подвергать дискриминации граждан одного государства по сравнению с гражданами других государств. В-третьих, каждое государство обещает, что оно будет относиться к инвесторам из другого государства так, как того требует международное право и, следовательно, как того, в частности, требует концепция справедливого и равноправного обращения (*fair and equitable treatment*). И наконец, указанным трем широким обязательствам, являющимся существенными, придает силу четвертое обещание: каждое государство соглашается, что любой иск о нарушении существенных обещаний может быть подан недовольным инвестором в международный арбитраж.

За последние 20 лет на основании данных ДИС было проведено множество арбитражей. Во всех этих арбитражных разбирательствах ответчиком выступало государство. Иногда государство одерживало победу, иногда оно проигрывало, а иногда результат не оказывался полностью выгодным ни для одной из сторон.

Однако государства никогда не получают удовольствия от необходимости отстаивать свои интересы во внешних судах. Некоторые из подобных дел вызвали политические разногласия. Отмечалось, что арбитры являются частными лицами, и возникает вопрос, не нарушают ли их решения суверенитет. Мы уже убедились в том, что сам по себе этот вопрос неправильный. Соблюдение государством своих собственных обязательств не является нарушением его суверенитета. Правильный вопрос заключается скорее в том, в интересах ли государства давать обещания, содержащиеся в данных ДИС, в первую очередь. Некоторые задаются вопросом, не противоречит ли вообще согласие на ДИС интересам государства. Так давайте рассмотрим возможные возражения по этому вопросу.

Являются ли ДИС по своей сути несправедливыми? Некоторые критики считают, что ДИС могут быть проделками влиятельных инвесторов, убеждающих государства, из которых такие инвесторы происходят, оказать давление на импортирующие капитал государства, чтобы последние подписали их или — что даже оскорбительно для участников переговоров — чтобы они подписали их, не зная об их последствиях.

Данное возражение необоснованно. Его легко проверить, изучив содержание многих ДИС, заключенных *между самими* развивающимися государствами. Мы можем называть их «ДИС между странами Юга». Очевидно, что они не являются делом рук экспортеров капитала. Поэтому интересно увидеть, что в них точно такие же четыре обещания, что и в других ДИС. И действительно, первое из современных арбитражных разбирательств между государством и инвестором, состоявшееся 25 лет назад, по делу *SPP v. Egypt*, в соответствии с Конвенцией МЦУИС¹, возникло в связи со знаменитым египетским законом № 43 от 1974 года — вовсе не из ДИС². Закон № 43, положивший начало успешной политике открытых дверей для иностранных инвестиций, был разработан египетским парламентом, а не западными державами или корпорациями. И тем не менее Закон № 43 содержал те же самые гарантии. Совсем недавно, в феврале 2008 года³, в рамках другого дела в МЦУИС, инициированного на основании ДИС Омана

¹ Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), учрежденный на основании Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами от 18 марта 1965 года (Конвенция МЦУИС).

² 14 April 1988, 3 ICSID Rep. 131 (1995).

³ Данная статья была опубликована в 2009 году. — *Примеч. пер.*

и Йемена — единственная официальная версия которого была составлена на арабском языке, — иск оманского инвестора был урегулирован, а обе стороны согласились с исходом арбитражного разбирательства⁴. Соглашение содержало стандартный набор обязательств. Из этого напрашивается вывод о том, что такие меры защиты сами развивающиеся страны считают справедливыми и надлежащими.

Возможно ли, чтобы арбитры, разрешающие дела, возникающие из ДИС, выносили несправедливые решения? Об этом скажут многие проигравшие стороны, и в некоторых случаях они могут быть даже правы в глазах беспристрастных наблюдателей. Правосудие не всегда безупречно. Тем не менее адвокаты, которые представляют государства так же часто, как инвесторов, вряд ли скажут, что существует какая-либо общая предубежденность против государств-ответчиков. Естественно, есть множество примеров как успешной защиты против требований инвесторов, так и яростных возражений инвесторов, которые посчитали отклонение своих требований судебной ошибкой⁵. В лучшем — с точки зрения государств — случае незадачливым инвесторам иногда даже предписывалось возместить значительные расходы (например, Венгрия, Украина, Мексика, Пакистан и Турция получили выгоду в результате таких предписаний).

Более того, инвестиционные трибуналы продемонстрировали, что коррупция и другие противоправные действия недопустимы. Например, Кения, Сальвадор и Филиппины добились отклонения исков инвесторов даже без рассмотрения вопроса о том, были ли заявлен-

⁴ *Desert Line Projects v. Yemen*, ICSID Case No. ARB/05/17, 6 February 2008.

⁵ Когда филиал американской корпорации Thunderbird Resorts потерпел поражение по иску, который она предъявила к Мексике на основании Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА), возникшего вследствие закрытия в Мексике игорных заведений компании (и Thunderbird, помимо этого, предписывалось выплатить Мексике 1 250 000 долларов США в качестве компенсации судебных издержек), *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, 26 January 2006, совет директоров компании выпустил пресс-релиз, в котором они процитировали своего главного юрисконсульта, заявившего, что «компания считала, что НАФТА уравнивает правила игры в Мексике... очевидно, что это не так, поскольку это же правительство... выдало разрешения на сотни новых участков». Президент и главный исполнительный директор корпорации, в свою очередь, высказал предположение: «Не случайно «разрешения» были выданы среди наиболее влиятельных кругов страны, а в это время [соответствующий министр] пытался стать следующим президентом Мексики». Пресс-релиз от 27 января 2006 года, опубликованный в тот же день в списке рассылки OGE MID, <http://www.transnational-dispute-management.com/ogemid> (дата обращения: 30 июня 2010 года, а также доступный при обращении по адресу электронной почты ogemid@jiscmail.ac.uk).

ные требования в принципе достаточно обоснованными, потому что в ходе первоначального инвестирования имели место взяточничество, введение в заблуждение или иные нарушения национального законодательства.

А в тех случаях, когда победа оказывалась на стороне инвестора, международные трибуналы зачастую значительно снижали размер требований о возмещении упущенной выгоды, оставляя у инвесторов неприятный осадок от незаслуженного уменьшения взыскиваемой в их пользу суммы.

Вполне понятно, что в печально известных делах общественное мнение склонно к упрощению: любой международный трибунал хорош, если мы выигрываем, и плох, если мы проигрываем. Но мы не обсуждаем такие спортивные соревнования, как чемпионат мира. Разрешение споров надлежащим образом имеет важнейшее значение для успешных отношений с инвесторами. Государство, может, и будет радо своей победе, но что имеет значение для его репутации в долгосрочной перспективе, так это то, что оно лояльно, по-деловому и эффективно разрешает разногласия, которые неизбежно случаются, и уважает результаты международно-правовых разбирательств. Мексика — выдающийся тому пример. Когда она стала участницей Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА), то открыла двери для международных исков со стороны американских и канадских инвесторов против самой себя. И таких исков был подан целый ряд. Мексика выиграла некоторые из дел по этим искам, но проиграла по другим из них. Международное сообщество отметило, что (i) Мексика отстаивала свои интересы компетентно, (ii) ее потери были умеренными и (iii) что она выплатила предписанные ей суммы. Ее репутация повысилась. Бывшие наблюдатели от Мексики отметили, что эпизодические миллионные выплаты инвесторам, пострадавшим от неправомерного обращения, — это небольшая плата по сравнению с огромными — миллиардными — выгодами, получаемыми от НАФТА⁶.

В крайне неоднозначных делах урегулирование проблемы раз и навсегда на международном уровне может показаться государствам более привлекательным решением по сравнению с обострением проблемы на местной арене, поскольку последнее вызывает напряженность, дестабилизацию и пагубные репутационные издержки на весьма про-

⁶ Например, объем торговли товарами в рамках НАФТА в 2009 году составил 735 млрд долларов США, а объем региональной торговли услугами в 2008 году — 69,8 млрд долларов США.

должительное время. Дело, подобное *World Duty Free v. Kenya*, могло бы стать катастрофой, не будь оно урегулировано на международном уровне. Сумма иска в нем составила 500 млн долларов США, инвестор продемонстрировал свое желание и способность коррумпировать национальных должностных лиц на самом высоком уровне, а официальное расследование, проведенное в то время, показало, что сама судебная система Кении была серьезно скомпрометирована⁷.

Может возникнуть вопрос: не следует ли нам оценить, действительно ли принятие ДИС ведет к увеличению объема иностранных инвестиций? Возможно — только возможно, — это окажется интересным вопросом в определенных обстоятельствах. Однако в целом данная посылка сомнительна; она, по-видимому, неверна; представляется маловероятным, что подписание ДИС непосредственно приведет к увеличению иностранных инвестиций. Приток иностранных инвестиций в Швейцарию оставался бы широкомасштабным, даже если бы Швейцария никогда не подписывала никаких ДИС. Любой может понять почему. Платежеспособное государство с хорошей и стабильной системой управления привлекает инвестиции и без помощи ДИС. С другой стороны, государство, в котором имели место финансовые кризисы, которое отказывалось от долгов и произвольно меняло свою политику, не станет внезапно привлекательным исключительно из-за подписания ДИС. Демонстрация государством своей надежности в долгосрочной перспективе — это вопрос гораздо более сложный. Для этого требуются зрелые институты — традиции эффективного и надежного управления. Составной частью такой среды является верховенство права, при этом наличие сети ДИС способствует укреплению данного принципа.

Из этого нетрудно сделать вывод: государству, где господствует принцип верховенства права, не страшны ДИС или международные трибуналы (Швейцария, хотя ей вряд ли нужно доказывать свою институциональную добросовестность, подписала ряд ДИС, но вероятность того, что они вызовут у правительства Швейцарии беспокойство как потенциальный источник международной ответственности, крайне мала).

Аналогичным образом непринятие концепции защиты инвесторов, безусловно, отпугнет инвесторов, в том числе *нынешних* — т. е. тех инвесторов, которые должны стать первой мишенью для государств-импортеров капитала, — от намерения увеличить объем и длительность осуществляемых ими инвестиций.

⁷ ICSID Case No. ARB/00/7, 4 October 2004.

Давайте в таком случае рассмотрим основополагающую цель защиты инвесторов. Разумеется, речь идет не о защите многонациональных корпораций. Говорить об интересах или правах корпораций абстрактно абсолютно бессмысленно. Мы *априори* не заинтересованы в том, выживут ли корпорации как способ ведения бизнеса. Не служи они обществу, их бы ликвидировали без какого-либо сожаления. Но, разумеется, они продемонстрировали себя непревзойденными рычагами мобилизации капитала и использования технологий. Поэтому, защищая «права» корпораций – что, конечно же, означает защиту прав людей, стоящих за ними, – мы исходим из того, что это плата за поддержание ценной системы, охватываемой как явно капиталистической и социал-демократической теорией, так и косвенно – центральными органами планирования государственного капитализма.

Взглянув на мир в данном ключе, мы обнаружим, что *цель защиты инвестиций заключается в том, чтобы убедить инвесторов вкладывать деньги в течение как можно более длительного периода времени и с минимально возможной прибылью*⁸. Именно так страна – импортер капитала извлекает максимальную выгоду для себя. В стране, где царит беззаконие, кто-то всегда будет готов спекулировать, но только при наличии впечатляющей нормы прибыли, после которой и инвестиции, и прибыль обратятся в ноль. Такое инвестирование является нежелательным.

Итак, подведем итоги по второму вопросу.

Идея о том, что государства в соответствии с международным правом могут быть привлечены к ответственности арбитражными трибуналами, созданными на основании международного договора, не является ни новой, ни радикальной. В XIX веке таких случаев были сотни. Государства-ответчики были самыми разными: среди них были и богатые и могущественные державы, и страны Европы, и бывшие колониальные государства. Международные трибуналы возложили на Соединенные Штаты ответственность за действия, которые Верховный суд США не признал нарушением международного права. Тем не менее Соединенные Штаты признали данные решения⁹. Когда против Великобритании было вынесено одно из самых выдающихся решений по делу *Alabama Claims* (1872), британский арбитр выразил

⁸ Я в долгу перед важными открытиями, сделанными Юргеном Воссом в одной из ранних работ в данной области: *Voss J. The Protection and Promotion of Foreign Direct Investment in Developing Countries: Interests, Interdependencies, Intricacies* // 31 ICLQ, 1982. P. 686.

⁹ *Paulsson J. Denial of Justice under International Law*, 2005. P. 257.

резкое несогласие с ним в своем особом мнении, назвав присуждение около 15 млн долларов США золотом «несправедливым», но правительство Великобритании — гораздо более могущественное в то время, чем Соединенные Штаты, — тем не менее выплатило присужденную сумму¹⁰.

Критикам защиты инвестиций следует помнить о той дани уважения, которую международные трибуналы отдают международному праву. Эти же критики иногда думают, будто заявления национальных судов о том, что международные договоры, устанавливающие международную юрисдикцию, противоречат национальным конституциям, парализуют деятельность международных трибуналов. Однако утверждение о том, что нормы собственной конституции государства могут нейтрализовать международные обязательства, взятые на себя его правительством, противоречит самому международному праву. Может оказаться так, что указанные обязательства представляют собой превышение полномочий по национальному законодательству или каким-либо иным образом нарушают его. Однако они не препятствуют (при условии, конечно, что полномочия по принятию этих обязательств представляются достаточными для целей международного права) кому бы то ни было полагаться на эти обязательства на международном уровне. Какими бы ни были их последствия с точки зрения национального права, на международной арене такие аргументы постепенно исчезают.

Судья Кеба Мбайе (Keba Mbaye) (бывший вице-президент Международного суда ООН, а до этого — первый председатель Верховного суда Сенегала) сформулировал данную идею следующим образом: «Нельзя допускать, чтобы государство ссылалось на положения своего законодательства в попытке избежать арбитражного разбирательства, на которое оно ранее согласилось»¹¹. Лорд Мастилл (Lord Mustill) предположил, что «возможно, его [данное явление. — *Примеч. пер.*] следует классифицировать как принцип международного *ordre public*¹²»¹³. Данная концепция была решительно поддержана в ходе исторического арбитражного разбирательства, инициированного частным лицом

¹⁰ Paulsson J. Denial of Justice under International Law, 2005. P. 261.

¹¹ 60 Years On: A Look at the Future // ICC Publications No. 412, сборник статей к 60-летию Международной торговой палаты. 296 (1984).

¹² Ordre public — публичный порядок (*фр.*). — *Примеч. пер.*

¹³ Mustill M.. The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years // M. Bos and I. Brownlie (eds). Liber Amicorum for Lord Wilberforce, 1987, P. 177, n 91.

из Германии против Бельгии, в деле *Benteler v. Belgium* (1984)¹⁴. Ее даже включили во *внутригосударственное* право Швейцарии, предусмотрев, что государство – сторона арбитражного соглашения «не может ссылаться на свое собственное законодательство для оспаривания арбитрабельности спора или своей правоспособности участвовать в арбитражном разбирательстве в качестве стороны»¹⁵.

Критика международных трибуналов на основании того, что они препятствуют проведению демократической политики, будь то охрана окружающей среды или рынка труда, направлена не по адресу. Международные трибуналы не устанавливают политику. Они придают силу международным соглашениям. Отрицание авторитета международных трибуналов означает лишение государств возможности давать значимые обещания. Около 20 лет назад французский профессор Пьер Майер (Pierre Mayer) написал всеобъемлющую и основополагающую статью «Нейтрализация нормотворческой власти государства в отношении государственных контрактов» («The neutralisation of the normative power of the State with respect to State contracts»), в которой задал вопрос: «Разве не парадоксально, что восхваление суверенитета над природными ресурсами подразумевает то обстоятельство, что суверенное государство не может поручить иностранной корпорации, располагающей необходимым капиталом и технологией, их временную эксплуатацию по причине невозможности надлежащим образом предоставить гарантии, требуемые корпорации?»¹⁶. Он добавил: «...позволить государствам отменить взятые на себя обязательства на практике означает запретить им связывать себя обязательствами в будущем»¹⁷.

Когда Франция хотела обеспечить, чтобы Walt Disney Corporation построила Евродиснейленд около Парижа, а не в Испании, ее парламент принял специальный закон, уполномочивающий правительство признать юрисдикцию международного арбитража (МЦУИС) в соглашениях «с иностранными корпорациями об осуществлении операций, представляющих национальный интерес»¹⁸. Американская корпорация

¹⁴ *Paulsson J.* May a State Invoke its Internal Law to Repudiate Consent to International Arbitration? // 2 Arb Int'l, 1986. P. 90.

¹⁵ Закон Швейцарии «О международном частном праве», 1987, ст. 177 (2).

¹⁶ *Mayer P.* La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat // Journal Droit Int'l, 1986. P. 5.

¹⁷ «[P]ermettre aux Etats de se délier, c'est en pratique leur interdire de se lier dans le futur». Ibid.

¹⁸ Article 9, Law No. 86972 of 19 August 1986 // Journal Officiel, 22 August 1986, 10190.

была непреклонна в отношении выбора нейтральной юрисдикции в случае спора с французским правительством.

А вот критика международных трибуналов на том основании, что они должны действовать более эффективно, прозрачно, последовательно и справедливо, является абсолютно правомерной. Но ни один человеческий институт не идеален. Международные арбитражные трибуналы существовали на протяжении многих поколений, и столь же долго существуют жалобы тех, кто был разочарован их решениями. Необходимо осторожно относиться к такой критике, чтобы распознать то, что является лишь прикрытием нежелания подчиняться международным нормам и институтам.

Таким образом, как представляется, многие из тех, кто оспаривает легитимность международного разрешения споров, преследуют неверную цель. Они критикуют принцип верховенства международного права, тогда как их реальное недовольство связано с политическим выбором их собственного правительства при заключении сделок, отраженных в международных договорах. Подобная ошибка опасна. Ибо что произойдет, если они подорвут авторитет международного права? И какое же тогда имеет значение, были ли они правы по вопросу политики? Что они будут делать, когда одержат верх — когда достигнут согласия относительно важных правил в области защиты окружающей среды, искоренения детского труда, обеспечения надлежащего обращения с лицами, обвиняемыми в совершении преступлений, урегулирования условий торговли в пользу бедных производителей, лишенных доступа к рынкам? Какая, в самом деле, пиррова победа — стоять на этой точке зрения, с пустыми руками, у разбитого корыта.

Подводя итог, можно сказать, что в области международных инвестиций арбитражные трибуналы являются инструментами обеспечения верховенства права. Их цель состоит не в том, чтобы отдавать предпочтение богатым, а в том, чтобы предоставлять государствам возможность давать надежные обещания. Подрывать эту надежность означает лишать государство ценного инструмента, а также возможности заключать международные сделки на выгодных условиях. Арбитражные трибуналы нельзя винить за то, что содержится в договорах. В отдельных случаях международные трибуналы имеют тенденцию вызывать раздражение у государств-ответчиков, независимо от того, богаты те или бедны; тем не менее их решения следует соблюдать, чтобы добиться получения долгосрочных преимуществ от верховенства права. Уважение согласованных и правомерных ожиданий является залогом здоровых международных отношений.

И наконец, наш третий и последний вопрос. Он будет самым коротким. Что должно делать государство после того, как согласится на определенное ограничение своего суверенитета, дав подобные обещания иностранным лицам? В общем и целом, что представляет собой передовая практика после подписания государством ДИС?

В некоторых странах международный арбитраж рассматривается как способ капитулировать и уйти в оборону. В них отсутствует понимание того, что эффективное использование процесса арбитражного разбирательства является важной задачей в управлении международными экономическими отношениями — и более того, в управлении национальным долгом. Всякий раз, когда возобладают такие пораженческие взгляды, привлечение иностранных инвесторов к арбитражному процессу будет по-прежнему рассматриваться как часть стратегии богатых, направленной на то, чтобы несправедливо воспользоваться бедными в своих интересах.

Вот некоторые положения, из которых исходят оборонительная или пораженческая позиции и которые объясняют негативное отношение к международному арбитражу:

1. Государства неохотно подчиняются юрисдикции трибуналов, не являющихся частью их собственного аппарата. В целом это является особенно важным соображением в отношении новых независимых государств, в которых местный частный сектор настолько слаб, что иностранные инвесторы и международные банки требуют от самого государства прямых договорных обязательств. По мере развития национальной экономики министерства все реже напрямую подписывают частноправовые договоры.

2. Когда развивающиеся страны оказываются вовлечены в международный арбитраж с иностранными инвесторами, их участие в нем зачастую сопровождается дурными предчувствиями, а порой и озлобленностью. Со временем такие чувства, как правило, усиливаются по мере того, как новые должностные лица — или даже новые режимы — критически оценивают работу своих предшественников.

3. Многие стороны из развивающихся стран имеют разного рода недопонимания в отношении международного арбитражного процесса. Они исходят из того, что речь идет о механизме, предназначенном для защиты инвестора, в то время как на самом деле это улица с двусторонним движением, дающая государству значительные преимущества по сравнению даже с его собственными внутренними судами. Должно быть очевидно, что невыполнение иностранными инвесторами договорных обязательств может привести к возникновению важных

и обоснованных требований или возражений. Международные арбитражные решения, как правило, гораздо проще исполнить на практике, чем решения национальных судов, которые пользуются весьма ограниченным признанием за рубежом.

Многие государства по-прежнему считают, что международный арбитраж по своей сути отдает предпочтение иностранной стороне, хотя опыт последних двух поколений показал, что серьезно настроенные правительства даже в бедных странах могут успешно использовать данный процесс. Более того, ведущие международные арбитражные учреждения отреагировали на значительные изменения, касающиеся личности пользователей арбитражного механизма, внося соответствующие изменения в структуру своего управления. Например, большинство членов Международного арбитражного суда Международной торговой палаты сегодня не происходят ни из Европы, ни из Северной Америки.

Ошибочно также подозревать инвесторов в том, что они пытаются заманить неопытные государства в настроенные против них суды, поскольку серьезные иностранные инвесторы понимают, что сохранение принимающими государствами доверия к международному арбитражу согласуется с их собственными интересами.

Бессмысленно говорить принимающим государствам, что им следует уважать процесс международного арбитражного разбирательства по причине того, что это дело правое и достойное и что от этого в долгосрочной перспективе иностранные инвесторы станут думать о них лучше. Чтобы чего-нибудь добиться на этом поприще, нужно скорее осознать, что механизм арбитража — это то, что они могут эффективно использовать для получения реальных выгод в свою пользу.

Было бы серьезной ошибкой сосредоточивать внимание на *противостоянии* между инвестором и принимающим государством. Настоящий водораздел проходит *внутри* сообщества инвесторов — есть хорошие и плохие инвесторы. Хорошие инвесторы рассчитывают на долгосрочные перспективы и хотят получить достойную прибыль, что понятно всем с самого начала. Чтобы заслужить это вознаграждение, они предвидят необходимость внести реальный вклад, который они и рады представить всем для оценки. Их врагом является не принимающее государство — у них общие интересы, — а плохой инвестор, сомнительный делец, который хочет быстро подзаработать, получить огромную прибыль за некачественные товары, собрать подписи на всевозможных трудных для понимания документах, контрактах, поправках и сертификатах, разработанных в качестве юридического прикрытия

для неудовлетворительной работы — или чего-то еще хуже. Плохой инвестор порождает обстановку подозрительности и безысходности, которая также вредит и хорошим инвесторам.

Те, кто ведет свою деятельность прозрачно, профессионально и скрупулезно, создавая атмосферу серьезности и надежности, находятся на одной стороне, независимо от того, представляют ли они инвесторов или правительства. Их объединяет стремление к созданию среды, в которой можно было бы положиться на долгосрочные правомерные ожидания. Если такая среда будет создана и плохие инвесторы получают отпор или будут вытеснены, многие сомнительные задолженности испарятся, а министры финансов смогут спать спокойнее.

Как можно создать и поддерживать такую благоприятную среду? Представляется очевидным, что передовая практика включает в себя соблюдение строгости и профессионализма при осуществлении контроля над иностранными инвестициями — с момента, как они оказываются на территории страны, в ходе их реализации в государстве, а также по мере того, как прибыль от инвестиций возвращается инвестору. Не менее очевидным является и то, что подписывать ДИС, а затем забывать об этом — плохая практика. К сожалению, как часто говорил мой отец, «хорошими примерами восхищаются, а плохим примерам — следуют». Но этот замкнутый круг небрежности, безусловно, можно разорвать. Многие страны — импортеры капитала создают важные и устойчивые структуры для направления инвестиций в положительное русло. Это не происходит автоматически. После подписания ДИС государства — импортеры капитала начинают вести напряженную работу для получения максимальных выгод от иностранных инвестиций. Крайне важно, чтобы должностные лица, обладающие надлежащими знаниями и опытом, критически проанализировали нормативную правовую базу. Является ли она отчетливо ясной? Является ли она эффективной? Понятны ли иностранным лицам соответствующие системы получения разрешений и лицензий? Является ли процесс принятия решений прозрачным?

В одной латиноамериканской стране, добившейся исключительных успехов в привлечении иностранных инвестиций, важная межведомственная комиссия обеспечивает осуществление надзора, координация и имплементации. Она создала всеобъемлющий веб-сайт, содержащий полную и понятную информацию не только на испанском и английском языках, но и на французском, немецком и итальянском языках, т. е. на языках, выбранных для облегчения отношений с основными экономическими партнерами.

Уменьшение неопределенности при организации управления выгодно не только иностранному инвестору, но и принимающему государству; неясные бюрократические процедуры создают почву для коррупции, а коррупция заведомо ведет к принятию патологических решений.

В ДИС следует внести коррективы в соответствии с желаемыми политическими требованиями, относящимися к конкретным двусторонним отношениям. Две страны, имеющие общую границу, могут пожелать существенно интегрировать свои экономики, чтобы на этом основании предоставить полную защиту инвесторам в отношении любых инвестиций, пересекающих их границу, пусть те и не получили специального одобрения. Даже если два государства расположены далеко друг от друга, они могут иметь одинаковый подход ввиду доводов о том, что инвестиции в средних объемах также следует поощрять и что, если требуется получение официального одобрения от центрального правительства, вероятность того, что указанному инвестированию будет положено начало, становится еще меньше. Однако некоторые ДИС следуют примеру Малайзии и Бельгии/Люксембурга, ограничивших применимость своих ДИС уже утвержденными проектами. В деле *Gruslin v. Malaysia*¹⁹, где истцом был бельгийский гражданин, всего-навсего инвестировавший в фонд, который обладал портфельными инвестициями на Куала-Лумпурской фондовой бирже, трибунал МЦУИС отказался даже рассматривать иск на том основании, что он не охватывается договором, поскольку инвестиционный проект не был утвержден, как того требует данный ДИС.

В итоге, хотя цель согласия на ограничение суверенитета — получить возможность давать значимые обещания, такие обещания тянутся так далеко, как только могут — но тем и ограничиваются. И это также является неотъемлемым элементом международного права.

¹⁹ ICSID Case No. ARB/99/3, 27 November 2000.

IMPLEMENTING ARB-MED-ARB IN AN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

PETER J. PETTIBONE,
Independent Arbitrator and Mediator
Pettibone International ADR

Abstract:

To address the commonly expressed concern that commercial arbitration, and in particular international commercial arbitration, has become too costly and too lengthy in time, the arbitration community recently has been considering a number of procedural innovations to reduce time and costs. One of these innovations is arb-med-arb which involves the insertion of one or more mediation windows into an ongoing arbitration. If the mediation results in a settlement of the underlying dispute not only may the settlement be converted into a final and binding arbitral award but it likely to produce a significant saving in time and costs over what would have been the case had the arbitration continued to a final hearing and the issuance of a final award. However, if the mediation is not successful within an agreed period of time, the case returns to arbitration. While this concept is quite simple, implementing it has been difficult, principally because it requires the consent of all who are involved — the parties, inside and outside counsel and the tribunal — and there may be differences of opinion on whether there should be a shift from arbitration to mediation midstream during the arbitration. This article looks at the practical aspects of implementing a mediation window in an ongoing arbitration and the steps the parties, counsel, the tribunal and the arbitral institution administering the arbitration can take to implement a mediation window in an ongoing arbitration successfully. The article concludes by examining the issues that are involved if an arbitrator “changes hats” in the process and becomes the mediator.

Key words: *arb-med-arb; med-arb; double hatting; mediation window; mixed mode dispute resolution.*



Аннотация:

В ответ на часто слышимую критику о том, что коммерческий арбитраж, включая международный коммерческий арбитраж, стал слишком дорогостоящим и растянутым по времени явлением, арбитражное сообщество перешло к обсуждению некоторых процедурных нововведений, направленных на сокращение времени и расходов на проведение арбитража. Одним из рассматриваемых новшеств является сочетание арбитража и медиации, получившее название arb-med-arb, предусматривающее включение в арбитражную процедуру одного или нескольких так называемых «медиативных окон» (mediation windows). Если спор будет урегулирован на этапе медиации, то это позволит не только преобразовать достигнутое в ходе медиации соглашение в окончательное и обязательное для исполнения арбитражное решение по спору, но и существенно сократить временные и финансовые издержки по сравнению с ведением традиционного арбитражного разбирательства, завершающегося проведением заключительного слушания и вынесением окончательного решения по делу. Если же в течение согласованного времени медиация не увенчается успехом, дело вернется на рассмотрение в порядке арбитражного разбирательства. Хотя данная концепция предельно проста, ее реализация на практике сталкивается с определенными трудностями, главным образом связанными с необходимостью получения согласия всех участников — сторон спора, внутренних и внешних консультантов и состава арбитража, — при достижении которого часто могут возникать разногласия относительно необходимости перехода от арбитража к медиации в разгар проведения арбитражного разбирательства. В данной статье рассматриваются практические аспекты включения «медиативного окна» в проводимое арбитражное разбирательство и действия, которые могут быть предприняты сторонами, консультантами, составом арбитража и арбитражным институтом, администрирующим проведение арбитража, для того чтобы такое включение позволило достичь положительных результатов. В заключительной части статьи анализируются проблемы, возникающие в ситуации, когда арбитр «меняет свое обличье» (change hats) и начинает выполнять функции медиатора.

Ключевые слова: сочетание арбитража и медиации; arb-med-arb; med-arb; совмещение функций арбитра и медиатора (double hatting); «медиативное окно» (mediation window); смешанные способы разрешения споров.



I. Introduction

Arbitration is a preferred method for resolving commercial disputes because its features include confidentiality, party autonomy, forum selection and the selection of decision makers knowledgeable in the field of the dispute. Its use is particularly common for resolving international commercial disputes where neither party wants to see the dispute adjudicated in the national courts of the other party. A recent survey of users in the construction industry, however, found that the resolution of disputes under \$10 million by arbitration was too costly and time consuming, making it a barrier to justice and a fair resolution of the dispute.¹ This reflects in part the fact that over the years arbitration has embraced many of the features of litigation, including extensive discovery, prehearing motion practice, court evidentiary standards and awards supported by lengthy written opinions.²

Starting in about 2001 the arbitration community began to address these concerns by adopting a number of procedures designed to lessen the time the arbitration takes from start to finish, thus reducing costs while at the same time preserving the special features of arbitration and ensuring that due process is maintained. Arb-med-arb is one of these procedures. In arb-med-arb the case proceeds in arbitration from the time it is initiated, but a separate mediation window is introduced either running in parallel to the arbitration from the outset or starting at a point during the conduct of the arbitration. If the dispute is settled during this mediation window, which presumably would occur earlier than had the arbitration continued to the hearing and a final award, there will be a considerable saving in time and costs. If the mediation does not result in a settlement during the mediation window, the case continues in arbitration to the hearing and a final award. Except for the added costs of the mediation and a modest delay in the process, the parties are no worse off than if the dispute had not been referred to mediation.

There are other procedures designed to lessen the time an arbitration takes in addition to arb-med-arb.³ These include expedited or fast track arbitra-

¹ Queen Mary University of London & Pinsent Masons, *2019 International Survey – International Construction Disputes* 5, 15-16 (2019) available at <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2019>.

² See Thomas J. Stipanowich, *Arbitration, Mediation and Mixed Modes: Seeking Workable Solutions and Common Ground on Med-Arb, Arb-Med and Settlement-Oriented Activities by Arbitrators*, 26 *Harvard Negotiation Law Review*, Issue 2 (Spring 2021) (hereinafter “Stipanowich”), at p. 306.

³ In addition to arb-med-arb and expedited arbitrations, other procedures designed to save time and costs in dispute resolution include adjudication, dispute boards, expert determinations, mediation and negotiation.

tions which are available under the rules of a number of leading arbitration institutions such as the ICC⁴, the American Arbitration Association⁵, the International Centre for Dispute Resolution (the “ICDR”)⁶, the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce⁷, the Singapore International Arbitration Centre (“SIAC”)⁸ and the Hong Kong International Arbitration Centre⁹.

Notwithstanding other procedures designed to lessen the time an arbitration takes, recent surveys of users have shown a strong preference for using international arbitration in combination with mediation or negotiation in preference to using international arbitration on its own, and that mediation during an arbitration is a highly effective in settling cases, even large ones.¹⁰ For example, the ICC has issued guidance notes on resolving Belt and Road disputes using mediation and arbitration in which is it stated that “As Belt and Road disputes typically have at least one Chinese party, we recommend that mediation always be considered for Belt and Road disputes....As in most commercial transactions, it is important to include a final and binding (‘adjudicative’) method of resolving disputes. For cross-border Belt and Road disputes, international arbitration is the method of choice....”¹¹

⁴ See Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce (Jan. 01, 2021), art. 30 & app. VI.

⁵ See Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures of the American Arbitration Association (Oct. 01, 2013), arts. E-1 – E-10.

⁶ See International Centre for Dispute Resolution, International Dispute Resolution Procedures (Including Mediation and Arbitration Rules) (June 1, 2014), arts E-1 – E-10.

⁷ See Rules for Expedited Arbitrations of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (Jan. 01, 2017).

⁸ See Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (6th ed., Aug 01, 2016), r. 5.

⁹ See Administered Arbitration Rules of the Hong Kong International Arbitration Centre (Nov. 01, 2018, art. 42).

¹⁰ See *Mediation in Arbitration: Insights from the London Chamber of Arbitration and Mediation/Herbert Smith Freehills Survey* available at <https://hsfnotes.com/arbitration/2021/02/02/mediation-in-arbitration-insights-from-the-london-chamber-of-arbitration-and-mediation-herbert-smith-freehills-survey/> (hereinafter “LCAM Survey”). See also the results of the 2021 International Arbitration Survey at <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>.

¹¹ See ICC Guidance Notes on Resolving Belt and Road Disputes Using Mediation and Arbitration.

In a survey of mediators experienced in mediating cases in arbitration undertaken by the London Chamber of Arbitration and Mediation and the law firm Herbert Smith Freehills exploring their experience in 2019 and 2020, just under half of the responding mediators reported that they were settling at least 70% of their cases, and of these mediators the majority indicated that their success rate for 2019 and 2020 was over 80%.¹² A further 17% of mediators with experience of mediating cases in arbitration reported a success rate of 50–70%. Some mediators reported a lower success rate, with around a third of the mediators with experience in arbitration-related mediation reporting a success rate less than 50%. Interestingly, success tended to be found in the larger cases involving claims from 1 million to 10 million pounds, and some even involved claims in excess of 100 million pounds. Mediators were much less likely to have mediated the lowest values arbitration claims, with under 15% of the mediators experienced in mediating cases in arbitrations reporting mediating claims worth less than 1 million pounds. The survey concluded that “it seems likely that settlement of smaller arbitration claims is often pursued by negotiation between the parties...rather than via mediation.”¹³

One of the reasons arb-med-arb is effective is that it is simple to initiate. Unlike its sister procedure, med-arb, which must be set forth in the arbitration clause in the contract or in a separate arbitration agreement in order to be an enforceable agreement to mediate (and to be effective in barring the commencement of the arbitration before it has been undertaken), arb-med-arb does not require a specific contract provision. It can be implemented in any arbitration without being specified in the arbitration clause or agreement, and it can be implemented even after the arbitration has begun.

Another reason arb-med-arb is effective is that the mediation process can provide solutions to resolve the dispute that are outside the scope of the pleadings, solutions which may help to promote or maintain an on-going relationship between the parties.

Unlike a settlement agreement, which can only be enforced as a contract right, a settlement reached in the context of arb-med-arb can be converted into a consent award and recognized and enforced as a foreign arbitral award the New York Convention. In many jurisdictions, including those which have adopted the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration as their arbitration law, a settlement agreement concluded before the commencement of an arbitration cannot be converted into a consent award, which requires that there must be a dispute outstanding at the time

¹² LCAM Survey, *supra*.

¹³ *Ibid*.

the arbitration was initiated, and the settlement agreement by its terms has settled the dispute.¹⁴

While the recently adopted Singapore Convention provides a procedure for the recognition and enforcement of cross border mediation settlements, thereby eliminating the need to convert a settlement agreement into a consent award, it has been ratified in only a handful of states.¹⁵ By contrast the New York Convention (originally adopted in 1958)¹⁶ has been ratified by over 150 states, meaning there is a much wider number of states in which a consent award may be enforced under the New York Convention compared to the number of states in which a mediated settlement agreement can be enforced under the Singapore Convention.

II. How to Encourage the Implementation of Arb-Med-Arb in an International Commercial Arbitration

Mediation of international commercial disputes is not common. When mediation is referred to in an international commercial contract, it is usually in the context of including a med-arb clause (a step clause) pursuant to which mediation must be undertaken prior to commencing arbitration.¹⁷ Most often, however, the dispute resolution clause in an international commercial contract makes no reference to mediation and is simply an agreement to arbitrate disputes arising under the contract. Taken at face value, this may reflect a preference to have a third party make the decision as to who wins as compared to having the parties resolve their dispute by themselves with or without the aid of a mediator.

¹⁴ Article 30 of the UNICTRAL Model Law on International Commercial Arbitration provides that if during arbitral proceedings, the parties settle the dispute, the arbitral tribunal shall terminate the proceedings and, if requested by the parties and not objected to by the arbitral tribunal, record the settlement in the form of an arbitral award on agreed terms. The use of the words “during arbitral proceedings” strongly suggests that Article 30 would not be available to a settlement concluded before the commencement of arbitral proceedings.

¹⁵ United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018) available at <https://www.singaporeconvention.org>. As of February 1, 2022 55 states had signed the Singapore Convention but only 8 had ratified it.

¹⁶ The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, available at <https://www.newyorkconvention.org>.

¹⁷ According to the latest Swiss Arbitration Centre statistics the overall number of mediation cases in Switzerland during the period 2007-2020 was 78 as compared to the overall number of arbitration cases during that period (1,283). See <https://www.swissarbitration.org/resources/swiss-arbitration-centre-statistics-2020>.

There are certain cultures, however, in which the arbitrator is expected to perform functions designed to facilitate settlement. For example, in China it is customary for arbitrators to facilitate settlement discussions if the parties consent, reflecting Confucian standards and collectivist values, which emphasize the necessity of avoiding conflict and preserving community, social stability and harmony.¹⁸ In Germany and Switzerland arbitrators are generally willing to provide parties with an indication of their preliminary views on the issues in the case at an early stage in the proceedings which can aid in the settlement of the case.¹⁹ By contrast in the U.S. and other common law jurisdictions attorneys and dispute resolution professionals tend to disfavor mixing the roles of arbitrator and mediator, and this leads to the need to adopt modes of dispute resolution which sequence both roles into one process, such as arb-med-arb.

The starting point to encourage the implementation of arb-med-arb in disputes under international commercial contracts is to educate the arbitration community at large – the parties to the contract and other stakeholders, counsel, arbitral institutions and arbitrators – on the benefits of mediating a case during an arbitration. As Professor Thomas Stipanowich noted in his 2021 Harvard Negotiation Law Review article cited above, “...given the dearth of effective practical guidance for legal counselors and dispute resolution professionals [on med-arb, arb-med and arb-med-arb], opportunities for costly mistakes abound.”²⁰

Today, perhaps the most influential guidance and educational tool on arb-med-arb and other non-standard forms of dispute resolution is the work product provided by the International Task Force on Mixed Mode Dispute Resolution (the “Mixed Mode Task Force”). The Mixed Mode Task Force was organized in 2016 as a combined effort by the College of Commercial

¹⁸ See CIETAC Arbitration Rules, art 47 (9) available at <https://www.cietac.org> and Stipanowich, *supra*, at footnotes 191–204.

¹⁹ See Stipanowich, *supra*, at pp. 312–317. See also Article 26 of the 2018 DIS Arbitration Rules and Article 19(5) of the Swiss Rules of International Arbitration (June 2021).

²⁰ See Stipanowich, *supra*, at 269. See also, Thomas J. Stipanowich & Ryan Lamare, *Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1000 Corporations*, 19 Harvard Negotiation Law Review 1 (2014) and Thomas J. Stipanowich, *Reflections on the State and Future of Commercial Arbitration: Challenges, Opportunities, Proposals*, 25 Am. Rev. of Int’l Arb., 297, 383–86 (2014). There is also an excellent article in Russian on these topics prepared by Sergey Morozov, who studied at Pepperdine University under Professor Stipanowich. It is entitled “Combination of Arbitration and Mediation During the Resolution of Commercial Disputes (based on the example of ARB-MED-ARB)” and appears in Issue 5 of New Horizons of International Arbitration published by the Russian Institute of Modern Arbitration.

Arbitrators (CCA), the International Mediation Institute (IMI) and the Straus Institute for Dispute Resolution at the Pepperdine School of Law. It consists of seven working groups involving well over 100 participants from common law and civil law jurisdictions around the world who have prepared working papers on topics related to arbitration, mediation and other non-standard forms of dispute resolution.

The Mixed Mode Task Force presented its working group papers to the public at the 16th Annual Fordham Conference on International Arbitration and Mediation on 23 November 2021 (the “Fordham Conference”). Included in these papers is the paper prepared by Working Group 4 which deals with the use of the organizational meeting of the tribunal, parties and counsel (the case management conference) to introduce a mediation window into an arbitration and the paper prepared by Working Group 5 which deals with neutrals switching hats.²¹

To give an idea of the progress that has been made over the past 15 years, in 1996 the UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings stated that “The arbitral tribunal should only suggest settlement negotiations with caution” while in 2016 it changed that statement to read: “In appropriate circumstances, the arbitral tribunal may raise the possibility of a settlement between the parties.” As the Mixed Mode Task Force Working Group papers show, we’ve come a long way even since 2016.

Let’s now look at what each of the constituent parts of an arbitration could do to encourage the implementation of arb-med-arb. What follows are the author’s ideas but they are based on concepts set forth in the Working Group papers.

1. The arbitral institution

a. At the outset of the arbitration, and certainly by the time of the case management conference, the institution (the case manager) should discuss

²¹ The seven working groups in the International Task Force on Mixed Mode Dispute Resolution are Working Group 1 (upstream conflict management processes (e.g., dispute resolution clauses)), Working Group 2 (neutrals facilitating tailored process design (evaluative and non-evaluative)), Working Group 3 (mediators using non-binding evaluations and proposals), Working Group 4 (arbitrator techniques and their (direct or potential) effect on settlement), Working Group 5 (neutrals switching hats), Working Group 6 (finality and enforceability of “mixed mode” outcomes), and Working Group 7 (future directions: interaction between mediators and arbitrators). The Working Group papers may be found at <https://imimmediation.org/2021/11/23/mixed-mode-task-force-papers-presented-at-the-16th-annual-fordham-conference-on-international-arbitration-and-mediation/>.

with the parties, counsel and the tribunal the possibility or desirability of inserting one or more mediation windows into the arbitration.

b. If a mediation window is not inserted into the schedule in the tribunal's Procedural Order No. 1, the institution (the case manager) should make this suggestion when appropriate later in the arbitration.

c. The institution should maintain a roster of qualified mediators who could serve as mediators during a mediation window on short notice. This would be similar to a roster of arbitrators who are able to serve as emergency arbitrators on short notice.

d. The institution will have to conduct the selection process for the mediator. The mediator will need to certify to the institution as to his or her independence and impartiality, and the institution must solicit party consent to the selection of the mediator.

e. Two institutions that have adopted procedures to foster mediation in the context of an ongoing arbitration are the ICDR and SIAC (together with its sister organization, the Singapore International Mediation Centre ("SIMC")). Article 6 of the ICDR Arbitration Rules provides that the parties shall mediate their dispute pursuant to the ICDR's International Mediation Rules concurrently with the arbitration subject to any contrary agreements between the parties or the right of any party to opt out of the mediation.²² In 2014 SIAC and SIMC jointly adopted a Arb-Med-Arb protocol under which the parties to an arbitration at the SIAC may agree to submit their dispute to mediation at the SIMC. In the parties so agree, the dispute is transferred from the SIAC to the SIMC after the notice of claim and response have been filed with the SIAC; the arbitration is stayed; and the mediation commences with a mediator independently appointed by the SIMC. The mediation must conclude within 8 weeks. If the dispute has not been settled within that time period, the case returns to the SIAC.²³

2. The tribunal

a. The tribunal should introduce the possibility of including a mediation window in its Procedural Order No. 1 adopted at the case management conference.

b. It may be particularly appropriate for the tribunal to suggest a mediation window after the arbitration is underway if one of the parties appears to

²² See https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules_1.pdf.

²³ See <https://simc.com.sg/v2/wp-content/uploads/2019/03/SIAC-SIMC-AMA-Protocol.pdf>.

be willing to mediate but is concerned that if it raises the subject, this will be perceived as a sign of weakness.

c. The well-known Hong Kong-based arbitrator Neil Kaplan made an interesting suggestion in his keynote address at the Fordham Conference on 23 November 2021.²⁴ He proposed that instead of specifying a mediation window, there should be a break of 6 weeks built into the schedule of the arbitration, which is not designated as a mediation window but which lets the parties and their counsel decide how to utilize the break – perhaps to conduct direct negotiations, perhaps to conduct a mediation – thus giving the parties and their counsel freedom to determine the conduct of their case.

3. The parties and their counsel

a. Since the decision whether to mediate in the context of an ongoing arbitration is one for the parties, the parties and their counsel should assess at the outset and at various times during the arbitration the value of the cost and time savings if they settle during the arbitration versus the risks in proceeding with the arbitration to the hearing and final award.

b. They should also bear in mind that early settlement will reduce the amount of sunk costs and may help to preserve a continuing relationship with the other party.

III. Actual Implementation of Arb-Med-Arb in an International Commercial Contract

It should be noted that the interests of the constituent bodies in the arbitration may not always be aligned on the subject of implementing a mediation window in an ongoing arbitration – it is likely that the parties and inside counsel may be most receptive to implementing a mediation window in order to save time and costs and also perhaps preserve an on-going business relationship, but that outside counsel may wish to see the case remain in arbitration because of their views on the merits of their respective clients' case. The tribunal itself may also have an interest in maintaining control over the process, and not wish to disrupt the scheduling of the arbitration.

²⁴ Mr. Kaplan is also the “author” of the Kaplan Opening in which there is a preliminary hearing after the first round of written briefs and witness statements have been submitted but prior to the main hearing. It is designed to be an opportunity for counsel to briefly introduce their respective positions to the tribunal in order to give it a better understanding of the case sooner.

Assuming, however, that these divergent interests are resolved in favor of implementing a mediation window, there are a number of structuring issues that will need to be dealt with at the outset of the arbitration.

Should the mediation run in parallel with the arbitration, and if so, should the mediator shadow the arbitration or just be on call? In either case the institution will have to provide the names of potential mediators to the parties and counsel at the outset for approval, and the selected mediator will have to clear conflicts at the same time as the members of the tribunal clear conflicts.

Where the mediator is selected at the outset of the arbitration and is either actively mediating the case or is merely shadowing the arbitration, should any communications be allowed between the mediator and the tribunal during the course of the arbitration? If communication is allowed, should there be restrictions on communications that might breach confidentiality or create an issue of bias, and who should take the lead in initiating these communications?²⁵

The parties may object to the cost of having a shadow mediator or standby mediator, as ultimately they may not need him or her, but this cost ought to be justified by the saving in time in bringing the mediator up to speed later in the process.²⁶

If the mediator is to be brought into the process at a later date, how will the selection process be handled? Presumably conflicts will have to be cleared at that time as well as party consent to the choice of the mediator. Because these may slow down opening the mediation window, careful consideration should be given to having the selection of the mediator done at the outset of the arbitration.

How early in the arbitration process should the mediation begin? Many commentators on the sister process, med-arb, have suggested that trying to mediate before the facts are known by both parties and there has been some document production is a waste of time. In the arb-med-arb context this would suggest that the mediation will be most productive if it is initiated after

²⁵ Mixed Mode Task Force Working Group 7's paper discusses a whole range of issues to be considered in safeguarding interactions between an arbitrator and the mediator in a given case.

²⁶ JAMS has a "Mediator-in-Reserve Policy" for international arbitrations which allows either party to an already-commenced arbitration to request assistance in selecting a 'Mediator-in-Reserve'. Upon such request JAMS provides a list of recommended mediators, and the parties are encouraged to select one from the list who will be placed "in reserve" for "any time in the course of the arbitration proceedings" if all the parties agree to mediate. Parties do not incur fees until they actually use the mediator. See <https://www.jamsadr.com/mediator-in-reserve/>.

the first round of pleadings have been exchanged and perhaps after there has been some document production. By that time the facts will be known by both parties and any significant documents in the possession of one party will have been disclosed to the other party. This is supported by the LCAM study cited above which concluded that "...the right time to mediate in any individual case will be when a party has a sufficiently clear understanding of the strengths and weaknesses of both its own and the other party's case and of the appropriate range for any settlement."²⁷

How long should the mediation window be kept open? That will depend on the size of the case, but it probably should not extend beyond 6-8 weeks. In no case should the mediation window require a postponement of the hearing, and that is one of the reasons why it may be desirable to schedule the mediation window in the tribunal's Procedural Order No. 1 at the same time that the hearing dates are set.

Even where the mediation phase does not produce a settlement, it may add value to the arbitration by enabling some issues to be disposed of and the scope of the remaining issues to be narrowed.

IV. Double Hatting

When it is apparent that the parties are willing to move to mediation in order to seek a settlement, there is a temptation, especially where the tribunal consists of a sole arbitrator, to ask the arbitrator to "switch hats" and become the mediator. This would save the time and cost of selecting a third person to be the mediator. Furthermore, the parties may have gotten to know and trust the arbitrator.

However, if the mediation is unsuccessful in reaching settlement, there is a considerable risk to the enforceability of the award issued at the conclusion of the arbitration, as it could be challenged by the losing party as having been issued by a biased arbitrator because he or she had acquired confidential information while caucusing with the other party.

The Prague Rules address this issue by providing that the tribunal or any of its members may act as a mediator and, with the written consent of the parties given at the end of the mediation phase, may return to the tribunal as an arbitrator if the mediation does not result in a settlement.²⁸ The waiver language in the consent should provide that the arbitrator's participation in

²⁷ LCAM Study, *supra*.

²⁸ Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration, *see* <http://www.praguerules.com>, art. 9.4.

prior settlement discussions will not be asserted by any party as grounds for challenging the arbitrator's appointment or any arbitration award rendered by the tribunal in which the arbitrator is a member.²⁹

The CIETAC conciliation rules have a similar provision allowing the tribunal to conciliate the dispute during the arbitral proceedings and to resume the arbitration if the conciliation is not successful.³⁰

Standard (4) of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration permits an arbitrator to serve as a mediator if all the parties consent, but it also provides that the mediator shall resign his or her position as arbitrator if he or she feels that the information he or she received in the mediation will adversely affect his or her ability to remain impartial and independent in the future course of the arbitration.

Because of the risk of vacatur for bias, many arbitrators, especially those from common law jurisdictions, feel uncomfortable with returning to an arbitration after mediating, even with party consent, and prefer to have a person not on the tribunal serve as the mediator.³¹

Some techniques that have been suggested to minimize the risk of vacatur for bias where a member of the tribunal acts as mediator and returns to the tribunal after the mediation has concluded without a settlement. One of these is that the mediator should not caucus with either side or engage in ex parte communications during the mediation in order to avoid gaining any confidential information.³² However, caucusing and ex parte communications are integral to the mediation process, and to prevent the mediator from caucusing or having ex parte communications would likely make him or her less effective as a mediator.

If the mediator does caucus with the parties, another option is to have the mediator disclose to the other party all confidential information he or she received in caucus with the first party prior to returning to the tribunal.³³ However, this appears to place a burdensome task on the mediator and may not be workable.

²⁹ Stipanowich, *supra* at p. 352.

³⁰ See CIETAC Arbitration Rules 2015, *supra*, art. 47.

³¹ Some experienced neutrals feel that the concern about mediators shifting to the role of arbitrators after being exposed to prejudicial information in ex parte discussions with the parties is overblown. One of them stated that he had engaged in arb-med-arb approximately ten times, each time at the request of both sides' counsel on an ad hoc basis, and that only one time did he have to proceed to the second arb stage. Stipanowich, *supra*, at p. 297.

³² Stipanowich, *supra*, at p. 35.4.

³³ *Ibid.*

V. Conclusion

Empirical evidence has shown that a significant number of international commercial cases in arbitration settle or are withdrawn before the hearing.³⁴ Arb-med-arb is a voluntary procedure that can save time and costs by bringing an experienced mediator into the case at an early stage of the arbitration to facilitate settlement before substantial costs have been sunk into the arbitration. Cases which may be particularly suitable for this process are those where it may be important to preserve the relationship between the parties and cases that are fairly straightforward – where only two or three parties are involved or the relief sought is monetary damages. The difficulty to date with utilizing arb-med-arb has been that it has not been given due consideration at the outset of the arbitration. It is hoped that the recent emphasis on mixed modes of dispute resolution in conferences, webinars and legal writings will change this practice, and that arb-med-arb will be considered seriously at the outset of an arbitration and incorporated into the schedule for the arbitration in the tribunal's Procedural Order No. 1.

³⁴ *See, for example*, <https://www.swissarbitration.org/resources/swiss-arbitration-centre-statistics-2020>.

ОГОВОРКА О «ПЕРИОДЕ ОХЛАЖДЕНИЯ» (COOLING-OFF PERIOD) КАК СРЕДСТВО РАСТОПИТЬ ЛЕД МОЛЧАНИЯ В ИНВЕСТИЦИОННОМ СПОРЕ

Н.С. АНДРЕЕВА,
юрист практики международных арбитражных
и судебных споров адвокатского бюро
«Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»,
аспирант департамента правового регулирования
бизнеса НИУ ВШЭ

Аннотация:

Статья посвящена вопросу природы оговорки о т. н. «периоде охлаждения» (cooling-off period), предписывающей обеим сторонам инвестиционного спора предпринять попытку мирно урегулировать спор. Данная оговорка нашла широкое распространение в международных инвестиционных соглашениях.

Автор анализирует четыре подхода к оговоркам о «периоде охлаждения», которые сложились в практике международных инвестиционных трибуналов и доктрине: опциональное процедурное требование; вопрос «приемлемости» (admissibility) требований; необходимое условие для установления компетенции трибунала; обязанность инвестора вести переговоры. В результате автор предлагает посмотреть под другим углом на природу данных оговорок и проанализировать их с точки зрения обязанности инвестора и государства вести переговоры и их корреспондирующего права на эффективное разрешение спора.

Также автор предлагает предусмотреть механизм, согласно которому государства, которые уклоняются от участия в преарбитражной процедуре и тем самым вынуждают инвестора инициировать арбитражное разбирательство, будут нести негативные последствия — в частности, путем возложения на уклоняющую сторону всех или части арбитражных расходов.

Ключевые слова: международный инвестиционный арбитраж; до-арбитражные процедуры урегулирования спора; мирное урегулирование спора; оговорки о «периоде охлаждения».



THE COOLING-OFF PERIOD CLAUSE AS A TOOL TO MELT THE ICE OF SILENCE IN THE INVESTMENT DISPUTE

NATALIA ANDREEVA,

Associate at the International Arbitration and Litigation Practice
of Egorov Puginsky Afanasiev & Partners,
Ph. D. Student of the School of Legal Regulation of Business
of the National Research University Higher School of Economics

Abstract:

The article deals with the nature of the so-called “cooling-off” period clause requiring both parties to an investment dispute to attempt to settle the dispute amicably. This clause is widely used in international investment agreements.

The author characterizes four approaches to the “cooling-off” period clauses, which have been developed in the practice of international investment tribunals and doctrine: an optional procedural requirement; the issue of “admissibility” of claims; a necessary condition for establishing the competence of the tribunal; an investor’s obligation to negotiate. As a result, the author suggests looking at the nature of these clauses from a different perspective and analyzing them in terms of the investor’s and state’s obligation to negotiate and their corresponding rights to effective dispute resolution.

The author also suggests providing a mechanism whereby states that evade participation in the pre-arbitration procedure and thereby force the investor to initiate arbitration will bear negative consequences — in particular, by imposing on the evading party all or part of the arbitration costs.

Key words: international investment arbitration; pre-arbitration dispute settlement procedures; amicable settlement of dispute; “cooling-off” period clauses.



1. Введение

Большая часть международных инвестиционных соглашений содержит оговорку, предписывающую обеим сторонам инвестиционно-го спора предпринять попытку мирно урегулировать спор в течение определенного периода времени до инициирования арбитражного разбирательства, – оговорку о т. н. «периоде охлаждения» (*cooling-off period*)¹. В 2020 году рабочая группа в составе С. Kessedjian, А. Aaken, R. Lie и L. Mistelis, применив метод машинного обучения, впервые проанализировала тексты 2 885 международных инвестиционных соглашений на предмет содержания в них оговорок о «периоде охлаждения». Программа идентифицировала данные оговорки в 2 052 соглашениях, что составляет примерно 71 % от общего количества соглашений². Кроме того, «периоды охлаждения» встречаются также в национальном инвестиционном законодательстве³.

Несмотря на широкое распространение оговорки о «периоде охлаждения», вопрос о ее функции остается не до конца разрешенным в практике арбитражных трибуналов и юридической доктрине. В связи с наличием многочисленных противоречащих друг другу взглядов на вопрос природы оговорок о «периоде охлаждения», G. Born и M. Šćekić даже назвали данную оговорку «мрачным болотом» (*dismal swamp*)⁴.

¹ Pohl J., Mashigo K. and Nohen A. *Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey* // OECD Working Papers on International Investment. 2012. P. 17.

² Kessedjian C., Aaken A., Lie R., Mistelis L. *Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement* // Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020/16. 2020. P. 5.

³ Например, в Законе Республики Беларусь «Об инвестициях» содержится положение о том, что споры между инвестором и Республикой Беларусь, не урегулированные в досудебном порядке путем проведения переговоров в течение трех месяцев со дня получения письменного предложения об их урегулировании, разрешаются в судебном порядке в соответствии с законодательством Республики Беларусь. См. ст. 13 Закона Республики Беларусь от 12 июля 2013 года № 53-3 «Об инвестициях». См. также ст. 16 Закона Сьерра-Леоне от 26 августа 2004 года «О поощрении инвестиций».

⁴ G. Born и M. Šćekić отметили, что данная метафора имеет давнюю историю, и в контексте *cooling-off* периода сочли уместным сослаться на труды английского исследователя Уильяма Берда II, который описал пограничную территорию между Вирджинией и Северной Каролиной как «мрачное болото». Born G. and Šćekić M. *Pre-Arbitration Procedural Requirements: 'A Dismal Swamp'* // Caron D. and Others. *Practising Virtue: Inside International Arbitration*, 2015. P. 227.

Можно выделить четыре основных подхода к оговорке о «периоде охлаждения», которые нашли свое отражение в практике арбитражных трибуналов и юридической доктрине:

(1) опциональное процедурное требование⁵;

(2) вопрос «приемлемости» (*admissibility*) требований, который подразумевает, что несоблюдение процедуры доарбитражного урегулирования может быть «исцелено» и требования могут быть вновь заявлены инвестором без ущерба для компетенции трибунала⁶;

(3) необходимое условие для установления компетенции трибунала⁷;

(4) обязанность инвестора вести переговоры⁸.

Тем не менее ни один из вышеприведенных подходов не рассматривает оговорку о «периоде охлаждения» с точки зрения обязанности и инвестора и государства вести переговоры и их корреспондирующего права на мирное урегулирование спора.

Как отмечается в исследовании ЮНКТАД «Споры между инвестором и государством: предотвращение и альтернативы арбитражу», одним из способов побудить инвестора и государство участвовать в переговорах до инициирования арбитражного разбирательства могут быть оговорки о «периоде охлаждения»⁹. Количество спо-

⁵ См., например: *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003, para. 184, *Westwater Resources v. Turkey*, ICSID, Procedural Order No. 2, 28 April 2020, paras 35–37; *Biwater v. Tanzania*, ICSID, Award, 24 July 2008, paras 343–346; *Sedelmayer v. Russia*, SCC, Arbitration Award, 7 July 1998, para. 322; *Lauder v. Czech Republic*, Ad hoc Arbitration, Award, 3 September 2001, paras 187–189; *SGS v. Pakistan*, ICSID, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003, para. 184; *Bayindir v. Pakistan*, ICSID, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005, paras 98–102; *El Paso v. Argentina*, ICSID, Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, para. 38.

⁶ См., например: *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, 6 June 2016, para. 225; *Casinos Austria v. Argentina*, ICSID, Decision on Jurisdiction, 29 June 2018, para. 280; *Philip Morris v. Uruguay*, ICSID, Decision on Jurisdiction, 2 July 2013, para. 138; *Wena Hotels v. Egypt*, ICSID, Decision on Jurisdiction, 29 June 1999, para. 60.

⁷ См., например: *Murphy v. Ecuador (I)*, ICSID, Award on Jurisdiction, 15 December 2010, paras 132, 146–157; *Burlington v. Ecuador*, ICSID, Decision on Jurisdiction, 2 June 2010, paras 312–317.

⁸ *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011, para. 220.

⁹ UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration, 2010. P. 25, https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911_en.pdf

ров, которое было разрешено благодаря оговорке о «периоде охлаждения», достоверно неизвестно в связи с конфиденциальным характером договоренностей между инвестором и государством. Тем не менее в открытом доступе есть информация о том, что уже после инициирования арбитража значительное количество инвестиционных споров завершается путем мирного урегулирования. Так, согласно статистике ЮНКТАД, по состоянию на конец 2018 года было завершено 602 инвестиционных арбитража. Из них четверть была прекращена путем мирного урегулирования¹⁰. Аналогичным образом, согласно статистике МЦУИС по итогам рассмотрения дел в 2019–2020 годах¹¹, около 26 % дел было урегулировано мирным путем¹². В связи с этим можно предположить, что, в случае если и инвесторы и государства будут активно участвовать в преарбитражной процедуре урегулирования спора, получится избежать значительных финансовых и временных издержек, связанных с ведением арбитражного разбирательства.

В настоящей работе приводится общая характеристика оговорок о «периоде охлаждения», их взаимодействие с альтернативными способами разрешения споров, анализируются сложившиеся подходы к оговоркам о «периоде охлаждения», а также предпринимается попытка рассмотреть оговорки о «периоде охлаждения» в качестве инструмента для эффективного урегулирования спора в доарбитражном порядке.

2. Оговорка о «периоде охлаждения»: общая характеристика

«Период охлаждения» начинает течь с момента направления инвестором письменного уведомления о существовании спора в принимающее государство (*trigger letter*), а не с даты предполагаемого нарушения инвестиционного соглашения. Так, арбитражный трибунал в деле *Lauder v. Czech Republic* отметил, что данный подход вытекает из цели «периода охлаждения», которая заключается в том, чтобы дать

¹⁰ UNCTAD Fact Sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018. P. 4, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d4_en.pdf

¹¹ ICSID 2020 Annual Report, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/ICSID_AR20_CRA_Web.pdf

¹² В данный процент также входят дела, в которых производство было прекращено по другим основаниям.

сторонам возможность начать добросовестные переговоры до инициирования арбитражного разбирательства¹³.

Уведомление о споре должно содержать описание требований инвестора с достаточной степенью детализации. Как указал арбитражный трибунал в деле *Tulip Real Estate v. Turkey*, инвестор не обязан излагать все обстоятельства дела, а должен информировать государство о том, какие его действия (бездействие) представляют собой нарушение двустороннего инвестиционного соглашения (далее – ДИС)¹⁴. Таким образом, инвестор должен представить минимально достаточное количество информации, чтобы создать переговорную базу для возможного мирного урегулирования спора с государством.

В отдельных ДИС содержатся более детальные требования к содержанию уведомления. Например, в ДИС Российская Федерация – Украина указано, что уведомление должно сопровождаться «*подробными комментариями*»¹⁵. В ДИС Китайская Народная Республика – Колумбия указано, что уведомление должно содержать «*детальную информацию о фактах и юридическом обосновании*»¹⁶. В ДИС Казахстан – Объединенные Арабские Эмираты содержится достаточно подробный перечень информации, которая должна быть указана в уведомлении: а) наименование и адрес спорящего инвестора; б) положения ДИС, которые были нарушены, по мнению инвестора; в) фактические и правовые основания для иска; г) средства судебной защиты и сумма заявленного ущерба¹⁷.

Кроме того, важно обратить внимание, что уведомление о споре должно включать в себя все требования инвестора, которые он планирует заявить в ходе арбитражного разбирательства, если переговоры не увенчаются успехом. Так, в деле *Goetz v. Burundi* инвестор надлежащим образом известил Бурунди о своем требовании, связанном с от-

¹³ *Lauder v. Czech Republic*, Ad hoc Arbitration, Award, 3 September 2001, para. 185. См. также: *Tulip Real Estate v. Turkey*, ICSID, Decision on Bifurcated Jurisdictional Issue, 5 March 2013, para. 71; *Murphy v. Ecuador* (I) ICSID, Award on Jurisdiction, 15 December 2010, para. 108.

¹⁴ *Tulip Real Estate v. Turkey*, ICSID, Decision on Bifurcated Jurisdictional Issue, 5 March 2013, para. 92. См. также: *Khan Resources Inc., Khan Resources B. V. and Cauc Holding Company Ltd. v. the Government of Mongolia and Monatom Co., Ltd.*, PCA Case No. 2011-09, Decision on Jurisdiction, 25 July 2012, para. 404.

¹⁵ Ст. 9 ДИС Российская Федерация – Украина (1998 год).

¹⁶ Ст. 9 ДИС Китайская Народная Республика – Колумбия (2008 год).

¹⁷ Ст. 10 ДИС Казахстан – ОАЭ (2018 год).

меной свидетельства о свободной зоне, но в то же время не включил в уведомление требования о возмещении налогов и пошлин. В результате трибунал признал себя некомпетентным рассматривать требования, которые не были включены в уведомление¹⁸. Также, в случае если у государства есть встречные требования к инвестору и инвестор об этом осведомлен, инвестору целесообразно включить в уведомление о споре свою краткую позицию в отношении встречных требований, чтобы они также вошли в предмет будущих переговоров.

Длительность «периодов охлаждения» является разной. Наиболее часто встречающийся вариант – 6 месяцев¹⁹, но большое количество ДИС устанавливает и более короткие периоды – от 60 дней²⁰ до 5 месяцев²¹. Более длительные периоды – 7²², 12²³, 24 месяца²⁴ – встречаются редко. На практике шестимесячные и более короткие сроки «периода охлаждения» являются недостаточными для урегулирования спора, поскольку государства вынуждены потратить значительное количество времени на установление обстоятельств нарушения ДИС и определение ответственных учреждений среди огромного количества государственных органов²⁵. Вместе с тем здесь идет речь не только о сроке «периода охлаждения», но и о возможном отсутствии эффективной государственной системы управления иностранными инвестициями.

Обычно стороны не могут отказаться от оговорки о «периоде охлаждения». Исключением является дело *Wena Hotels v. Egypt*, в ко-

¹⁸ *Antoine Goetz and Others v. Republic of Burundi (I)*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award (Embodying the Parties' Settlement Agreement), 10 February 1999, paras 90–93.

¹⁹ *Pohl J., Mashigo K. and Nohen A. Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey* // OECD Working Papers on International Investment. 2012. P. 17.

²⁰ См., например: ст. 12 ДИС Австрия – Ливан (2001 год), ст. 12 ДИС Австрия – Камбоджа (2004 год).

²¹ См., например: ст. 9 ДИС Российская Федерация – Венесуэла (2008 год); ст. 9 ДИС Китайская Народная Республика – Бахрейн (1999 год).

²² См., например: ст. 12 ДИС Бельгийско-Люксембургский экономический союз – Республика Колумбия (2009 год).

²³ См., например: ст. 9 ДИС Российская Федерация – Алжирская Народная Демократическая Республика (1996 год).

²⁴ См., например: ст. 9 ДИС США – Узбекистан (2007 год).

²⁵ UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration, 2010. P. 38, https://unctad.org/system/files/official-document/diaeia200911_en.pdf

тором ответчик отозвал свои процедурные возражения в отношении несоблюдения инвестором оговорки о «периоде охлаждения», чтобы не затягивать разбирательство по делу. Арбитражный трибунал согласился с позицией Египта, который заявил, что, даже если бы трибунал поддержал его возражения, данные недостатки можно было бы легко устранить²⁶. При этом инвесторы нередко используют оговорки инвестиционных соглашений о режиме наиболее благоприятствуемой нации (*most-favored-nation clauses*), для того чтобы обойти жесткие требования «периодов охлаждения». Например, в деле *Gas Natural v. Argentina* арбитражный трибунал пришел к выводу, что положения ДИС между Испанией и Аргентиной о возможности инициирования арбитражного разбирательства только после обращения в национальные суды и истечения 18-месячного «периода охлаждения» являются менее благоприятными для инвестора, нежели положения ДИС между США и Аргентиной, в которых не содержится ни требование об обращении в национальные суды, ни требование об обязательном «периоде охлаждения» после тщетного проведения переговоров²⁷.

3. «Период охлаждения» и альтернативные способы разрешения споров

В аспекте соотношения с альтернативными способами разрешения споров можно выделить три основных типа оговорок о «периоде охлаждения».

Оговорки первого типа предписывают предпринять попытку «разрешения спора» без какого-либо указания на то, какими именно способами это разрешение должно достигаться. Данные оговорки в принципе не содержат указания на необходимость осуществлять какие-либо действия в течение данного периода, побуждая таким образом инвестора пассивно дожидаться окончания данного периода и после инициировать арбитражное разбирательство.

ДИС Российская Федерация – Великобритания 1989 года содержит оговорку такого типа: «...любой из указанных споров, который не был разрешен дружественным путем, будет, по истечении трехмесячного

²⁶ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Jurisdiction, 29 June 1999, para. 24.

²⁷ *Gas Natural SDG, S. A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction, 17 June 2005, para. 31.

срока с момента письменного уведомления о таком споре, передан в международный арбитраж»²⁸.

Согласно упомянутому выше исследованию текстов международных инвестиционных соглашений, проведенному с использованием метода машинного обучения, количество оговорок о «периоде охлаждения», в которых отсутствует указание на какой-либо альтернативный способ разрешения споров, составляет 44 % от общего количества соглашений²⁹.

Оговорки второго типа прямо допускают возможность обращения в «период охлаждения» к переговорам, консультациям, примирению (*conciliation*), медиации или иным альтернативным способам разрешения споров.

Безусловным лидером среди всех альтернативных способов разрешения споров, которые встречаются в оговорках о «периодах охлаждения», являются переговоры. Указание на переговоры содержится в 42 % всех инвестиционных соглашений, в то время как на консультации – в 10 %, на примирение – в 3 %, на медиацию – в 1 %³⁰.

Например, в ДИС Казахстан – Объединенные Арабские Эмираты 2018 года содержится указание на три вида альтернативных способов разрешения споров: «...спор должен быть урегулирован дружественно путем переговоров, консультаций, медиации или применения любого другого механизма урегулирования споров»³¹.

В некоторых ДИС содержатся требования о сроке начала реализации механизма альтернативного решения спора. Например, согласно ДИС Республика Беларусь – Венгрия 2019 года по крайней мере одни переговоры должны быть проведены в течение 90 дней с даты уведомления³². Аналогичное положение, требующее начала проведения консультаций в течение 60 дней с момента уведомления о споре, содержится в ДИС Канада – Молдова 2018 года³³.

На примере оговорок первого и второго типа можно заметить тенденцию к большей детализации положений о «периоде охлаждения»

²⁸ Ст. 8 ДИС Российская Федерация – Великобритания (1989 год).

²⁹ *Kessedijan C., Aaken A., Lie R., Mistelis L.* Mediation in Future Investor-State Dispute Settlement // Academic Forum on ISDS Concept Paper 2020/16. 2020. P. 7.

³⁰ Ibid.

³¹ Ст. 10 ДИС Казахстан – ОАЭ (2018 год).

³² Ст. 9 ДИС Республика Беларусь – Венгрия (2019 год).

³³ Ст. 21 ДИС Канада – Молдова (2018 год).

в новых инвестиционных соглашениях. Представляется, что данная тенденция является положительной, поскольку побуждает инвестора и государство активнее участвовать в процессе урегулирования спора.

Оговорки третьего типа содержат требования об обязательной медиации или иных альтернативных способах разрешения споров до обращения в арбитраж. Это наиболее редкий тип оговорок о «периоде охлаждения».

Одним из вариантов формулировки оговорок данного типа является прямое указание на обязательность той или иной процедуры альтернативного разрешения спора. Например, в соответствии с Соглашением о всеобъемлющем экономическом партнерстве между Индонезией и Австралией (СЕРА) 2019 года, первой стадией разрешения спора являются консультации. В случае если спор не может быть разрешен в течение 180 дней с даты получения запроса о консультациях, инициируются процедуры примирения, *«которые являются обязательными для спорящего инвестора»*³⁴.

Другой вариант формулировки – в инвестиционных соглашениях содержатся обязательные условия для передачи спора в арбитраж, среди которых указаны доарбитражные процедуры альтернативного разрешения спора. Например, в Соглашении о защите инвестиций между ЕС и Сингапуром 2018 года указано, что требование может быть передано в арбитраж, *«только если юридические и фактические обстоятельства спора были предметом предварительных консультаций»*³⁵.

4. Подходы к вопросу функции оговорки о «периоде охлаждения» в практике инвестиционных арбитражных трибуналов и доктрине

4.1. «Период охлаждения» как опциональное процедурное требование

Первый подход к «периоду охлаждения» заключается в том, что устанавливающие его положения инвестиционного соглашения являются не более чем «наставительными» (*hortatory*) опциональными процедурными требованиями, побуждающими инвестора и государство провести переговоры и прийти к мирному урегулированию спора.

³⁴ Ст. 14.22, 14.23 Соглашения о всеобъемлющем экономическом партнерстве между Индонезией и Австралией (СЕРА), 2019 год.

³⁵ Ст. 3.7 Соглашения о защите инвестиций между ЕС и Сингапуром (2018 год).

Руководствуясь данным подходом, инвесторы, невзирая на наличие оговорки о «периоде охлаждения», в принципе могут проигнорировать направление уведомления о споре и перейти непосредственно к инициированию арбитражного разбирательства, не рискуя, что арбитражный трибунал впоследствии откажется установить свою компетенцию на рассмотрение спора.

Примером такой позиции является дело *SGS v. Pakistan*, в котором арбитражный трибунал МЦУИС отклонил юрисдикционные возражения ответчика, основанные на том, что инвестор не следовал требованиям оговорки о «периоде охлаждения». Трибунал указал, что данная оговорка является процедурным требованием, а не обязательным условием для установления компетенции трибунала. При этом трибунал отметил, что Пакистан не пытался вести переговоры по вопросу требований инвестора. Более того, учитывая категоричную позицию Верховного суда Пакистана о том, что инвестор не имеет права предъявлять требования по применимому ДИС, было бы странно ожидать, что государство решит вступить в переговоры³⁶.

Аналогичную позицию занял арбитражный трибунал в деле *Bewater Gauff v. Tanzania*, отметив, что целью оговорки о переговорах является содействие мирному разрешению спора, но не препятствие проведению арбитражного разбирательства. Несоблюдение шестимесячного срока инвестором не создает препятствий для установления компетенции арбитражного трибунала. Вывод об обратном имеет следующие «любопытные последствия»:

1) инвестор будет вынужден ничего не делать в течение шести месяцев, даже когда последующие переговоры являются очевидно тщетными, или в случае если мирное урегулирование невозможно по каким-либо причинам;

2) инвестор будет вынужден повторно инициировать арбитражное разбирательство, в случае если оно изначально было начато слишком рано, даже если до вынесения решения по делу шестимесячный срок в любом случае истечет³⁷.

Трибунал в деле *Bayindir v. Pakistan* также придерживался схожей позиции, указав, что несоблюдение требования о направлении инвестором уведомления о споре «не является фатальным для инвестора»,

³⁶ *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003, para. 184.

³⁷ *Bewater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, para. 343.

а цель данного требования заключается в том, чтобы «*позволить сторонам провести переговоры, результатом которых может стать мирное урегулирование*»³⁸. Аналогичную позицию о «*позволении*» сторонам провести переговоры занял также трибунал в деле *Lauder v. Czech Republic*³⁹.

В недавнем процедурном приказе по делу *Westwater Resources v. Turkey* трибунал пришел к схожему выводу об отсутствии обязательности оговорки о переговорном периоде, отметив, что вывод о противоположном привел бы к необходимости повторной подачи инвестором того же требования об арбитраже. Тем не менее трибунал добавил важную оговорку, отметив, что не сделал бы такой вывод, если бы, например, ответчик доказал, что раннее инициирование арбитража причинило ему ущерб⁴⁰.

Плюсом описанного выше «проинвесторского» подхода является минимизация финансовых и временных затрат, которые возникли бы в случае отказа в компетенции и необходимости повторного инициирования инвестором арбитражного разбирательства. Тем не менее данный подход оставляет без ответа следующий ключевой вопрос. Основопологающим правилом толкования международных соглашений является то, что каждое положение соглашения должно интерпретироваться как значимое, а не как бессмысленное⁴¹. В таком случае в чем же смысл включения в международные инвестиционные соглашения оговорок о «периоде охлаждения», помимо наставления сторонам о предпочтительности разрешить вопрос мирным путем? Кроме того, приведенная выше позиция трибуналов *Lauder v. Czech Republic* и *Bayindir v. Pakistan* о том, что данные оговорки «*позволяют*» сторонам провести переговоры, также представляется неясной, поскольку у государства и инвестора есть неотъемлемое право на мирное урегулирование спора в любой момент.

³⁸ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A. S. v. Islamic Republic of Pakistan (I)*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005, paras 98–100.

³⁹ *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, Award, 3 September 2001, para. 185.

⁴⁰ *Westwater Resources, Inc. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/18/46, Procedural Order No. 2, 28 April 2020, para. 34.

⁴¹ См., например: *Eureko BV v. Poland*, Partial Award, 19 August 2005, para. 248; *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (France v. Switzerland)*, 1929 P.C.I.J. (ser. A) No. 22, Order, 19 August 1929; *The Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania)*, ICJ, Merits, Judgment, 9 April 1949, p. 24; *Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, ICJ, Judgment, 3 February 2014, para. 51; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, ICJ, Preliminary Objections, Judgment, 1 April 2011, paras 133–134.

4.2. «Период охлаждения» как вопрос «приемлемости» (*admissibility*) требований

Второй подход подразумевает, что «период охлаждения» должен рассматриваться в качестве вопроса «приемлемости» (*admissibility*) требований. При этом несоблюдение процедуры доарбитражного урегулирования может быть «исцелено», и требования могут быть вновь заявлены инвестором без ущерба для компетенции трибунала.

В деле *RREEF v. Spain* арбитражный трибунал согласился с позицией истцов о том, что вопрос несоблюдения процедуры доарбитражного порядка относится к категории «приемлемости» требований, а не юрисдикции. Вместе с тем трибунал указал, что последствием неприемлемого требования является невозможность трибунала распространить свою юрисдикцию на данное требование. Тем не менее у ситуации признания требования неприемлемым есть важное отличие от ситуации вынесения решения об отсутствии компетенции – когда основание неприемлемости требований изменится, требование может быть заявлено вновь, и трибунал сможет признать свою компетенцию в отношении вновь заявленного требования⁴².

В деле *Casinos Austria v. Argentina* трибунал указал, что требования о необходимости урегулировать спор путем дружеских консультаций не являются условиями, которые должны быть выполнены в момент начала арбитража, отметив, что на момент вынесения решения по юрисдикции они в любом случае уже были выполнены. Противоположная точка зрения была бы излишне формалистичной и привела бы к тому, что после прекращения текущего разбирательства истцы немедленно инициируют новое разбирательство, что противоречило бы принципу справедливого правосудия⁴³.

В контексте данного подхода сохраняется тот же вопрос, что и к подходу об опциональном процедурном требовании: если требование о доарбитражном порядке не более чем формальность, которая может быть «исцелена» в любой момент, какой смысл включения данных требований в инвестиционные соглашения? При этом, в отличие от первого подхода, повторное инициирование инвестором

⁴² *RREEF Infrastructure (G. P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, 6 June 2016, para. 225.

⁴³ *Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/14/32, Decision on Jurisdiction, 29 June 2018, para. 337.

арбитражного разбирательства после соблюдения требований оговорки о «периоде охлаждения» влечет за собой излишние финансовые и временные издержки, не способствующие эффективному урегулированию спора.

4.3. «Период охлаждения» как необходимое условие для установления компетенции трибунала

Согласно третьему подходу к «периоду охлаждения», если инвестор не направляет уведомление о споре и сразу начинает арбитражное разбирательство или же после его направления и до начала арбитражного разбирательства проходит меньший период времени, чем установлено в инвестиционном соглашении, арбитражный трибунал отказывает в установлении своей компетенции, поскольку арбитражное разбирательство в таком случае будет противоречить соглашению сторон.

Одним из первых дел, в которых нашел отражение данный подход, было *Enron v. Argentina*. В данном деле арбитражный трибунал пришел к выводу, что требование о переговорном периоде «очень связано с юрисдикцией» (*very much a jurisdictional one*), и его несоблюдение повлечет за собой установление отсутствия юрисдикции на рассмотрение спора⁴⁴. К аналогичному выводу пришел трибунал в деле *Wintershall v. Argentina*⁴⁵.

Арбитражный трибунал в деле *Guaracachi America v. Bolivia* также указал, что, хотя его задачей не является оценить важность и значение оговорки, по крайней мере в этом деле «период охлаждения» представляет собой юрисдикционный барьер, являющийся условием для установления юрисдикции *rationae voluntatis*. Трибунал подчеркнул, что решать, нужно ли уведомлять государство о споре, равно и как долго нужно ожидать до представления требования в арбитраж, — не прерогатива истца⁴⁶.

Однако делом, которое можно назвать водоразделом практики по вопросу «периода охлаждения», является *Murphy v. Ecuador*. Спор в данном деле касался действий государства в отношении дочерней

⁴⁴ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L. P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, para. 88.

⁴⁵ *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/14, Award, 8 December 2008, para. 156.

⁴⁶ *Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2011-17, Award, 31 January 2014, paras 389–390.

компании инвестора в Эквадоре, которая была членом консорциума. Консорциум вступил в переговоры с Эквадором, которые длились на протяжении года и не увенчались успехом. При этом инвестор лично переговоры не вел и инициировал арбитражное разбирательство через четыре дня после направления уведомления о споре. Трибунал пришел к выводу, что переговоры, которые вел консорциум, не могут быть приравнены к соблюдению преарбитражной процедуры инвестором. Трибунал подчеркнул, что требования о соблюдении «периода охлаждения» значительно более серьезные, чем «просто формальность», а неотъемлемый механизм, содержащийся во многих инвестиционных соглашениях, который побуждает стороны сделать попытку вступить в добросовестные переговоры до начала арбитража. В результате трибунал установил «грубое нарушение» инвестором ДИС, которое привело к отсутствию компетенции на рассмотрение спора⁴⁷.

Трибуналом в данном деле также была сформирована важная позиция по вопросу «тщетности» (*futility*) переговоров. Трибунал отклонил аргументы инвестора о том, что переговоры в любом случае были бы тщетными. Кроме того, трибунал подчеркнул, что обязательство вести переговоры — не обязательство результата. У сторон нет обязательства достигнуть мирового соглашения, но они должны хотя бы попытаться это сделать.

Требуя осуществить попытки провести переговоры, трибунал в деле *Murphy v. Ecuador* установил достаточно высокий стандарт доказывания «тщетности» переговоров. Так, у истца есть безусловная обязанность предложить государству альтернативный способ разрешения спора; и, только если это предложение было отклонено явным образом (например, было направлено несколько писем, но ответа на них получено не было), инвестор имеет право перейти к инициированию арбитражного разбирательства до окончания «периода ожидания». Без осуществления этих действий инвестор не может быть действительно уверен в том, что на мирное урегулирование спора нет шансов. При этом трибунал подчеркнул, что обязательство вести переговоры лежит не только на инвесторе, но и на государстве⁴⁸.

Похожую позицию в отношении аргумента о «тщетности» занял трибунал в деле *Kılıç v. Turkmenistan*. В данном деле ДИС требовал

⁴⁷ *Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/4, Award on Jurisdiction, 15 December 2010, paras 104, 131, 149–159.

⁴⁸ *Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/4, Award on Jurisdiction, 15 December 2010, para. 135.

исчерпания местных средств правовой защиты до инициирования арбитражного разбирательства. Инвестор заявил о том, что попытки обращения в туркменистанские суды были бы тщетными. Трибунал отказал в установлении своей компетенции на рассмотрение спора, указав, что доказательства истца основаны лишь на общих заявлениях и отчетах третьих лиц о том, что туркменистанская судебная система не является независимой и что туркменистанские власти испытывали бы особую неприязнь к турецким инвесторам. При этом лежащее на истце бремя доказывания «тщетности» подразумевает необходимость представления действительно существенных доказательств в отношении неэффективности судебной системы применительно к конкретному спору⁴⁹.

Несмотря на то что, в отличие от двух предыдущих взглядов на природу оговорок о «периоде охлаждения», данный подход делает очевидным смысл их включения в инвестиционные соглашения (не ограничивая их содержание безболезненным для инвестора наставлением о предпочтительности мирного урегулирования спора), его недостатком является излишняя жесткость, не соответствующая задачам эффективного разрешения инвестиционных споров. Данный подход способствует тому, что инвестор после поражения на юрисдикционной стадии не начнет пытаться урегулировать спор мирным путем, а будет продумывать другие варианты инициирования арбитражного разбирательства, например обращаясь к средствам *treaty shopping*. Также представляется неоправданным установление жесткого стандарта по вопросу «тщетности» переговоров — например, в случае если переговоры действительно велись, но не самим инвестором, а аффилированным с ним лицом, будет излишне формалистично в связи с этим отказывать в установлении компетенции трибунала.

4.4. «Период охлаждения» как договорное обязательство инвестора вести переговоры

Данный подход представляет собой своеобразный компромисс во взглядах на природу «периода охлаждения» — несоблюдение инвестором данного требования не влияет на компетенцию арбитражного трибунала, но является нарушением обязанностей инвестора, выте-

⁴⁹ *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1, Award, 2 July 2013, para. 8.1.10.

кающих из инвестиционного соглашения. В этом случае возникают возможности (1) взыскания убытков с инвестора или (2) уменьшения размера убытков, которые подлежат взысканию в пользу инвестора согласно арбитражному решению.

Указанный подход практически не отражен в практике инвестиционных трибуналов. Единственное упоминание данного подхода удалось найти в деле *Paushok v. Mongolia*, где трибунал вскользь упомянул: «*Arguendo, даже если бы они [инвесторы] не соблюдали требования о переговорном периоде, это не повлияло бы на вопрос установления компетенции... В этом случае несоблюдение требования о периоде ожидания повлекло бы за собой вывод о необходимости возмещения ущерба, а не об отсутствии юрисдикции*»⁵⁰.

G. Vorn и M. Šćekić в своем исследовании также отмечали, что во многих случаях даже обязательное требование вести переговоры в течение определенного периода времени не будет условием для компетенции трибунала, а вместо этого является договорным обязательством, нарушение которого повлечет за собой возмещение убытков⁵¹.

Несмотря на то что данный подход является компромиссным и не несет в себе недостатков описанных выше подходов, как справедливо указывал A. Ganesh, с тем, чтобы «вписать» данный подход в стандартные договорные конструкции, есть свои трудности. Так, первая заключается в том, что ДИС представляет собой соглашение между государствами, а инвестор его стороной не является. Принимая во внимание, что ДИС не может создавать обязанности для третьей стороны, на инвестора нельзя возлагать ответственность за их нарушение. Вторая сложность связана с определением размера убытков, которые подлежат взысканию в случае несоблюдения требования о переговорах, поскольку никто не знает, были бы переговоры успешными или будут сорваны и, если они будут успешными, каков будет их результат⁵².

⁵⁰ *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011, para. 220.

⁵¹ *Born G. and Šćekić M. Pre-Arbitration Procedural Requirements: 'A Dismal Swamp' // Caron D. and Others. Practising Virtue: Inside International Arbitration*, 2015. P. 249. См. также: *Ganesh A. Cooling-Off Period (Investment Arbitration)*, Max Planck Encyclopedia for International Procedural Law, Working Paper 7, 2017. P. 9.

⁵² *Ganesh A. Cooling-Off Period (Investment Arbitration)*, Max Planck Encyclopedia for International Procedural Law, Working Paper 7, 2017. P. 10.

5. Оговорка о «периоде охлаждения» как способ побуждения к эффективному разрешению инвестиционного спора

Описанные выше позиции трибуналов и практически все доктринальные исследования сводятся к анализу вопроса соблюдения требования о «периоде охлаждения» инвестором. Вместе с тем такая ситуация является асимметричной, поскольку на практике чаще не инвестор, а государство игнорирует все попытки урегулировать спор⁵³, вынуждая инвестора инициировать арбитражное разбирательство и нести значительные финансовые и временные издержки (нередко заявляя при этом в процессе разбирательства юрисдикционное возражение о несоблюдении инвестором оговорки о «периоде охлаждения»).

Это связано с тем, что инвестор и государство далеко не всегда имеют единую цель по наиболее эффективному разрешению спора. В то время как инвестор имеет цель как можно быстрее получить компенсацию за противоправные действия государства, государство часто стремится затянуть разрешение спора и избежать участия в альтернативных процедурах разрешения спора. Однако, как было справедливо отмечено трибуналом в описанном выше деле *Murphy v. Ecuador*, обязательство вести переговоры лежит на обеих сторонах⁵⁴, и государство должно нести такие же риски его несоблюдения, как и инвестор.

Вопрос побуждения государства к урегулированию спора в доарбитражном порядке и определения последствий нарушения государством требования о «периоде охлаждения» недостаточно исследован в юридической литературе. Так, удалось найти лишь одну статью D. Bella, в которой требование о «периоде охлаждения» характеризуется с точки зрения «спрятанного» в инвестиционных соглашениях дополнительного стандарта защиты инвестиций и содержится вывод о необходимости установления ответственности государства за уклонение от участия в доарбитражной процедуре урегулирования спора⁵⁵. Другими словами, предлагается рассматривать требование о соблюдении «периода

⁵³ *Danilo Di Bella*. Theorizing the Cooling-Off Provision as an Additional Standard of Investment Protection // *Utrecht Journal of International and European Law*. 2021. No. 36 (1). P. 5.

⁵⁴ *Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/4, Award on Jurisdiction, 15 December 2010, para. 135.

⁵⁵ *Danilo Di Bella*. Theorizing the Cooling-Off Provision as an Additional Standard of Investment Protection // *Utrecht Journal of International and European Law*. 2021. No. 36 (1). P. 1–10.

охлаждения» с точки зрения обязанности инвестора и государства вести переговоры и их корреспондирующего права на эффективное разрешение спора.

Если исходить из того, что целью включения оговорок о «периоде охлаждения» в инвестиционные соглашения является эффективное разрешение спора, выходит, что несоблюдение «периода охлаждения» не должно влечь за собой отказ в компетенции арбитражного трибунала. Как было описано выше, данный подход приведет лишь к тому, что инвестор будет продумывать другие варианты инициирования арбитражного разбирательства, например обращаясь к средствам *treaty shopping*, а не начнет пытаться разрешить спор мирным путем.

Вместо этого представляется разумным предусмотреть механизм, согласно которому и инвестор и государство, которые уклоняются от участия в преарбитражной процедуре, должны нести негативные последствия.

Так, одним из вариантов побуждения государства к разрешению спора является упомянутая выше концепция «тщетности» переговоров, согласно которой инвестор, который добросовестно пытался урегулировать спор, но государство его проигнорировало, считается выполнившим свою обязанность согласно оговорке о «периоде охлаждения». Тем не менее «тщетность» переговоров может быть лишь одним из элементов данного механизма. Представляется, что наиболее эффективным способом побуждения к участию в переговорах как инвесторов, так и государств все же будут финансовые последствия, а именно — возложение всех или части арбитражных расходов на сторону, уклоняющуюся от участия в переговорах.

В практике международных инвестиционных арбитражей даже в тех случаях, когда установлены недобросовестность государства на преарбитражной стадии и нарушение стандартов защиты инвестиций, трибуналы обычно не отступают от правила «каждая сторона несет свои собственные расходы». Например, такое правило распределения расходов было применено в деле *Biwater Gauff v. Tanzania*, где трибунал пришел к выводу о том, что действия Танзании до начала разбирательства (в том числе ее публичные заявления и насильственные действия по экспроприации) сделали невозможным проведение переговоров с инвестором⁵⁶, а также установил нарушение стандартов справедливого и равноправного отношения (*fair and equitable treatment*), полной защи-

⁵⁶ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, para. 348.

ты и безопасности (*full protection and security*), запрета дискриминации и экспроприации⁵⁷.

Случай⁵⁸, когда инвестиционный трибунал возложил арбитражные расходы на сторону, уклоняющуюся от участия в переговорах, ожидаемо относится к инвестору, который не выполнил требования оговорки о «периоде охлаждения». Так, в деле *Ethyl Corp. v. Canada* трибунал установил, что у него есть юрисдикция на рассмотрение спора, несмотря на то что истец направил требование об арбитраже пять дней спустя после направления уведомления о споре. Тем не менее трибунал посчитал справедливым возложить на истца арбитражные расходы за часть арбитражного разбирательства, которая касалась «периода охлаждения», поскольку в случае добросовестного исполнения инвестором положений ДИС данный вопрос не пришлось бы рассматривать вовсе и, соответственно, нести дополнительные издержки⁵⁹.

Представляется целесообразным распространить данный подход не только на инвесторов, но и на государства, которые уклоняются от участия в переговорах. При этом, зеркально применяя позицию трибунала *Ethyl Corp. v. Canada* к государству, выходит, что уклоняющееся государство должно возместить все арбитражные расходы / их большую часть, поскольку есть вероятность, что в случае участия государства в переговорах арбитражного разбирательства в принципе не было бы. В этом контексте может быть полезно обратиться к практике международных коммерческих арбитражей, где соблюдение доарбитражных процедур значительно чаще учитывается при решении вопроса распределения арбитражных расходов. Например, соответствующее положение о необходимости учитывать доарбитражное поведение сторон при распределении арбитражных расходов содержится в Отчете ИСС о решениях по вопросам арбитражных расходов⁶⁰.

Возможным инструментом возложения ответственности на государство-ответчика в виде всех расходов на арбитражное разбирательство, которое можно было бы предотвратить, если бы не нарушение государством положений о «периоде охлаждения», могут стать Статьи

⁵⁷ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, para. 814.

⁵⁸ Единственный случай, известный автору настоящей статьи.

⁵⁹ *Ethyl Corporation v. The Government of Canada*, Award on Jurisdiction, 24 June 1998, para. 88.

⁶⁰ ICC Commission Report, Decisions on costs in international ICC arbitration // ICC Dispute Resolution Bulletin. 2015. Issue 2. P. 14.

Комиссии международного права об ответственности государства за международно-противоправные деяния («Статьи»). Так, в силу ст. 31 Статей международно-противоправное деяние влечет за собой обязанность ответственного государства предоставить полное возмещение причиненного вреда. При этом стандарт доказывания для привлечения к ответственности по ст. 31 Статей является высоким, т. е. государство должно действительно грубым образом игнорировать все попытки инвестора урегулировать спор, нарушив тем самым право инвестора на эффективное разрешение спора.

Таким образом, при решении вопроса о распределении арбитражных расходов, в том случае если инвестор уведомил государство о споре и добросовестно пытался начать переговоры, трибуналам стоит учитывать, доказало ли, в свою очередь, государство свои добросовестные попытки урегулировать спор мирным путем.

Еще одним способом уравнивания возможностей инвестора и государства в сфере разрешения инвестиционных споров может стать наложение на государство, уклонившееся от участия в переговорах, обеспечительных мер в виде оплаты авансового платежа, поскольку за время уклонения от переговоров инвестор мог понести значительные убытки и утратить финансовую возможность инициировать арбитражное разбирательство.

ИСКЛЮЧИТЕЛЬНАЯ КОМПЕТЕНЦИЯ РОССИЙСКИХ СУДОВ ПО САНКЦИОННЫМ СПОРАМ: ПАДАЮЩЕГО ТОЛКНИ?

В.С. Вунукайнен,
юрист практики по разрешению споров,
адвокатское бюро «Рыбалкин, Горцунян, Дякин и партнеры»
(Москва)

Аннотация:

Большое число российских сторон — пользователей арбитража — включено в санкционные списки США, ЕС и других стран. Хотя европейские арбитражные институты и декларируют отсутствие формальных препятствий для администрирования дел с участием таких лиц, на практике подсанкционные стороны могут столкнуться со сложностями, которые порой не позволяют им полноценно защищать свои права в арбитраже.

В 2020 году АПК РФ был дополнен статьями 248.1 и 248.2, которые дают российским подсанкционным сторонам возможность при определенных условиях обратиться в российский суд вопреки ранее согласованной арбитражной оговорке либо получить антиисковой запрет. В декабре 2021 года Верховный суд РФ в деле № А60-36897/2020 уточнил, что для целей применения этих норм нахождение лица под санкциями предполагается достаточным для вывода об ограничении доступа такого лица к правосудию в применяющем санкции государстве.

В данной статье мы адресуем подходы ведущих арбитражных институтов к администрированию споров с участием подсанкционных лиц, приведем обзор возможных практических сложностей, с которыми может столкнуться подсанкционное лицо при рассмотрении спора в арбитраже, а также исследуем инструменты, введенные статьями 248.1 и 248.2 АПК РФ, с учетом новейшей российской судебной практики.

Ключевые слова: *ограничительные меры, доступ к правосудию, исключительная компетенция, санкции, арбитражный сбор.*

EXCLUSIVE JURISDICTION OF RUSSIAN COURTS REGARDING THE DISPUTES AFFECTED BY SANCTIONS: THAT WHICH IS FALLING SHOULD ALSO BE PUSHED?

VADIM VUNUKAINEN,
Associate in Dispute Resolution Practice,
Rybalkin, Gortsunyan, Dyakin and Partners (Moscow)

Abstract:

A large number of Russian arbitration users have been sanctioned by the US, the EU and other countries. Although European arbitral institutions declare that there are no formal obstacles to the administration of cases involving such persons, in practice, they may face difficulties that possibly could prevent them from effective protection of their interests in arbitration.

In 2020, Russian Commercial Procedure Code was supplemented by Articles 248.1 and 248.2, which allow Russian sanctioned parties to apply to a Russian court in circumvention of a previously agreed arbitration clause, or to obtain an anti-suit injunction under certain conditions. In December 2021, the Supreme Court of the Russian Federation in case No. A60-36897/2020 held that, for the purpose of these provisions, the mere inclusion of a person in the sanctions list is presumed to be sufficient to conclude that the person's right to access to justice is restricted in the respective state applying the sanctions.

In this article we address the approaches of the leading arbitral institutions to the administration of disputes involving sanctioned persons, provide an overview of possible practical difficulties that a sanctioned person may encounter in arbitration and, finally, we examine the tools introduced by articles 248.1 and 248.2 of the Russian Commercial Procedure Code in the context of the latest Russian caselaw.

Key words: *restrictive measures, access to justice, exclusive jurisdiction, sanctions, arbitration fee.*



1. Введение

На сегодняшний день огромное число российских компаний испытывают на себе влияние односторонних ограничительных экономических мер (ОЭМ) США и ряда других стран.

По данным аналитического сервиса, на апрель 2021 года ОЭМ действовали напрямую в отношении 1475 российских юридических лиц¹. Общее количество российских компаний, испытывающих влияние санкций в результате своей корпоративной структуры, приближалось к пятнадцати тысячам². Другой аналитический сервис содержит информацию, что до событий февраля 2022 года в отношении российских лиц было введено 2 754 индивидуальных ОЭМ. После 22 февраля 2022 года их число многократно возросло и на дату настоящей работы равно порядка 7 тысячам³, что делает Россию самой «подсанкционной» страной в мире и позволяет сделать вывод и об экспоненциальном росте и числа компаний, подпадающих под санкции в связи со своей корпоративной структурой.

Не является неожиданным тот факт, что наибольшие трудности как для мировой торговли в целом, так и для российских компаний в частности, вызывают именно ОЭМ США. Это объясняется тремя взаимосвязанными причинами.

В первую очередь это связано с их тотальным количественным доминированием по сравнению с ОЭМ какого-либо другого государства. При этом количественные показатели американских санкционных программ неуклонно растут. OFAC в Докладе о санкциях за 2021 год указывает, что за последние 20 лет число лиц, включенных в санкционный список SDN, увеличилось на 933 %. Количество позиций в списке SDN в этом периоде также ежегодно росло: с 912 лиц, находящихся под санкциями в 2000 году, до 9421 в 2021 году⁴. Не вызывает сомне-

¹ Сколько российских компаний под санкциями, исследование «Контур.Призма», https://kontur.ru/prizma/spravka/20852-skolko_rossijskix_kompanij_pod_sankciyami

² Там же.

³ Russia Sanctions Dashboard, The Castellum.AI, <https://www.castellum.ai/russia-sanctions-dashboard>

⁴ The Treasury 2021 Sanctions Review, October 2021, p. 2, <https://home.treasury.gov/system/files/136/Treasury-2021-sanctions-review.pdf>
В частности, в 2021 году в список OFAC было включено порядка 12 000 лиц, а исключены из списка около 3 000.

ний, что в 2022 году количество подсанкционных лиц в списке SDN кардинально увеличится.

Во-вторых, как признает само ОФАС, успех санкций США объясняется «*громадной силой и доверием*» к финансовой системе США и валюте — американскому доллару⁵. Так, согласно данным современных исследователей международных финансовых систем, доллар США является валютой, в которой выражено 63 % международного долга⁶. Кроме того, в долларах США осуществляются 40 % всех платежных операций на мировом рынке⁷.

Важно заметить, что в упомянутом же Докладе ОФАС отмечает сокращение использования доллара США в международной торговле, а также рост значения цифровых валют и альтернативных платежных механизмов. ОФАС указывает, что эти процессы потенциально могут снизить эффективность санкций США, хотя они на сегодняшний день еще полностью не проявились⁸.

Наконец, третья причина состоит в том, что, в отличие от некоторых иных санкционных программ, ОЭМ США изначально нацелены на реализацию четкой политической цели — изменение поведения оппонентов США, что не скрывается, а, напротив, прямо декларируется. Для этого ОЭМ придается экстерриториальный эффект, т.е. направленность на применение за пределами юрисдикции США⁹.

Попадание в самый обширный и по-своему влиятельный в мире санкционный список SDN, как правило, является неожиданностью для компаний и приводит к большим трудностям для дальнейшего ведения бизнеса за рубежом. Подсанкционное лицо полностью утрачивает

⁵ The Treasury 2021 Sanctions Review, p. 2.

⁶ *Gourinchas P. O.* The Dollar Hegemon? Evidence and Implications for Policymakers // The Asian Monetary Policy Forum, 2019, <https://www.parisschoolofeconomics.eu/IMG/pdf/chaire-bdf-sept-2019-speaker-gourinchas.pdf>; *Eichengreen B., Guantao X.* China and the SDR: Financial Liberalization through the Back Door, Quarterly Journal of Finance, 2019, <https://www.worldscientific.com/doi/abs/10.1142/S2010139219500071>

⁷ Там же.

⁸ The Treasury 2021 Sanctions Review, p. 2.

⁹ Там же, p. 4. См.: подробный анализ экстерриториальности и правового обоснования ОЭМ США в *Буржуа А., Купренкова О.* Борьба с Голиафом: Переосмысливая влияние односторонних экстерриториальных санкций на международный арбитраж // Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 5 / Под ред. А. В. Асокова, А. Н. Жильцова, Р. М. Ходыкина. М., 2019. С. 96–123; *Harry L. Clark.* Dealing with US Extraterritorial Sanctions and Foreign Countermeasures // Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2014.

возможность производить платежи в долларах США. Международные банки и иные финансовые институты отказываются от сотрудничества безотносительно участия американских банков-корреспондентов в операциях. Контрагенты прекращают платить за уже исполненные обязательства и разрывают контракты в отношении будущих этапов проектов. Проявляется и так называемая проблема чрезмерного соблюдения, или *overcompliance*, когда санкции начинают соблюдать лицо, к которому соответствующие ОЭМ не адресованы, либо когда подсанкционное лицо теряет доступ к рынку товаров и услуг, которые ОЭМ не охватываются¹⁰.

Экстерриториальный характер ОЭМ США побудил другие страны вводить различные механизмы контрсанкций.

Так, в ЕС утвержден Регламент № 2271/96 от 22 ноября 1996 года (т.н. Блокирующий статут), который направлен на защиту европейских компаний от экстерриториального действия ОЭМ, введенных в отношении Кубы, Ирана и Ливии (но не России). Согласно Блокирующему статуту, (а) европейским компаниям (в т. ч. дочерним обществам компаний из США) запрещено соблюдать поименованные в нем санкции и (б) европейские компании вправе требовать возмещения убытков, которые они понесли в связи с действием санкций, а также (в) запрещено приводить в исполнение судебные и арбитражные решения, вынесенные на основании положений американских санкций¹¹.

¹⁰ См., в частности, публикации, посвященные критике проблемы *overcompliance* с точки зрения ее негативного влияния на устойчивое финансовое развитие, устранение бедности и права человека: *Moret E.* When should the United States use hard-hitting sectoral and financial sanctions? November 2021, <https://theglobal.blog/2021/11/05/when-should-the-united-states-use-hard-hitting-sectoral-and-financial-sanctions/>; *Overcompliance with US sanctions harms Iranians' right to health* // Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights Website, October 2021, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27665&LangID=E>; UN special rapporteur: Unilateral sanctions violate international law, BelfTA, September 2021, <https://eng.belta.by/politics/view/un-special-rapporteur-unilateral-sanctions-violate-international-law-143238-2021/>

¹¹ См. обзор противостояния Блокирующего статута и ОЭМ в контексте арбитражных разбирательств: *Naimah Masumy and Niyati Ahuja.* Sanctions vis-à-vis Blocking Measures and the Dilemma Faced by Arbitral Tribunals: Lessons Drawn From EU Blocking Regulation and US Extraterritorial Sanctions // *Kluwer Arbitration Blog*, 7 November 2019. См. также исследование Комитета Европарламента по Международной торговле, посвященное действию Блокирующего статута: *Extraterritorial sanctions on trade and investments and European responses* // European Union, 2020, <https://www.ceps.eu/ceps-publications/extraterritorial-sanctions-on-trade-and-investments-and-european-responses/>

В декабре 2021 года в определении по делу *Bank Melli Iran v. Telekom Deutschland GmbH* Большая палата Европейского суда разъяснила некоторые важные правила применения Блокирующего статута¹², закрепив, в частности, следующее:

(а) Блокирующий статут запрещает соблюдение соответствующего санкционного законодательства независимо от наличия или отсутствия судебного решения иностранного суда или акта иностранного органа в отношении конкретного европейского лица (параграф 51 определения);

(б) Блокирующий статут не запрещает расторжение договора с подсанкционной компанией без объяснения причин, однако при рассмотрении иска подсанкционного лица о необоснованном расторжении договора суд должен установить, не является ли действительной причиной такого расторжения стремление к выполнению санкционного законодательства (параграф 68 определения);

(в) суд вправе признать односторонний отказ от договора незаконным и восстановить юридическую силу соглашения в случае, если такое восстановление не повлечет несоразмерных негативных последствий для нарушителя Блокирующего статута (параграфы 76–87 определения);

(г) принимая решение, суд должен установить баланс между целями Блокирующего статута и потенциальными негативными последствиями для контрагента подсанкционного лица (параграфы 88–92 определения).

Российские компании, находящиеся под воздействием ОЭМ, также стали сталкиваться с большими трудностями как на стадии инициирования арбитража, так и в ходе участия в разбирательстве, а также в рамках последующих процедур отмены или признания и приведения в исполнение арбитражных решений за рубежом. Российское и зарубежное арбитражное сообщество стало обсуждать вопрос влияния санкций на права подсанкционных лиц и доступ к правосудию сразу после введения основных пакетов против России в 2014 году¹³.

¹² *Bank Melli Iran v. Telekom Deutschland GmbH*, C-124/20, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=251507&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1099108>

¹³ *Ходыкин Р.* Итоги 2014 года: гипотеза, диспозиция, санкции // *Legal Insight*, 2014, № 10 (36). С. 64; *Мутай И. М., Биллебру Е. В.* Выбор арбитражного форума разрешения споров в свете санкций против России // *Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 3* / Под ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина, М., 2015. С. 49–71; *Бишчи Д., ван Харсолт-ван Хоф Д., Магнуссон А.* Европейские санкции в международных спорах // *Legal Insight*, 2015, № 5; *D'Agostino J.* When the East

В июне 2020 года российский законодатель отреагировал на неуклонный рост антироссийских ОЭМ. АПК РФ был дополнен новыми статьями 248.1 и 248.2¹⁴, которые устанавливают исключительную компетенцию российских арбитражных судов по некоторым спорам с участием лиц, в отношении которых введены меры ограничительного характера, а также предусматривают возможность вынесения запрета на инициирование или продолжение разбирательства за рубежом по таким спорам.

В данной статье мы адресуем подходы ведущих арбитражных институтов к администрированию споров с участием подсанкционных лиц (раздел 2); затем приведем обзор возможных практических сложностей, с которыми может столкнуться подсанкционное лицо при рассмотрении спора в арбитраже (раздел 3); а в завершение исследуем инструменты, введенные статьями 248.1 и 248.2 АПК РФ, с учетом новейшей российской судебной практики (раздел 4).

2. Позиция ведущих арбитражных институтов и оплата арбитражных сборов

Автору неизвестны какие-либо санкционные режимы, которые запрещали бы арбитражному институту администрировать дела с участием подсанкционных компаний в принципе. Тем не менее наибольшей проблемой в отношениях между подсанкционными компаниями и институтами является оплата арбитражного сбора. Как упомянуто выше, в силу доминирования доллара США в международной торговле, а также проблемы *overcompliance*, лицо, находящееся под ОЭМ США, может столкнуться с большими трудностями при оплате арбитражного сбора даже в ситуации, когда арбитражный институт — получатель — никак не связан с юрисдикцией США.

Невозможность оплатить арбитражный сбор, в свою очередь, может привести к тому, что институт не сможет гарантировать оплату гонорара арбитрам и будет вынужден не давать ход разбирательству до получения денежных средств либо посчитает просьбу об арбитраже

Meets the Far East: the Impact of Russian Sanctions on Commercial Arbitration in Asia // Kluwer Arbitration Blog, 30 April 2015.

¹⁴ Федеральный закон от 8 июня 2020 года № 171-ФЗ «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации в целях защиты прав физических и юридических лиц в связи с мерами ограничительного характера, введенными иностранным государством, государственным объединением и (или) союзом и (или) государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и (или) союза».

отозванной (в зависимости от положений конкретного арбитражного регламента и политик института).

Еще в 2016 году было проведено исследование национального комитета ICC в Швейцарии среди 35 европейских, азиатских, американских и австралийских арбитражных институтов об администрировании разбирательств с участием лиц под действием ОЭМ¹⁵. Хотя все институты и подтвердили, что им не пришлось приостанавливать или прекращать производства по своим делам в связи с влиянием ОЭМ, исследование показало, что примерно в 30 % случаев возникают задержки и сложности, прежде всего относящиеся к получению аванса на арбитражные расходы.

Кроме того, в 2016¹⁶ и 2022¹⁷ годах были опубликованы два исследования Арбитражной ассоциации (РАА), посвященные влиянию санкций на арбитраж с точки зрения опыта российских пользователей арбитража. Согласно наиболее актуальному исследованию за январь 2022 года, 21 % пользователей известны ситуации, когда арбитражные учреждения отказывались вести дела из-за действия санкций, при этом 38,5 % пользователей подтвердили, что им известны случаи, когда арбитражные учреждения (или их банки) не могли принимать платежи от подсанкционных лиц¹⁸.

Автор настоящей работы, основываясь на собственном опыте, а также частном опросе представителей различных арбитражных учреждений относительно их политик по администрированию разбирательств с участием подсанкционных лиц, предлагает условно классифицировать существующие популярные арбитражные институты по степени воздействия ОЭМ следующим образом:

1. Желтый перечень. В него могут быть включены основные арбитражные учреждения Европы – ICC, LCIA, SCC и VIAC. Данные институты не могут гарантировать обработку платежей, поступающих от компаний, находящихся под действием ОЭМ США, поскольку их

¹⁵ См. доклад о результатах исследования в: *Huser D. Trade Sanctions and International Arbitration // German Arbitration Journal, Kluwer Law International, 2016, Vol. 14, Issue 1.*

¹⁶ Исследование Арбитражной ассоциации: Влияние санкций на коммерческий арбитраж, 2016 год <https://arbitration.ru/upload/medialibrary/e1e/2016-raa-survey-on-sanctions-and-arbitration.pdf>

¹⁷ Исследование Арбитражной ассоциации: Влияние санкций на коммерческий арбитраж, 2022 год, https://arbitration.ru/upload/medialibrary/37b/ixea55ihan4m5dcj37s00t-108tjelrpd/RAA-2022-Study-on-sanctions_rus.pdf

¹⁸ Там же.

банки склонны соблюдать такие санкционные меры. В связи с этим на практике можно ожидать возникновение сложностей с осуществлением платежей и ведением разбирательства. Тем не менее эти арбитражные учреждения не отказываются от споров с участием сторон, находящихся под действием ОЭМ, и ведут работу в направлении преодоления существующих сложностей.

2. Условно желтый перечень. В этот перечень может быть включен Швейцарский арбитражный центр (SAC, ранее SCAI). Хотя SAC публично никогда не давал каких-либо гарантий об отсутствии проблем при администрировании дел с участием компаний под действием ОЭМ, тем не менее осуществление платежей в швейцарских франках и нейтральное законодательство Швейцарии в отношении зарубежных ОЭМ не создавали серьезных опасений для выбора этого учреждения подсанкционной стороне. Тем не менее, введение Швейцарией обширных ОЭМ в марте 2022 года создает опасения для российских пользователей арбитража, что успешный ранний опыт SAC по администрированию осложненных санкциями дел будет продолжен и в будущем.

3. Зеленый перечень. К этому перечню можно отнести азиатские арбитражные центры, которые наименее подвержены действию американских и иных ОЭМ (SIAC, HKIAC, AIAC, CIETAC и DIAC). В ситуации с этими учреждениями нет серьезных поводов беспокоиться об оплате арбитражного сбора и целостности арбитража. Общее правило об оплате сборов в соответствующих валютах и гибкий подход к процедуре оплаты в целом позволяют сделать вывод о благоприятности данных институтов для российских сторон, находящихся под действием ОЭМ западных государств.

2.1. Желтый перечень – ICC, LCIA, SCC и VIAC

Крупнейшие арбитражные институты Европы сегодня находятся на той стадии, когда они разными способами пытаются преодолеть разрушительный эффект ОЭМ и трудности, с которыми сталкиваются российские стороны в связи с их действием.

Еще в 2015 году ICC, LCIA и SCC выпустили совместное заявление о потенциальном влиянии санкций ЕС против России на международный арбитраж, администрируемый учреждениями, расположенными в ЕС¹⁹. Они заявили, что «санкции не налагают общего запрета на об-

¹⁹ ICC, LCIA, SCC Joint Statement, The potential impact of the EU sanctions against Russia on international arbitration administered by EU-based institutions, 17 June 2015, https://sccinstitute.com/media/80988/legal-insight-icc_lcia_scc-on-sanctions_17-june-2015.pdf

ращение российских сторон в европейские арбитражные учреждения, и к российским сторонам не применяется иное отношение, чем к другим сторонам». Тем не менее в этом же заявлении институты подтвердили, что санкции повлекли появление некоторых дополнительных административных процедур, которых ранее не было.

В литературе тогда высказывалась точка зрения, что *«правовые последствия санкций для арбитражных институтов ЕС сильно преувеличены»*, при этом *«нет серьезных оснований для пересмотра арбитражных оговорок и отказа от передачи споров на разрешение в традиционные европейские арбитражи»*²⁰.

На практике такая точка зрения оказалась оптимистичной. На самом деле уже начало арбитражного разбирательства для российской стороны, попавшей под ОЭМ, может оказаться затруднительным, поскольку европейские банки отказываются принимать платежи, даже в отсутствие прямого запрета. Несмотря на явные признаки реальности усилий арбитражных институтов преодолеть действие санкций, упомянутое выше исследование Арбитражной ассоциации за 2022 год подтверждает, что оплата сбора все еще остается серьезным препятствием, которое может привести к невозможности администрирования дела соответствующим институтом²¹.

И такое опасение европейских банков сложно назвать необоснованным или неразумным с учетом их опыта уплаты огромных штрафов в пользу американских государственных органов за нарушение санкционных режимов. Так, в 2014 году крупнейший французский банк – BNP Paribas – был вынужден оплатить 8,9 млрд долларов США за нарушение режима санкций в отношении Кубы, Ирана и Судана²². Годом позже немецкий банк Commerzbank AG заплатил 1,45 млрд долларов США за нарушение ОЭМ в отношении Ирана и Судана²³.

Дополнительные комплаенс-процедуры и запросы о возможном согласовании на администрирование спора также могут повлечь серьезные задержки в возбуждении разбирательства, хотя в новейших

²⁰ Мутай И. М., Биллебру Е. В. Указ. соч. С. 69.

²¹ Исследование Арбитражной ассоциации: Влияние санкций на коммерческий арбитраж, 2022 год, https://arbitration.ru/upload/medialibrary/37b/ixea55ihan4m5dcj37s00t-108tjelrpd/RAA-2022-Study-on-sanctions_rus.pdf

²² BNP Paribas to pay \$9bn to settle sanctions violations // BBC News, 1 July 2014, <https://www.bbc.com/news/business-28099694>

²³ Commerzbank согласился заплатить США штраф в 1,45 млрд долларов // Deutsche Welle, 13 марта 2015 года, <https://p.dw.com/p/1Eq8I>

источниках и отмечается, что известных случаев отказа институтов администрировать дело в связи с непрохождением таких проверок нет²⁴.

ИСС является самым популярным арбитражным учреждением в мире²⁵. Среди российских пользователей арбитража оно также занимает лидирующую позицию²⁶. При этом ИСС является одним из немногих центров, выпустивших положение, специально посвященное санкциям²⁷. Оно декларирует применение равного отношения к сторонам независимо от страны их происхождения (п. 1). Поскольку в случае санкций США платеж в долларах США редко возможен, ИСС указывает, что в качестве альтернативной валюты может использоваться евро (пп. 4, 10 и 11). Тем не менее ИСС обращает внимание на то, что его банки могут не принимать платежи без официального разрешения соответствующих государственных органов (пп. 15 и 16). Учитывая это, ИСС не гарантирует зачисление платежей при отсутствии такого разрешения (п. 16). Наконец, ИСС упоминает о возможной необходимости уведомления французских и американских государственных органов об арбитражном разбирательстве в случае, если соответствующие санкционные инструменты возлагают на него такое обязательство (п. 12).

На недавней XIII международной конференции «Россия как место разрешения споров» Генеральный секретарь Суда ИСС Александр Фессас указал, что на сегодняшний день ИСС не может предложить универсального средства, которое позволяло бы сразу решить все проблемы, связанные с администрированием споров с участием российских компаний, попавших под действие ОЭМ. Тем не менее он подтвердил, что ИСС ведет активную работу в этом направлении и готова оценивать санкционный режим, применимый в каждом

²⁴ *Khvaley V. Impact of Sanctions on International Arbitration // Overriding Mandatory Rules and Compliance in International Arbitration, Institute Dossier XIX, ICC Publication No. 808 E, 2022. P. 143.*

²⁵ International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World // School of International Arbitration at Queen Mary University of London, 2021, https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf

²⁶ Исследование Арбитражной ассоциации: Влияние санкций на коммерческий арбитраж, 2022 год, https://arbitration.ru/upload/medialibrary/37b/ixea55ihan4m5dcj37s00t-108tjelrpd/RAA-2022-Study-on-sanctions_rus.pdf

²⁷ Note to Parties and Arbitral Tribunals on ICC Compliance, June 2016, https://library.iccwbo.org/content/dr/PRACTICE_NOTES/SNFC_0019.htm?l1=Practice%20Notes&l2=

конкретном деле, и пытаться находить решение, подходящее для конкретной ситуации²⁸.

В новейшей публикации под эгидой ICC по итогам 40-й Ежегодной конференции Института мирового предпринимательского права (*Institute of World Business Law*), посвященной влиянию ОЭМ на арбитраж, также подчеркнута возрастающая значимость проблемы санкционного комплаенса и связанных с ним сложностей по оплате арбитражных сборов и гонораров арбитров. По словам Эдуардо Сильвы Ромеро, ведущего международного арбитра и экс-заместителя Генерального секретаря Суда ICC, такая тенденция может даже привести к *«формированию новой правовой парадигмы»*, где *«международный арбитраж со временем может стать не таким автономным, каков он есть сейчас»*²⁹.

На практике проблема с оплатой арбитражных сборов в ведущих европейских арбитражных институтах может быть разрешена различными путями, однако ни один из этих путей не является универсальным и не может гарантировать, что в конкретном случае арбитраж состоится³⁰.

Поскольку отказ в обработке сбора исходит от банка соответствующего арбитражного учреждения в связи с его внутренними комплаенс-процедурами, то изменение валюты платежа обычно не способствует разрешению проблемы. Равным образом маловероятно, что банк допустит платеж от третьего лица за подсанкционную сторону либо разрешит полную оплату сбора оппонентом подсанкционной стороны. Банк практически гарантированно запросит у арбитражного учреждения информацию о деле и о сторонах разбирательства (что само по себе позволяет ставить вопрос о нарушении конфиденциальности арбитража). Получив данные о том, что платеж осуществляется в счет услуг по администрированию дела, получателем которых является подсанкционная сторона, банк не пропустит транзакцию. Эффективным решением могло бы стать открытие счета арбитражными учреждениями в банках с менее строгой санкционной политикой (возможно,

²⁸ Выступление Генерального секретаря Международного арбитражного суда ICC Александра Фессаса на XIII международной конференции «Россия как место разрешения споров: новая эра международного арбитража», 2 декабря 2021 года.

²⁹ *Silva Romero E.* Foreword in Overriding Mandatory Rules and Compliance in International Arbitration, Institute Dossier XIX, ICC Publication No. 808 E, 2022. P. 7.

³⁰ См. также: *Зыков Р.* Односторонние санкции и арбитраж // Mansors, 9 апреля 2021 года, <https://mansors.com/ru/media/blog/odnostoronnie-sanktsii-i-arbitrazh/>

в нейтральных к ОЭМ странах, которые не склонны применять санкции соответствующего государства).

Получение специальной лицензии органа, который ввел санкции (например, OFAC), потенциально может являться решением³¹. Тем не менее обычно этот процесс занимает большое количество времени без какой-либо гарантии результата. На период рассмотрения заявления о лицензии таким органом подсанкционное лицо не сможет защищать свои права в арбитраже, что может негативно сказаться на перспективах иска с точки зрения исковой давности. Более того, идея о возложении на лицо, попавшее под санкции, бремени обращения к органу, который установил эти же санкции, за разрешением судебного преследования своего контрагента может вызывать сомнения с точки зрения здравого смысла.

Наконец, сторона может попытаться согласовать другие способы, которые могут привести к исполнению обязанности по оплате арбитражного сбора и гонораров арбитров, например воспользоваться иными путями оплаты без участия банков (чек, перевод через платежных агентов, представление гарантии в обеспечении обязательства по уплате сбора и пр.), а также согласовать оплату гонораров арбитрам от сторон напрямую. Возможность согласования таких путей, а также перспектива достижения положительного результата может варьироваться в зависимости от различных факторов (применимого права, санкционного режима, арбитражного института и его регламента, условий арбитражной оговорки, места жительства арбитров и их согласия и т. д.) без каких-либо гарантий успеха в конкретном случае.

2.2. Условно желтый перечень — SAC

Еще в 2015 году SAC (тогда SCAI) докладывал о том, что к нему поступают запросы о рассмотрении дел, относящихся к компетенции ICC, обусловленные тем фактом, что Швейцария не применяет санкции США или ЕС³². Тем не менее экс-президент SCAI Филипп Хаббегер отмечал, что в отдельных случаях для получения арбитражного

³¹ См. подробнее в: *Khvalei V.* Op. cit. P. 142 и *Буржуа А., Купренкова О.* Борьба с Голиафом: Переосмысливая влияние односторонних экстратерриториальных санкций на международный арбитраж // Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 5 / Под ред. А.В. Асокова, А.Н. Жильцова, Р.М. Ходыкина. М., 2019. С. 96–123.

³² Interview with Philipp Habbeger, Switzerland Attracts CIS Parties by Not Applying EU or US Sanctions // CIS Arbitration Forum, 26 October, 2015, <http://www.cisarbitration.com/2015/10/26/switzerland-attracts-cis-parties-by-not-applying-eu-or-us-sanctions/>

сбора от подсанкционного лица может потребоваться дополнительная координация и общение с банками³³. С тех пор нам не известны какие-либо универсальные публичные заявления SAC о своей санкционной политике. Публично SAC никогда не гарантировал полное отсутствие сложностей в рассмотрении дел с участием лиц, находящихся под действием ОЭМ.

При этом какие-либо данные о том, что SAC испытывал сложности с получением арбитражных сборов, которые приводили бы к задержкам в разбирательстве, отсутствуют. Это объяснялось позицией Швейцарии как нейтрального государства, которое не поддерживало ОЭМ США и иных государств. Осуществление платежей по умолчанию в швейцарских франках также упрощало прохождение этой стадии дела. По доступной автору информации, SAC в последние годы администрировал ряд дел, осложненных ОЭМ, и не испытал существенных сложностей.

Тем не менее, 4 марта 2022 года Швейцария отклонилась от вековой политики нейтралитета и присоединилась к широкомасштабным санкциям ЕС против РФ³⁴. После этого события SAC пока не высказывал своей позиции о юридической и фактической возможности администрирования споров с участием российских подсанкционных компаний. В любом случае, применение Швейцарией обширных по своему объему ОЭМ создает опасения для российских пользователей арбитража, что успешный ранний опыт SAC по администрированию осложненных санкциями дел будет продолжен и в будущем.

2.3. Зеленый перечень – SIAC, HKIAC, AIAC, CIETAC и DIAC

Достаточно скоро после введения ОЭМ западными странами в 2014 году в российском арбитражном сообществе стала и продолжает звучать точка зрения о том, что азиатские институты становятся качественной альтернативой устоявшимся европейским арбитражным учреждениям³⁵. Исследования РАА за 2016 и 2022 годы показывают, что

³³ Interview with Philipp Habbeger, Switzerland Attracts CIS Parties by Not Applying EU or US Sanctions // CIS Arbitration Forum, 26 October, 2015, <http://www.cisarbitration.com/2015/10/26/switzerland-attracts-cis-parties-by-not-applying-eu-or-us-sanctions/>

³⁴ Ordonnance instituant des mesures en lien avec la situation en Ukraine du 4 mars 2022, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2022/151/de>. См. также Neutral Swiss join EU sanctions against Russia in break with past // Reuters, 28 February 2022, <https://www.reuters.com/world/europe/neutral-swiss-adopt-sanctions-against-russia-2022-02-28/>

³⁵ См., например, целый номер юридического журнала, посвященный этому вопросу: Арбитраж: взгляд на Восток // Legal Insight № 3 (39), 2015. См. также: *D'Agostino J.*

позиции азиатских арбитражных центров среди российских пользователей последовательно улучшаются: Сингапур как место арбитража передвинулся с 7-й на 2-ю строку, а Гонконг – с 8-й на 7-ю. При этом с точки зрения рейтинга институтов по популярности SIAC переместился с 6-го на 4-е место, а HKIAC – с 9-го на 7-е место. Важно вспомнить, что к 2022 году и HKIAC и SIAC признаются на территории России постоянно действующими арбитражными учреждениями³⁶. В мировом рейтинге SIAC и HKIAC также с каждым годом улучшают свои позиции, занимая второе и третье место соответственно среди всех мировых арбитражных институтов (уступая только ICC)³⁷. Сравнивая SIAC и HKIAC, можно отметить, что, согласно статистике за 2021 год, SIAC зарегистрировал более чем в полтора раза больше дел по сравнению с HKIAC (469³⁸ против 277³⁹ дел).

Учитывая официальную статистику этих институтов, а также данные исследований РАА, можно сделать вывод о лидерстве SIAC среди азиатских арбитражных учреждений для российских сторон. SIAC рассматривает все больше и больше дел с компаниями, находящимися под разными режимами ОЭМ, и заинтересован в увеличении их числа. Хотя SIAC не выпустил никакой политики в отношении санкций, директор центра Кевин Нэш в одном из интервью упомянул, что поскольку платежи в арбитраже SIAC обычно осуществляются в сингапурских долларах и не направляются через американские банки-корреспонденты, то SIAC не сталкивался с какими-либо трудностями при ведении

When the East Meets the Far East: the Impact of Russian Sanctions on Commercial Arbitration in Asia // Kluwer Arbitration Blog, 30 April 2015. Иные публикации доступны по ссылкам: <https://rg.ru/2015/06/02/arbitrazh.html>; <https://pravo.ru/story/232995/>; http://rapsinews.ru/international_publication/20191206/305168094.html; <https://pravo.ru/opinion/227819/>

³⁶ Перечень иностранных арбитражных учреждений, признаваемых постоянно действующими арбитражными учреждениями в соответствии с Федеральным законом от 29 декабря 2015 года № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», https://minjust.gov.ru/uploaded/files/perecheninostranyharbitrazhnyhuchrezhdeniyvmac_nnPiCwp.docx

³⁷ International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World // School of International Arbitration at Queen Mary University of London, 2021, https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf

³⁸ SIAC Annual Report for 2021, https://siac.org.sg/images/stories/articles/annual_report/SIAC_Annual_Report_2021.pdf

³⁹ HKIAC Statistics for 2021, <https://www.hkiac.org/about-us/statistics>

дел с участием российских сторон, попавших под санкции⁴⁰. В нашей практике сопровождения разбирательств по правилам SIAC также не возникало каких-либо проблем, влекущих сложности администрирования спора в связи с действием на одну из сторон различных режимов ОЭМ.

Важно отметить, что 5 марта 2022 года Сингапур впервые ввел в отношении РФ ряд ОЭМ⁴¹. Хотя сам факт введения санкций и может создавать опасения в выборе SIAC для российских компаний, нужно подчеркнуть, что введенные на дату настоящей работы меры носят точечный характер и не должны влиять на инициирование и ход арбитражного разбирательства в этом институте (в частности, введен запрет на экспорт оружия и товаров двойного назначения, а также ряд ограничений, адресатом которых являются сингапурские финансовые учреждения).

HKIAC является единственным крупным восточным арбитражным центром, который утвердил политику в отношении разбирательств, затронутых ОЭМ⁴². Эта политика применяется, когда сторона арбитража находится под ОЭМ или когда предмет спора подпадает под действие санкционного режима, либо если арбитр является гражданином или резидентом страны, затронутой санкционным режимом (п. 1.2). Хотя на HKIAC и распространяется законодательство о санкциях Гонконга, Гонконг до сих пор не вводил никаких ОЭМ.

Согласно своей политике, если от HKIAC требуется назначение арбитра, он либо назначает лицо, не подпадающее под режим санкций, либо оказывает помощь арбитру, подающему заявку на разрешение на участие в разбирательстве (пп. 3.2, 3.3). Что касается платежей, то в случаях, когда банковские операции затруднены санкциями, HKIAC предлагает административную помощь в получении соответствующих разрешений от гонконгских властей (пп. 3.4, 3.5).

У автора отсутствует информация о каких-либо арбитражных разбирательствах по Регламенту HKIAC с участием российских сторон, находящихся под санкциями. Тем не менее мы понимаем, что у HKIAC

⁴⁰ ArbitRAAction Kitchen with Kevin Nash (SIAC) // Arbitration Journal by Arbitration Association, 4 August 2020, <https://journal.arbitration.ru/ru/interview/arbitraaction-kitchen-with-kevin-nash-siac/>

⁴¹ Sanctions and Restrictions Against Russia in Response to its Invasion of Ukraine, Ministry of Foreign Affairs, 5 March 2022, <https://www.mfa.gov.sg/Newsroom/Press-Statements-Transcripts-and-Photos/2022/03/20220305-sanctions>

⁴² HKIAC Sanctions Policy, <https://www.hkiac.org/content/sanctions-policy>

есть опыт успешного администрирования дел с участием сторон из других стран, которые подвержены схожим режимам ОЭМ (в частности, из Китая).

Аналогичным образом нет никаких оснований полагать, что трудности с администрированием подобных споров могут возникнуть у АІАС, хотя, по нашей информации, пока таких дел не было. АІАС готов принимать оплату в малайзийских ринггитах, долларах США и любой иной валюте. Единственная сложность, с которой столкнется сторона, желающая провести платеж в иной валюте, — необходимость подождать примерно 30 дней на обработку платежа до его получения АІАС.

Наконец, можно предположить, что трудности также не возникнут у СИЕТАС (Китай) и ДІАС (Дубай), хотя у автора нет доступной информации о политике этих институтов в отношении санкций и опыта администрирования осложнённых санкциями дел с участием российских сторон.

3. Остальные практические сложности

Тем не менее помимо проблемы оплаты арбитражного сбора, ОЭМ создают и иные препятствия нормальному течению разбирательства. При этом проблемы возникают как на стадии инициирования арбитража, так и в ходе участия в разбирательстве, а также в рамках последующих процедур отмены/признания и приведения в исполнение арбитражных решений⁴³.

3.1. Доарбитражная стадия

Еще до возбуждения разбирательства лицо, находящееся под действием ОЭМ, может столкнуться как минимум со следующими проблемами:

1. Привлечение юридического представителя. Сторона, находящаяся под действием ОЭМ, может быть ограничена уже на стадии выбора юридического представителя. Глобальные юридические фирмы также

⁴³ О некоторых таких проблемах см. в: *De Lelle C. A., Erb N. Key Sanctions Issues in Civil Litigation and Arbitration* // 2nd ed. of the *Guide to Sanctions / Global Investigations Review*, June 2021; *Kokoç O. New Exclusive Competence of Russian Courts in International Sanctions-Related Disputes: Is It as Bad as It Sounds?* // *Kluwer Arbitration Blog*, 29 July 2020; *Kroll K. Impact on International Arbitration Involving Russian Parties* // *Commercial Arbitration*, No. 2 (4), July – December 2020; *Зыков Р. Указ. соч.*

имеют сложную процедуру проверок своих клиентов и могут отказать в принятии поручения от подсанкционного доверителя. Даже если такая фирма по своим внутренним правилам будет готова представлять сторону в арбитраже, ей может понадобится лицензия соответствующего государственного органа. Особенно остро проблема стоит в ситуации, когда представитель требуется для ведения дела на территории страны, которая и ввела ОЭМ. В практике описываются случаи последовательных отказов различных фирм принимать поручение от одного клиента, что в итоге даже может привести к негативному арбитражному решению⁴⁴. В арбитражном сообществе уже активно обсуждается проблема лишения российских сторон юридического представительства (англ – “*de-lawyering*”) и высказываются точки зрения, что санкции серьезно влияют на «осуществление правосудия в арбитражной системе», и их применение вероятно должно быть в этой части откорректировано⁴⁵.

2. ОЭМ и мирное урегулирование спора. Зачастую, даже в отсутствие спора о праве, контрагент, опасаясь риска вторичных санкций, может отказываться осуществлять оплату или исполнение контракта. Вновь реализуется упомянутая выше проблема *overcompliance*. В такой ситуации подсанкционное лицо оказывается вынужденным инициировать разбирательство, которого в ином случае бы не было, если бы не действовали ОЭМ.

3. Пересогласование арбитражной оговорки. Зачастую, осознав, что согласованная арбитражная оговорка является неисполнимой (или трудноисполнимой) в связи с санкциями, разумным желанием лица под действием ОЭМ будет связаться с контрагентом и пересогласовать ее таким образом, чтобы избежать соответствующих проблем.

Как только контрагент, к которому потенциально имеется требование, осознает возможность избежать оплаты путем одного только отказа пересогласовать институт, он может принять решение остановить процесс переговоров и использовать отсутствие эффективного арбитражного соглашения как рычаг давления на своего контрагента.

⁴⁴ См.: Decision of the US Court of Southern District of New York in case No. 16-cv-5926, 2017 WL 9473164 dd. 9 Aug. 2017, <https://www.courtlistener.com/docket/4357501/unit-ed-media-holdings-nv-v-forbes-media-llc/>. См также анализ дела в: *Khvalei V.* Op. cit. P. 139.

⁴⁵ Jones voices concern over “*de-lawyering*” of Russian parties, *Global Arbitration Review*, 31 March 2022, <https://globalarbitrationreview.com/construction/jones-voices-concern-over-de-lawyering-of-russian-parties>

4. Доарбитражный порядок / эскалационные оговорки. Многие арбитражные соглашения предусматривают ступенчатую процедуру разрешения спора, когда до передачи спора в арбитраж он должен пройти менее состязательное разбирательство в Dispute Adjudication Board или иную процедуру схожей природы⁴⁶.

Все описанные в настоящей работе проблемы, вызванные влиянием ОЭМ, могут реализоваться и на этом этапе, в том числе сложности с оплатой сбора за разрешение соответствующего спора, что как минимум исключит возможность оперативного прохождения данной стадии. Одновременно пренебрежение доарбитражным механизмом, даже по причине действия санкций, создает серьезный риск отказа в признании трибуналом юрисдикции или даже для последующей отмены арбитражного решения в связи с несоблюдением порядка разрешения спора.

3.2. Ведение арбитражного разбирательства

Основной массив проблем ОЭМ вызывают именно после инициирования арбитражного разбирательства, т. е. после подачи просьбы об арбитраже или ее аналога. Ниже мы приводим некоторые из подобных трудностей (за исключением проблемы оплаты арбитражного сбора, которая рассмотрена выше).

1. Формирование трибунала.

Действие ОЭМ на сторону существенно ограничивает ее в выборе арбитра. Прежде всего, от назначения практически гарантированно откажутся граждане страны, которая ввела ОЭМ, а также постоянно проживающие в ней иностранцы. Кроме того, в случае с ОЭМ США от назначения, скорее всего, будут отказываться арбитры, работающие в международных юридических фирмах, имеющих офисы в Новом Свете. Таким образом, пул потенциальных арбитров с самого начала будет ограничен арбитрами из национальных фирм бутиков либо независимых практиков.

При этом и выступление арбитром в разбирательстве, стороной которого является подсанкционное лицо, тем более получение гонорара, источником происхождения которого является платеж от SDN в адрес института, может рассматриваться нарушением соответствующего санкционного режима. Хотя возможность обратиться за соответствующей

⁴⁶ См. рекомендации по составлению таких оговорок в: *Ходыкин Р.* Многоуровневые арбитражные оговорки: новый виток? // *Legal Insight*, 2014, № 8 (34), С. 64.

лицензией обычно и существует, на практике шансы и сроки ее получения спрогнозировать затруднительно⁴⁷. Кроме того, назначение арбитра, который соблюдает санкционные ограничения, потенциально создает угрозу его предвзятости, поскольку он может склоняться соблюдать санкционное законодательство при вынесении решения по существу для исключения риска личной ответственности за содействие обходу санкций перед государством, которое ввело соответствующие ОЭМ⁴⁸.

Еще более остро данная проблема проявляется в ситуации, когда акт, которым были введены ОЭМ, содержит специальное указание на поведение стороны, которое привело к внесению ее в соответствующие списки. Одновременно такое внесение происходит без соблюдения базовых принципов судебного разбирательства и стандартов доказывания обстоятельств. В такой ситуации еще при назначении арбитров стороне необходимо просчитывать, какой вес тот или иной арбитр будет придавать нормативным актам государства, которое ввело ОЭМ, и будет ли он его применять в споре.

2. «Партизанские тактики» иностранного оппонента.

Незаслуженно мало внимания уделяется возможному противодействию, которое может проявлять недобросовестный оппонент по арбитражному разбирательству.

Это могут быть угрозы в адрес арбитражного института раскрыть факт администрирования спора с участием стороны под действием ОЭМ, возбуждение судебных разбирательств по месту арбитража, где подсанкционная сторона не может быть полноценно представлена, номинирование арбитров, которые будут инициировать длительный процесс получения лицензии, либо не смогут принять назначение, либо связаны правовыми нормами государства, которое ввело санкции; неоплата своей части арбитражного сбора; обращение к составу арбитража за обеспечением судебных расходов (*security for costs*), которое объективно не может быть исполнено в силу невозможности выполнить требование к характеристикам банка, и т.д.

3. Привлечение технических специалистов, экспертов по праву и иных лиц, оказывающих профессиональные услуги.

Рынок ведущих технических экспертов по строительным вопросам и вопросам расчетов ограничен. Лучшие фирмы, с международным

⁴⁷ См.: *DeLelle C. A., Erb N.* Key Sanctions Issues in Civil Litigation and Arbitration // 2nd Edition of the Guide to Sanctions / *Global Investigations Review*, June 2021; *Буржуа А., Купренкова О.* Указ. соч. С. 96–123.

⁴⁸ См. подробнее: *Khvalei V.* Op. cit. P. 146.

присутствием, склонны отказывать подсанкционным лицам, чтобы исключить риск попадания во вторичные санкции. В исследованиях отмечается, что все 26 экспертных организаций в рейтинге GAR 100 за 2021 год имеют офисы в США, Европе и Великобритании, что обязательно повлечет санкционные проверки и возможную необходимость получения лицензии от регулирующего органа без гарантий успеха⁴⁹.

Кроме того, подсанкционной стороне может понадобиться представить правовое заключение о действии норм иностранного права в части последствий включения ее в санкционные списки, что также потребует получения специальных лицензий. Одновременно оппонент такой стороны обычно не испытывает сложностей в получении консультаций и экспертных отчетов по таким же вопросам, что вызывает сомнения относительно равенства сторон в разбирательстве.

Наконец, могут возникать проблемы с такими нетривиальными вещами, как получение доступа к платформам раскрытия доказательств и иному профессиональному программному обеспечению, привлечение стенографистов и т.д.⁵⁰

3.3. Признание и приведение в исполнение арбитражных решений / отмена арбитражных решений

Наконец, даже после вынесения арбитражного решения лицо под действием ОЭМ может столкнуться с тем, что в рамках процедуры его признания и приведения в исполнение либо отмены соответствующий суд будет принимать во внимание соблюдение санкционного законодательства в месте исполнения / месте арбитража⁵¹.

Гэри Борн в своей фундаментальной работе отмечает, что в большинстве известных случаев признания и приведения в исполнение арбитражных решений по Нью-Йоркской конвенции 1958 года

⁴⁹ *Khvalei V.* Op. cit. P. 145.

⁵⁰ Там же.

⁵¹ См. развернутую дискуссию по этому вопросу: *Szabados T.* EU Economic Sanctions in Arbitration // *Journal of International Arbitration*, 2018, Vol. 35, Issue 4; *Da Silveira M. A.* Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World // *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Vol. 17; *Chahine J. H.* UN and EU Sanctions Versus US Sanctions: Two Different Yardsticks Commentary on the Decision of the Paris Court of Appeal, *International Commercial Chamber of 3 June 2020*, No. 21/2020 // *Journal of International Arbitration*, 2021, Vol. 38, Issue 1; *Da Silveira M. A.* Trade Sanctions and International Sales: An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation // *Kluwer Law International*, 2014.

суды отклоняют доводы о противоречии публичному порядку в связи с возможным нарушением торговых и иных экономических ограничительных мер⁵². При этом встречаются и обратные ситуации отказа в признании и приведении в исполнение⁵³. На отсутствие единообразного подхода к этому вопросу указывается и в работах российских практиков⁵⁴.

Примечательно, что в США, даже когда американские суды подтверждают признание и приведение в исполнение арбитражного решения в пользу подсанкционной компании, они занимают позицию, что непосредственно такое решение может быть исполнено только после получения специального разрешения OFAC на перечисление средств взыскателю⁵⁵.

4. Исключительная компетенция российских судов

4.1. Меры ограничительного характера

Нормы статей 248.1 и 248.2 АПК РФ, при соблюдении ряда условий, предусматривают исключительную компетенцию российских арбитражных судов, т. е. исключают передачу спора в арбитраж. Отнесение спора к компетенции российских судов осуществляется с помощью категории «*меры ограничительного характера*», которые исходят от «*иностранного государства, государственного объединения и (или) союза и (или) государственного (межгосударственного) учреждения иностранного государства или государственного объединения и (или) союза*».

Статьи 248.1 и 248.2 АПК РФ не раскрывают термин «*меры ограничительного характера*». Отсутствие легального определения вызвало в российском арбитражном сообществе дискуссию о действительном содержании этого понятия и сфере действия новелл. В частности, об-

⁵² См.: *Born G. B. International Commercial Arbitration*, 3rd ed., Kluwer Law International, 2021. P. 4032–4033.

⁵³ Там же, со ссылкой на дела: *Ministry of Defense of Iran v. Gould, Inc.*, 1990 US Dist. LEXIS 21018, Section 2 (C.D. Cal.); *COSID Inc. v. Steel Auth. of India Ltd*, XI Y.B. Comm. Arb. 502, 505-06 (New Delhi High Ct. 1985) (1986); *Compare MGM Prod. Group, Inc. v. Aeroflot Russian Airlines*, 573 F. Supp. 2d 772 (S.D.N.Y. 2003) и др.

⁵⁴ *Khvalei V.* Op. cit. P. 149.

⁵⁵ *Ministry of Defense & Support for the Armed Forces of Iran v. Cubic Defense Sys., Inc.*, 665 F.3d 1091, 350-54 (9th Cir. 2011).

суждается вопрос, допустимо ли включать в такие меры любые экономические, визовые, регуляторные, экспортные, уголовные и административные ограничения⁵⁶. Кроме того, высказывается точка зрения, что с учетом определения инициаторов мер действие статей 248.1 и 248.2 АПК РФ не должно распространяться на ограничительные меры, принятые в рамках международных организаций, в частности, например, в рамках статьи 41 Устава ООН⁵⁷.

Насколько нам известно, на дату написания данной работы отсутствуют судебные дела, в которых две указанные проблемы были бы разъяснены. Напротив, все существующие известные производства по статьям 248.1 и 248.2 касаются ситуаций, в которых заявителями выступали лица, либо прямо поименованные в санкционных списках США и ЕС⁵⁸, либо подпадающие под действие таких ОЭМ в результате нахождения своих контролирующих лиц в подобных перечнях⁵⁹.

Тем не менее важно отметить, что используемый статьями 248.1 и 248.2 АПК РФ термин не является новым для российского права. Российское налоговое и валютное законодательство оперирует им еще с 2017–2018 годов⁶⁰. Правительство РФ с этого же времени ведет

⁵⁶ *Старженецкий В. В., Очирова С. Б.* Влияние санкций на разрешение внешнеэкономических споров: сохранение status quo или поиск альтернативных юрисдикций? // *Международное правосудие*, 2020, № 4; *Зыков Р.* Указ. соч.

⁵⁷ *Зыков Р.* Указ. соч.

⁵⁸ См.: Решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 29 апреля 2021 года, Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 30 декабря 2021 года и Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23 марта 2022 г. по делу № А56-57238/2020 (Дело АО «Силловые машины»). АО «Силловые машины» включено в перечень SDN. См. также: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 25 января 2021 года по делу № А40-201344/2020 и Постановление Арбитражного суда Московского округа от 25 января 2022 года по делу № А40-156736/20 (дела АО «Совфрахт»). АО «Совфрахт» включено в перечень SDN.

⁵⁹ См.: Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 10 марта 2021 года по делу № А60-36897/2020 (дело АО «Уралтрансмаш»). Материнская компания АО «Уралтрансмаш» включена в перечень SDN и подпадает под действие европейских секторальных ОЭМ. См. также: Определение Арбитражного суда г. Москвы от 18 декабря 2020 года, Решение Арбитражного суда г. Москвы от 20 апреля 2021 года, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20 декабря 2021 года и Постановление Арбитражного суда Московского округа от 24 марта 2022 по делу № А40-155367/2020 (дело НАО «Царьград Медиа»). Бенефициар НАО «Царьград Медиа» включен в перечень SDN.

⁶⁰ См., в частности, пункт 4 статьи 207 Налогового кодекса Российской Федерации, а также пункт 4.2 статьи 19 Федерального закона от 10 декабря 2003 года № 173-ФЗ

специальный перечень подобных мер, который включает в себя нормативно-правовые акты девяти иностранных государств, предусматривающие именно ОЭМ в отношении Российской Федерации⁶¹. В связи с этим, с учетом системного толкования, статьи 248.1 и 248.2 АПК РФ направлены на защиту интересов именно тех лиц, которые подпадают под действие ОЭМ, а не любых иных ограничений.

После событий февраля 2022 года в упомянутый перечень ограничительных мер не были внесены изменения (на дату настоящей статьи). Вместо этого Правительство РФ в марте 2022 г. утвердило иной перечень *«иностраннх государств и территорий, совершающих в отношении Российской Федерации, российских юридических лиц и физических лиц недружественные действия»*, в который входят 40 стран (включая все государства - члены ЕС)⁶². Можно предположить, что для целей применения статей 248.1 и 248.2 АПК РФ новый перечень иностранных государств является наследником перечня нормативно-правовых актов. В связи с этим, применение ОЭМ одного из таких государств может привести к приобретению российскими судами исключительной компетенции.

При этом можно сделать вывод, что российские суды не будут приобретать исключительную компетенцию в делах, когда введенные ОЭМ отсутствуют и речь идет только об уголовных, административных и прочих мерах, которые могли бы, к примеру, не позволять въезд свидетелей, препятствовать осуществлению платежей в связи с арестом

«О валютном регулировании и валютном контроле». Важно подчеркнуть, что ФНС России в порядке указанной нормы ведет соответствующий перечень резидентов, в отношении которых иностранным государством, государственным объединением и (или) союзом и (или) государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и (или) союза введены меры ограничительного характера. Редакция указанного перечня на 2019 год доступна по ссылке: <https://data.nalog.ru/html/sites/www.new.nalog.ru/doc/rez110719.pdf>

⁶¹ Постановление Правительства РФ от 10 ноября 2017 года № 1348 «Об утверждении перечня мер ограничительного характера, введенных иностранным государством, государственным объединением и (или) союзом и (или) государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и (или) союза в отношении физических лиц». В список попали акты Австралии, ЕС, Исландии, Канады, Лихтенштейна, Норвегии, США, Швейцарии и Японии, введенные в 2014 году в связи с ситуацией в Украине.

⁶² Распоряжение Правительства РФ от 5 марта 2022 года № 430-р «Об утверждении перечня иностранных государств и территорий, совершающих недружественные действия в отношении Российской Федерации, российских юридических и физических лиц».

средств и т. д. С другой стороны, наличие подобных мер дополнительно к введенным ОЭМ может играть роль при анализе наличия в иностранном форуме доступа к правосудию, о чем пойдет речь ниже⁶³.

4.2. Категории споров

Статьи 248.1 и 248.2 АПК РФ определяют исключительную компетенцию российских арбитражных судов по двум категориям споров:

(а) споры с участием лиц, в отношении которых применяются меры ограничительного характера;

(б) споры, основанием для которых являются ограничительные меры.

Вскоре после введения в действие статей 248.1 и 248.2 АПК РФ в доктрине была высказана точка зрения о том, что их диспозиция потенциально позволяет автоматически распространять исключительную компетенцию российских судов на все споры с участием лиц, в отношении которых применяются меры ограничительного характера, безотносительно к их предмету и основаниям возникновения⁶⁴.

Российская судебная практика начинает идти именно по этому пути. Так, в деле № А40-201344/2020 АО «Совфрахт» предъявило иск о возмещении убытков к двум иностранным лицам по нескольким договорам, связанным с недвижимым имуществом в Индии. «Совфрахт» мотивировал обращение в российские суды тем, что на него распространяются санкции США (он включен в перечень SDN), что исключает применение пророгационных оговорок в контрактах. При этом указаний на связь предмета спора и оснований его возникновения с санкциями судебные акты не содержат.

Суды первой и апелляционной инстанций формально отказались рассматривать иск «Совфрахта», сославшись на то, что арбитражные суды не обладают компетенцией по искам к физическим лицам, не являющимся предпринимателями, без какого-либо анализа применимости статьи 248.1 АПК РФ. Арбитражный суд Московского округа же отменил акты нижестоящих судов и направил дело в Арбитраж-

⁶³ См. схожую логику в: *Гальперин М. Л.* Битва юрисдикций: есть ли процессуальное оружие у российских судов? Комментарий к изменениям, внесенным в АПК РФ Федеральным законом от 8 июня 2020 года № 171-ФЗ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2021, № 1.

⁶⁴ См.: *Карабельников Б. Р.* Российское правосудие защитит обиженных россиян // Закон. 2020. № 7; *Старженецкий В. В., Очирова С. Б.* Указ. соч.

ный суд г. Москвы для рассмотрения по существу⁶⁵. Суд отметил, что «Совфракт» является организацией, в отношении которой действуют ограничительные меры в соответствии с российским валютным законодательством, отметив доказательственное значение соответствующего письма ФНС России⁶⁶. Таким образом, Арбитражным судом Московского округа была подтверждена возможность применения статьи 248.1 к спорам, напрямую не имеющим отношения к санкциям.

В другом деле № А40-156736/20, также инициированном «Совфрактом» против английской компании Prosperity Estate Ltd. в порядке статьи 248.2 АПК РФ, «Совфракт» ссылаясь на потенциальное судебное разбирательство в английском суде, которое может быть возбуждено процессуальным оппонентом в связи с договорами об оказании услуг на ремонт зданий. Исходя из текста судебных актов, непосредственная связь между предметом спора и действующим санкционным режимом в данном деле также отсутствовала. Тем не менее Арбитражный суд г. Москвы, а затем Арбитражный суд Московского округа подтвердили возможность применения статьи 248.2 АПК РФ с аргументацией, аналогичной делу № А40-201344/2020 выше⁶⁷.

Примечательно, что на дату подготовки данной статьи в Государственную думу РФ внесен новый законопроект № 25200-8, который расширяет сферу применения статей 248.1 и 248.2 новыми категориями споров, по которым ответчик: (а) способствовал принятию ограничительных мер, или (б) получил выгоду в связи с действием ограничительных мер, или (в) не выполнил свои обязательства в связи с действием ограничительных мер⁶⁸. Данный законопроект породил общественную дискуссию о расширении механизма контр-

⁶⁵ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 25 января 2021 года по делу № А40-201344/2020.

⁶⁶ Отсылка Арбитражного суда Московского округа к валютному законодательству и перечню ФНС России в данном деле подтверждает точку зрения о системном использовании термина «*меры ограничительного характера*», которая была озвучена выше.

⁶⁷ Определение Арбитражного суда г. Москвы от 8 октября 2021 года и Постановление Арбитражного суда Московского округа от 25 января 2022 года по делу № А40-156736/20. Отмечаем, что кассационный суд отменил акт суда первой инстанции и отправил дело на новое рассмотрение в связи с отказом в присуждении последним судебного штрафа в порядке статьи 248.2 АПК РФ. При этом обе инстанции подтвердили исключительную юрисдикцию по правилам указанной нормы.

⁶⁸ См. паспорт Законопроекта № 25200-8 на сайте Государственной думы РФ, <https://sozd.duma.gov.ru/bill/25200-8>

санкций⁶⁹. Отдельными практиками даже отмечается, что фактически указанный законопроект вводит новую категорию ответственности в отношении лиц, упомянутых в диспозиции статей проекта⁷⁰.

По мнению автора, указанное дополнение никак не расширит сферу действия статей 248.1 и 248.2 АПК РФ. Все новые категории споров, в сущности, уже покрываются и без того достаточно обширной диспозицией действующей редакции подпункта 2 части 1 статьи 248.1 АПК РФ, которая охватывает споры, «*основанием для [которых] являются ограничительные меры [...]»*. Более того, упомянутые выше дела «Совфрахта» подтверждают, что российские суды готовы принимать к рассмотрению споры по требованиям подсанкционных лиц даже при отсутствии связи спора и действий ответчиков с санкциями. Введение новых категорий ответчиков не принесет расширение потенциальных споров, подпадающих под исключительную юрисдикцию российских судов. При этом в текущем виде законопроект предусматривает введение изменений исключительно в области процессуального законодательства, что не позволяет говорить об установлении особой ответственности упомянутых в нем лиц. Автор полагает, что с практической точки зрения никакого изменения регулирования не произойдет, даже если указанный законопроект будет принят.

4.3. Условия для передачи спора в российских суд. Дело «Уралтрансмаша»

С точки зрения буквального текста закона, установлены два условия передачи поименованных выше споров в российские суды:

(а) отсутствие в производстве иностранного суда или международного коммерческого арбитража, находящихся за рубежом, спора между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям (т. е. закон

⁶⁹ См., в частности: Судебную защиту россиян под санкциями предложили усилить // Pravo.ru, 26 ноября 2021 года, <https://pravo.ru/news/237071/>; В Госдуму внесли законопроект о защите попавших под санкции российских компаний // Ведомости, 25 ноября 2021 года, <https://www.vedomosti.ru/economics/news/2021/11/25/897634-v-gosdumu-vnesli-zakonoproekt-o-zaschite-popavshih-pod-sanktsii-rossiiskih-kompanii>; Защиту прав россиян, оказавшихся под санкциями, предложили усилить // Парламентская газета, 25 ноября 2021 года, <https://www.pnp.ru/economics/zashhitu-prav-rossiyan-okazavshikhsya-pod-sankciyami-predlozhili-usilit.html>

⁷⁰ См. выступление *Кроля К.* на вебинаре Российской арбитражной ассоциации «Влияние санкций на коммерческий арбитраж», 19 января 2022 года, https://www.youtube.com/watch?v=eP7dAeTg5_8

специально подчеркивает, что он не устраняет эффект принципа *lis pendens*⁷¹) (часть 1 статьи 248.1 АПК РФ);

(б) пророгационное или арбитражное соглашение в пользу зарубежного форума неисполнимо по причине применения ограничительных мер, создающих препятствия в доступе к правосудию (часть 4 статьи 248.1 АПК РФ).

Последнее условие (б) вызвало обширные дискуссии в российском юридическом сообществе⁷², особенно после того, как оно стало предметом знакового судебного спора между АО «Уралтрансмаш» (далее – «Уралтрансмаш»), принадлежащим АО «НПК “Уралвагонзавод”» (далее – «Уралвагонзавод»), и польской компанией PESA Bydgoszcz SA (далее – PESA) (дело № А60-36897/2020)⁷³.

Так, PESA инициировала арбитраж по регламенту Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма (SCC) против «Уралтрансмаша». Последний обратился в российские суды с заявлением в порядке статей 248.1 и 248.2 АПК РФ о вынесении запрета на продолжение разбирательства в SCC в связи с препятствиями в доступе к правосудию, вызванными попаданием его материнской компании под действие американских персональных (перечень SDN) и европейских секторальных ОЭМ⁷⁴.

⁷¹ См. анализ случаев конкуренции компетенций государственного суда и арбитража в: Вялков А. В. Альтернативные оговорки о разрешении споров и принцип *Lis Alibi Pendens* // Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 2: сборник ст. / под ред. А. В. Асоскова, А. И. Муранова, Р. М. Ходыкина. М.: Инфотропик-Медиа, 2014. С. 330–348.

⁷² Зыков Р. Указ. соч.; Старженецкий В. В., Очирова С. Б. Указ. соч.; Гальперин М. Л. Битва юрисдикций: есть ли процессуальное оружие у российских судов? Комментарий к изменениям, внесенным в АПК РФ Федеральным законом от 8 июня 2020 года № 171-ФЗ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2021, № 1; Щукин А. И. Совершенствование российского судопроизводства в условиях экономических санкций: неисполнимость юрисдикционного соглашения и антиисконовый запрет // Закон, 2021, № 2, <https://www.kommersant.ru/doc/5007851> и др.

⁷³ Важно отметить, что «Уралвагонзавод» как акционер «Уралтрансмаша» заявлял о недействительности и неисполнимости арбитражного соглашения в пользу SCC в договоре с PESA в параллельном разбирательстве по делу № А60-62910/2018, которое было инициировано еще до принятия поправок в АПК РФ. Арбитражный суд Свердловской области отказал в удовлетворении иска, а затем Седьмой арбитражный апелляционный суд подтвердил прекращение производства по делу по ходатайству «Уралвагонзавода».

⁷⁴ Решение Совета ЕС № 2014/512/CFSP от 31 июля 2014 года и Регламент ЕС № 833/2014 от 31 июля 2014 года. См. позицию SCC вместе с обзором указанных актов в Санкции и арбитраж: Открытый диалог с ТПС, 9 сентября 2015, Москва //

По итогам двух кругов рассмотрения заявления «Уралтрансмаша» Арбитражный суд Уральского округа отказал в вынесении запрета на продолжение разбирательства в ССС. Суд указал, что европейские и американские санкции, введенные против «Уралтрансмаша», не создают препятствий в доступе к правосудию⁷⁵. Суд признал, что «Уралтрансмаш» полноценно участвовал в арбитражном разбирательстве: назначил арбитра, представлял процессуальные документы и был надлежащим образом представлен российскими и польскими адвокатами. Примечательно, что в судебном акте присутствует ссылка на письмо ССС, в котором указано, что «Уралтрансмаш» не обязан обращаться к шведским государственным органам за разрешением на оплату арбитражного сбора. Таким образом, суды первой и кассационной инстанций последовательно подтвердили позицию, что одного лишь факта наложения иностранных санкций на российское предприятие недостаточно для применения статей 248.1 и 248.2 АПК РФ – необходимо доказать конкретные препятствия в доступе к правосудию, вызванные ограничительными мерами.

Однако впоследствии заместитель Председателя Верховного суда РФ – председатель Судебной коллегии по экономическим спорам – передала кассационные жалобы «Уралтрансмаша» и «Уралвагонзавода» на рассмотрение в судебную коллегию Верховного суда РФ⁷⁶. В Определении указано, что нижестоящие суды не учли, что:

(а) *«сам по себе факт введения в отношении российского лица [...] мер ограничительного характера **предполагается достаточным** для вывода об ограничении доступа такого лица к правосудию **в применяющем ограничительные меры иностранном государстве**»;*

(б) *«[в]ведение иностранными государствами ограничительных мер [...], обусловленное **политическими мотивами**, не может **не создавать сомнений** в том, что соответствующий спор будет рассмотрен на территории иностранного государства с соблюдением гарантий справедливого судебного разбирательства [...]»⁷⁷ (выделено нами – В. В.).*

Материалы с семинара, https://sccinstitute.com/media/81026/materials_moscow-seminar.pdf

⁷⁵ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 10 марта 2021 года по делу № А60-36897/2020.

⁷⁶ Определение заместителя Председателя Верховного суда РФ от 21 сентября 2021 года № 309-ЭС21-6955.

⁷⁷ Там же. Примечательно, что, обосновывая свой подход, заместитель Председателя Верховного суда РФ активно опиралась на пояснительную записку в целях толко-

Девятого декабря 2021 года Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного суда РФ вынесла итоговое Определение по делу «Уралтрансмаш»⁷⁸. Так, судебные акты нижестоящих судов об отказе в вынесении запрета продолжать разбирательство в ССС были отменены. Судебная коллегия поддержала подход заместителя Председателя Верховного суда РФ, дополнительно отметив следующее:

«Отсутствие необходимости в обязательном порядке доказывать влияние ограничительных мер на возможность исполнения арбитражной оговорки подтверждается и использованным законодателем способом изложения пункта 4 части 2 статьи 248.2 АПК РФ [...]. Введение иностранными государствами ограничительных мер [...] в отношении российских лиц поражает их в правах как минимум репутационно и тем самым заведомо ставит их в неравное положение с иными лицами. В таких условиях вполне оправданы сомнения в том, что спор с участием лица, находящегося в государстве, применившем ограничительные меры, будет рассмотрен на территории иностранного государства, также применившего ограничительные меры, с соблюдением гарантий справедливого судебного разбирательства, в том числе касающихся беспристрастности суда, что составляет один из элементов доступности правосудия» (выделено нами – В. В.).

Вместе с тем Верховный суд РФ вновь отказал в вынесении соответствующего анти-искового запрета и наложении судебного штрафа, сославшись на завершение арбитражного разбирательства в ССС. Верховный суд РФ отметил, что, поскольку антиисковой запрет «носит превентивный характер» и «актуален и эффективен лишь до того момента, пока [...] действия не совершены», при этом PESA будет не «в состоянии осуществить какие-либо действия по выполнению требуемого в отношении него судебного запрета, тем более что в иной судебной инстанции обжалование арбитражного решения осуществляется по инициативе самого общества “Уралтрансмаш”».

вания намерения законодателя, а также на судебную практику Европейского суда по правам человека, определяющую содержание категории беспристрастного суда. Особенно привлекает внимание ссылка на постановление Европейского суда по правам человека от 9 января 2018 года по делу Ревтюк против Российской Федерации, жалоба № 31796/10, в котором ЕСПЧ признал нарушение Российской Федерацией статьи 5 § 4 Европейской конвенции о правах человека в связи с существующей процедурой рассмотрения отвода единоличного судьи в уголовном процессе самим единоличным судьей (см. часть 4 статьи 65 УПК РФ – текст статьи не изменился).

⁷⁸ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного суда РФ от 9 декабря 2021 года № 309-ЭС21-6955(1-3) по делу № А60-36897/2020. На дату настоящей работы Определение обжалуется PESA в порядке надзора.

Позиция Верховного суда РФ по данному делу была истолкована в арбитражном сообществе таким образом, что для применения статей 248.1 и 248.2 достаточно «*одностороннего заявления от подсанкционной стороны, которая теперь может выбирать, обращаться ли в иностранный суд или арбитраж, либо отдать предпочтение исключительной юрисдикции российских судов*»⁷⁹. Это происходит без необходимости выяснения судом вопроса о наличии ограничений в доступе к правосудию – российские компании фактически являются освобожденными от связывавших их пророгационных и арбитражных оговорок⁸⁰.

По мнению автора, из действительного содержания судебных актов Верховного суда РФ скорее следует иной, менее радикальный и спорный вывод. Логика Верховного суда РФ может состоять в том, что введение политически мотивированных ОЭМ предполагает вывод о наличии ограничений доступа к правосудию в иностранном государстве, которое применяет соответствующие ограничительные меры.

Во-первых, согласно используемым формулировкам «*предполагается достаточным*», «*не может не создавать сомнений*», «*оправданы сомнения*» и «*отсутствие необходимости доказывать*», речь идет именно о перенесении бремени доказывания на процессуального оппонента, т. е. об опровержимой презумпции вывода об ограничении доступа к правосудию.

Российскому праву известны многие опровержимые презумпции, которые позволяют считать доказанными определенные обстоятельства до пределов, пока другая сторона их не опровергнет, в которых используются схожие формулировки, как и в актах Верховного суда РФ по делу «Уралтрансмаша». Приведем ниже некоторые из них:

- наиболее хрестоматийным примером служит пункт 5 статьи 10 ГК РФ, закрепляющий презумпцию, что «*добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются*», что свидетельствует о том, что бремя доказывания обратного лежит

⁷⁹ Gorchakov I., Panov A. Russian Supreme Court says sanctioned persons may ignore arbitration clauses // Allen & Overy, 15 December 2021, <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/russian-supreme-court-says-sanctioned-persons-may-ignore-arbitration-clauses>

⁸⁰ Такую точку зрения, в частности, также поддерживают Крель К., Лысов С., Мельников В. Вебинар Российской арбитражной ассоциации: Влияние санкций на коммерческий арбитраж, 19 января 2022 года, https://www.youtube.com/watch?v=eP7dAeTg5_8. Отмечаем, что В. Мельников выступал представителем компании PESA в разбирательстве в Верховном суде РФ по делу «Уралтрансмаша».

на той стороне, которая заявляет о недобросовестности и неразумности таких действий⁸¹;

- в переломном для своего времени Постановлении Пленума Высшего арбитражного суда РФ от 30 июля 2013 года № 62 были закреплены известные обратные презумпции недобросовестности и неразумности действий директоров, сформулированные в том числе с использованием фразы *«могут свидетельствовать»* (см. пп. 1 и 5);

- Федеральный закон от 26 декабря 2002 года № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» устанавливает ряд презумпций аналогичным образом: *«[и]ель причинения вреда имущественным правам кредиторов предполагается, если [...]»* (п. 2 статьи 61.2); *«[п]ока не доказано иное, предполагается, что лицо являлось контролирующим должника лицом, если это лицо [...]»* (п. 4 статьи 61.10); *«[п]ока не доказано иное, предполагается, что полное погашение требований кредиторов невозможно вследствие действий и (или) бездействия контролирующего должника лица при наличии хотя бы одного из следующих обстоятельств [...]»* (п. 2 статьи 61.11) и др.;

- презумпция невиновности в пункте 3 статьи 49 Конституции РФ, как и презумпция действительности арбитражного соглашения в пункте 8 статьи 7 Федерального закона от 29 декабря 2015 года № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», сформулированы через использование оборота *«сомнения толкуются в пользу [...]»*.

Таким образом, использование аналогичных формулировок в российском законодательстве и судебной практике почти всегда связано с вопросом бремени доказывания и зачастую используется в связке с выражением *«пока не доказано обратное»*. Поэтому можно утверждать, что значение позиции Верховного суда РФ состоит в установлении презумпции, переносящей бремя доказывания с подсанкционной стороны на оппонента⁸². Это совсем иной эффект, нежели полное освобождение российских подсанкционных лиц от связывающих их прогнационных оговорок.

В этом контексте полезно вспомнить знаковое для своего времени особое мнение судьи Высшего арбитражного суда РФ (а ныне

⁸¹ См. Определение Верховного суда РФ от 1 сентября 2015 года № 5-КГ15-92.

⁸² Важно упомянуть, что с недавнего времени в российском праве закреплено правило о том, что при принятии иска к производству суд указывает на распределение бремени доказывания по заявленному истцом требованию, а также может вынести вопросы доказывания на обсуждение со сторонами. См. пункт 36 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 23 декабря 2021 года № 46.

и Верховного суда РФ) Н. В. Павловой по делу № А51-15943/2011, где она изложила подробное обоснование права суда и условий его реализации в части распределения и смещения бремени доказывания с учетом анализа всех обстоятельств дела со ссылками на работы советских классиков гражданского процесса Е. В. Васьковского и А. Ф. Клейнмана⁸³.

Во-вторых, из судебных актов следует, что такая презумпция имеет силу лишь в отношении доступа к правосудию в *«применяющем ограничительные меры иностранном государстве»*, т. е. в ситуации, когда местом арбитража или судебного разбирательства является государство, которое ввело ОЭМ либо иным образом применяет эти меры к соответствующему лицу. В случае же если, к примеру, лицо находится в санкционных списках США, а спор рассматривается в международном арбитраже с местом арбитража в Гонконге, то такая презумпция не должна приводиться в действие.

Таким образом, представляется, что действительное значение позиции Верховного суда РФ несет исключительно процессуальный эффект. Российские подсанкционные лица будут освобождены от бремени доказывания обстоятельств ограничения доступа к правосудию в случае, если местом арбитража является страна, которая применяет против них политически мотивированные ОЭМ.

М. Л. Гальперин до итоговых судебных актов по делу «Уралтрансаша», в частности, предлагал устанавливать ограничение к доступу к правосудию через *«невозможность для стороны в связи с введенными в ее отношении ограничениями выбрать и назначить своего арбитра, провести банковские операции по уплате арбитражного сбора для иницирования арбитража или государственной пошлины в иностранный суд, по оплате услуг представителей либо невозможность в связи с визовыми и пограничными ограничениями обеспечить прибытие в иностранный процесс свидетелей, чьи показания необходимы с учетом универсальных требований due process»*⁸⁴.

Продолжая его логику в современном контексте, теперь оппонент подсанкционной стороны должен доказать, что в действительности ОЭМ не препятствуют заявителю в доступе к правосудию, убедив суд в наличии возможности у такого лица выполнить соответствующие

⁸³ Особое мнение судьи Высшего арбитражного суда Российской Федерации Павловой Натальи Владимировны к Постановлению Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 29 января 2013 года по делу № А51-15943/2011.

⁸⁴ Гальперин М. Л. Указ. соч.

мероприятия – например, ссылками на назначение арбитра, возможность быть представленным и т. д.

Важно обратить внимание на тот факт, что Арбитражная ассоциация представляла в Верховный суд РФ письмо с обзором судебной практики Англии и Уэльса, Италии, Канады, США, Франции и Швейцарии по вопросу ограничения доступа к правосудию лиц, попавших под санкции. Авторы пришли к выводу, что с точки зрения рассмотренных юрисдикций ограничение доступа к правосудию не является автоматическим следствием санкций. Напротив, этот вопрос подлежит исследованию в зависимости от конкретных правовых и фактических обстоятельств дела⁸⁵. Одновременно в указанном обзоре, к сожалению, не упомянуто наличие или отсутствие в исследуемых юрисдикциях правил о переходе бремени доказывания в зависимости от наличия определенных обстоятельств.

Позиция Верховного суда РФ уже дважды была применена на практике, однако в обоих случаях это произошло на стадии, когда акт суда первой инстанции уже содержал подробный анализ об ограничении заявителя в доступе к правосудию.

Так, НАО «Царьград Медиа», чье контролирующее лицо включено в перечень SDN, доказало ограничение в доступе к правосудию в судах Великобритании и Калифорнии путем представления письма международной юридической фирмы, которая отказалась осуществлять его представительство до получения специальных лицензий OFAC и аналогичного английского органа – Управления по осуществлению финансовых санкций в Великобритании (OFSI)⁸⁶. Акт апелляционного суда по данному делу содержит достаточно подробный анализ, почему именно суд посчитал, что у него *«отсутствуют основания полагать, что настоящий спор, субъектом которого является российская компания и в отношении которой введены санкции, будет объективно и справед-*

⁸⁵ Письмо Арбитражной ассоциации от 8 ноября 2021 года по делу № А60-36897/2020 с обзором законодательства и судебной практики, <https://arbitration.ru/upload/Amicus%20Uralvagonzavod%20as%20filed.pdf>

⁸⁶ Определение Арбитражного суда г. Москвы от 18 декабря 2020 года, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20 декабря 2021 года и Постановление Арбитражного суда Московского округа от 24 марта 2022 года по делу № А40-155367/2020 (дело НАО «Царьград Медиа»).

См. также дело ООО «Инстар Лоджистикс» № А40-149566/2019, в котором до вступления в силу Федерального закона от 8 июня 2020 года № 171-ФЗ суды удовлетворили иск российской компании, находящейся в перечне SDN, об изменении в порядке статьи 451 ГК РФ арбитражной оговорки в пользу ICC на юрисдикцию российских судов.

*ливо рассмотрен в [а]мериканских или [а]нглийских судах в противовес санкционному закону данных государств».*⁸⁷

В другом деле российская подсанкционная сторона, находящаяся в перечне SDN, доказала наличие ограничения в доступе к правосудию в европейском арбитраже со ссылкой на блокировку своих счетов, отказ в проведении транзакций и последующий возврат иска, предъявленного в европейское арбитражное учреждение в связи с неоплатой арбитражного сбора. Акт апелляционного суда, подтверждающий выводы суда первой инстанции, содержит ссылку на позицию Верховного суда РФ по делу «Уралтрансмаша»⁸⁸.

В этом контексте важно вернуться к упомянутому выше Законопроекту № 25200-8 о дополнительных категориях споров, подпадающих под действие статьи 248.1 АПК РФ. Законопроект не содержит каких-либо поправок в части условий передачи споров в арбитражные суды. Тем не менее пояснительная записка указывает на намерение его инициаторов зафиксировать правило о распределении бремени доказывания на уровне закона: «...невозможность эффективной судебной защиты прав лиц, в отношении которых введены меры ограничительного характера, за рубежом должна предполагаться, ее не требуется доказывать»⁸⁹. Нельзя исключать, что подобное правило появится в тексте законопроекта и может быть закреплено на законодательном уровне в АПК РФ.

4.4. Признание и приведение в исполнение арбитражных решений

Часть 5 статьи 248.1 АПК РФ прямо закрепляет, что исключительная компетенция российского суда не препятствует признанию и приведению в исполнение решения иностранного суда или иностранного арбитражного решения, принятых (а) по иску лиц, находящихся под ОЭМ, либо когда (б) такое лицо не возражало против рассмотрения с его участием спора иностранным судом, международным коммерческим арбитражем, находящимися за пределами территории Россий-

⁸⁷ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20 декабря 2021 года по делу № А40-155367/2020.

⁸⁸ Решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 29 апреля 2021 года, Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 30 декабря 2021 года и Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23 марта 2022 г. по делу № А56-57238/2020 (дело АО «Силовые машины»).

⁸⁹ См. Пояснительную записку к Законопроекту № 25200-8 на сайте Государственной думы РФ, <https://sozd.duma.gov.ru/download/4EF3335E-4235-4460-867C-BC13E90366F6>

ской Федерации, в том числе не обращалось с заявлением о запрете инициировать или продолжать разбирательство.

Серьезным вопросом в этом контексте может стать ситуация, когда сторона уже после попадания в санкционный список согласовала в новом контракте арбитражную оговорку в пользу форума, находящегося в «*применяющем ограничительные меры иностранном государстве*». Хотя на практике, насколько известно автору, такая проблема еще не возникла, идея принципа невозражения, зафиксированная в части 5 статьи 248.1 АПК РФ, может применяться и в этой ситуации.

4.5. Запрет инициировать или продолжать разбирательство

В российском праве вопрос о допустимости вынесения антиисковых запретов обсуждался задолго до вступления в силу Закона о контрасанкциях⁹⁰. Несмотря на развернутую дискуссию и несколько попыток российских сторон обратиться за обеспечительными мерами в виде запрета на инициирование или продолжение разбирательства⁹¹, автору неизвестны современные дела, в которых российские суды вынесли бы подобные запреты.

Статья 248.2 АПК РФ впервые на законодательном уровне прямо предусматривает, что при выполнении определенных условий для исключительной компетенции российских судов, которые рассмотрены выше, российские суды могут по заявлению лица, в отношении которого инициировано или может быть инициировано зарубежное судебное или арбитражное разбирательство, вынести запрет на его возбуждение или продолжение. Важно отметить, что запрет адресован именно оппоненту подсанкционной компании — именно ей

⁹⁰ См. основные работы по данной теме: *Ходыкин Р. М.* Антиисковые обеспечительные меры в цивилистическом процессе и международном арбитраже // Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража: *liber amicorum* в честь А. А. Костина, О. Н. Зименковой, Н. Г. Елисеева, 2013. С. 274–296; *Ярков В. В.* Применение антиисковых обеспечительных мер российскими судами: почему бы и нет? // Закон. 2014. № 8. С. 84–92; *Ядыкин А. И.* Институт «антиисковых обеспечительных мер» (*anti-suit injunctions*) и возможность его применения российскими судами в связи с осуществлением третейского разбирательства // Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 1: сборник ст. / под ред. А. В. Асоскова, Н. Г. Вилковой, Р. М. Ходькина. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 220–268.

⁹¹ См. судебные акты по делам № А40-26424/2011 и № А56-30789/2009, в которых подобные ходатайства заявлялись, однако в итоге соответствующие обеспечительные меры не были приняты / были отменены вышестоящим судом.

(а не иностранному суду или арбитражу) запрещается предпринимать действия, направленные на судебное преследование российской подсанкционной стороны в зарубежном форуме.

В случае нарушения иностранным контрагентом такого запрета суд может наложить на него штраф в размере, который суд сочтет справедливым и разумным в пределах сумм, являющихся предметом спора в иностранном производстве. Штраф подлежит оплате в пользу лица, которое находится под действием ОЭМ. Такой штраф может являться своего рода гарантией того, что вынесенное вопреки запрету арбитражное решение против российского лица не будет принудительно приведено в исполнение на территории России. Ведь как только арбитраж вынесет соответствующее решение, должник сможет заявить о его добровольном исполнении путем зачета сумм, подлежащих взысканию в качестве штрафа.

В то же время остается открытым вопрос признания и приведения в исполнение подобных решений российских судов за рубежом, равно как и признание и приведение в исполнение судебных и арбитражных актов, вынесенных несмотря на наличие такого запрета. Хотя иностранная и российская судебная практика по этим вопросам отсутствует, можно предположить, что иностранные форумы будут неохотно придавать силу таким актам российских судов. Равным образом, российские суды скорее всего будут отказывать в производствах о признании и исполнении судебных и арбитражных актов, вынесенных при наличии российского антиискового запрета (например, со ссылкой на публичный порядок).

Примечательно, что, в отличие от антиисковых запретов английских, гонконгских, кипрских и иных судов стран общего права, которые в основном выносятся в форме судебного приказа без вызова сторон (*ex parte*), статья 248.2 АПК РФ предусматривает, что такое заявление всегда рассматривается по правилам рассмотрения дела арбитражным судом первой инстанции с извещением участвующих в деле лиц в общем порядке.

На практике, с учетом длительных сроков уведомления иностранных лиц, это может с большой вероятностью привести к тому, что в период рассмотрения заявления по статье 248.2 АПК РФ соответствующий иностранный суд или арбитраж уже вынесет акт по основному спору⁹². Именно так произошло и в деле «Уралтрансмаша» № А60-

⁹² К примеру, судебные заседания по поступающим в январе 2022 года заявлениям в рамках статьи 248.2 АПК РФ назначаются на октябрь – ноябрь 2022 года: см.,

36897/2020, когда на момент рассмотрения спора в Верховном суде РФ арбитражный трибунал под эгидой SCC уже успел вынести арбитражное решение. Более того, в этом же деле «Уралтрансмаш» многократно обращался за принятием обеспечительных мер в виде «обязания [PESA] обратиться к составу арбитража [...] с заявлением о приостановлении арбитражного разбирательства по этому спору». Суды последовательно отказывали в принятии такой меры, поскольку «испрашиваемая заявителем обеспечительная мера косвенно предопределяет решение суда по настоящему делу до завершения его пересмотра»⁹³.

5. Заключение

Сложно дать однозначную характеристику положениям статей 248.1 и 248.2 АПК РФ, позиции Верховного суда РФ и тенденциям российской практики. С одной стороны, сложившаяся ситуация со всем комплексом проблем, с которыми сталкиваются подсанкционные стороны в европейских институтах желтого перечня, недопустима. Случаи ограничения эффективного права на доступ к правосудию действительно могут иметь место. Кардинальное увеличение санкционного давления на Россию значительно усугубит эту проблему. С другой стороны, сформированные правила об исключительной компетенции российских судов могут привести к тому, что в российскую юрисдикцию будут переданы споры и в тех ситуациях, когда эти трудности, хоть и являясь существенными, все же не влекут для стороны кардинальной утраты возможности защитить свои интересы в согласованном форуме. Хотелось бы ожидать, чтобы в законе и практике были сформулированы более узкие критерии и четкие ориентиры для признания юрисдикции по статьям 248.1 и 248.2 АПК РФ.

В завершение важно сказать, что система разрешения споров имеет производное значение от международной торговли, бизнеса и иностранных инвестиций. Даже оговорки о разрешении споров зачастую характеризуются как «*полуночные оговорки*» или «*оговорки за шампанским*» в связи с тем, что стороны ставят в приоритет именно согласование условий с намерением исполнить договор, оставляя процедуру

в частности, Определение Арбитражного суда Нижегородской области по делу № А43-411/2022 от 20 января 2022 года.

⁹³ См., в частности, Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 14 января 2021 года по делу № А60-36897/2020.

разрешения споров на самую позднюю стадию переговоров⁹⁴. Сегодня мы живем в мире, где свободная торговля подвержена разрушительному воздействию международных конфликтов и ОЭМ. Как точно определил Эдуардо Сильва Ромеро, «мир международных экономических санкций, по определению, — это мир недоверия, разделения и агрессии»⁹⁵. И в этом мире остро обнажилась потребность в новой системе международного правосудия, не обремененной санкционными проверками, поддержанием связей с государственными органами и нарушением конфиденциальности, ригидностью банков. Какие бы цели не преследовали государства, вводящие ОЭМ, лишение лица базового права получить юридическую помощь и представить свою позицию перед независимым органом по разрешению споров не может быть оправданным. Именно наличие эффективной системы международного правосудия позволит обеспечить разрешение самых тяжелых конфликтов и противоречий путем переговоров и жестких, но мирных судебных баталий, ценой которых являются лишь бессонные ночи юристов. Хочется верить, что адресованные в данной статье проблемы не приведут к утрате арбитражем статуса приоритетного способа разрешения международных споров, а послужат стимулом для его укрепления в новом качестве, чтобы он мог служить этой цели.

⁹⁴ См., например: *Seppälä C. R. Why Finland Should Adopt the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration // Journal of International Arbitration, 2017, Vol. 34, Issue 4, p. 593; Hon. Nancy Holtz (Ret.), Beware the midnight clause: Hold the champagne? // Jams ADR, 19 February 2016, <https://www.jamsadr.com/files/uploads/documents/articles/holtz-insidecounsel.com-beware-the-midnight-clause.pdf>*

⁹⁵ *Silva Romero E. Foreword in Overriding Mandatory Rules and Compliance in International Arbitration // Institute Dossier XIX, ICC Publication No. 808 E, 2022. P. 8.*

ПРАКТИЧЕСКИЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ЛИКВИДАЦИИ АРБИТРАЖНОГО УЧРЕЖДЕНИЯ

С.Д. ИВАНОВ,
Магистр частного права (РШЧП);
младший юрист МКА «Tomashevskaya & Partners»

А.В. ШАГАЛОВ,
Магистр частного права (РШЧП);
специалист кафедры международного частного права
Исследовательского центра частного права
им. С. С. Алексеева при Президенте РФ

Аннотация:

В статье предпринята попытка проанализировать практические последствия ликвидации арбитражного учреждения для сторон, заключивших арбитражное соглашение о рассмотрении спора в таком учреждении. В частности, авторами анализируются различные сценарии прекращения деятельности арбитражных учреждений, последствия прекращения деятельности арбитражного центра для действительности и исполнимости арбитражного соглашения, а также на проводимые арбитражные разбирательства. Упразднение в 2021 году Арбитражного института при Дубайском международном финансовом центре (DIFC) продемонстрировало, что никто не может быть застрахован от подобного развития событий. Таким образом, теоретическое осмысление вопросов, связанных с ликвидацией арбитражных центров, обладает практической ценностью, как для участников арбитражных разбирательств, так и в целом для доктрины международного арбитража.

Ключевые слова: ликвидация арбитражного учреждения; правопреемство арбитражного учреждения; действительность и исполнимость арбитражного соглашения; последствия неисполнимости арбитражного соглашения; альтернативные арбитражные оговорки.

PRACTICAL CONSEQUENCES OF THE LIQUIDATION OF THE ARBITRAL INSTITUTION

SERGEY IVANOV,

Master of Private Law (Russian School of Private Law),
Junior Associate, Tomashevskaya & Partners Law Firm

ANTON SHAGALOV,

Master of Private Law (Russian School of Private Law),
Researcher, Private International Law Department of the Alexeev
Private Law Research Centre at the President of the Russian Federation

Abstract:

The article attempts to analyze the practical consequences of the liquidation of the arbitration institution for the parties who have concluded an arbitration agreement in favor of such institution. In particular, the authors analyze various scenarios of the termination of the activities of arbitration institutions, the implications of the termination of the activities of the arbitration center on the validity and enforceability of the arbitration agreement, as well as on the ongoing arbitral proceedings. The abolition of the Arbitration Institute at the Dubai International Financial Center (DIFC) in 2021 has shown that no one is immune from such risks. Thus, theoretical understanding of the issues related to the liquidation of arbitral institutions has considerable practical value for both participants to arbitral proceedings and for the doctrine of international arbitration in general.

Key words: *liquidation of arbitral institution; succession in respect of arbitral institution; enforceability and validity of arbitration agreement; consequences of unenforceability of arbitration agreement; optional arbitration clauses.*



Введение

Прекращение деятельности арбитражного учреждения, которое было предусмотрено сторонами в качестве компетентного форума для

разрешения их потенциальных споров, в большинстве случаев будет являться неприятной неожиданностью.

В то же время от подобного варианта развития событий нельзя быть застрахованным, поскольку такое прекращение деятельности может быть связано как с одномоментными политическими решениями государства, на территории которого базируется арбитражное учреждение, так и с реформами законодательства.

Ликвидацию арбитражного учреждения следует считать наиболее «болезненным» вариантом, поскольку она предполагает безоговорочное и бесповоротное прекращение его существования. При этом зачастую стороны вынуждены самостоятельно преодолевать ее последствия.

В целях минимизации экономических, организационных и иных рисков для порядка разрешения споров, установленного пользователем арбитража, для последних является существенно важным не оставаться в неизвестности, а иметь хотя бы приблизительное представление о первоочередных шагах, которые им следует предпринять, чтобы при имеющихся обстоятельствах сохранить установленный ими порядок разрешения споров или максимально приблизиться к его первичной версии, а также обеспечить исполнимость решения, вынесенного по итогам рассмотрения спора.

Для этого необходимо проанализировать те аспекты, которые первоочередным образом оказываются затронуты ликвидацией арбитражного учреждения – вопросы действия арбитражного соглашения и ведения и администрирования арбитражного разбирательства.

Презюмируется, что правопорядок должен быть готов к возникновению подобных ситуаций и иметь соответствующее правовое решение, однако, как показывает практика, такое решение зачастую отсутствует, а имеющиеся подходы законодателей к решению тех или иных проблем могут различаться, что также придает актуальности вопросу о наиболее подходящем варианте разрешения трудностей, порожденных ликвидацией арбитражного учреждения, а равно иными случаями прекращения его деятельности.

Порядок ликвидации и правопреемство арбитражного учреждения

Ликвидация арбитражного учреждения представляет собой прекращение существования учреждения с назначением соответствующего учреждения-правопреемника либо без такового.

Принимая во внимание, что российское законодательство не распространило на постоянно действующее арбитражное учреждение правовой режим юридического лица¹, мы вольны отойти от буквального смысла формулировок, содержащихся в законодательстве применительно к реорганизации и ликвидации юридических лиц, и использовать их в порядке аналогии.

Также ликвидация является одним из случаев прекращения его деятельности в части осуществления функций по администрированию арбитража, т.е. оказанию сторонам спора содействия в формировании состава трибунала, поддержании коммуникаций между участниками разбирательства и передаче корреспонденции, ведении делопроизводства, хранении арбитражного решения и материалов арбитража, а также иных функций, предусмотренных его правилами и учредительными документами.

Хотя такое развитие событий как исчезновение с арбитражного ландшафта целого учреждения является довольно экстраординарным, история имеет ряд соответствующих примеров.

Так, пользуясь историческими примерами и цивилистической терминологией, можно указать случаи:

а) преобразования: напр., Арбитражного суда при Внешнеторговой арбитражной комиссии СССР в Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в 1993 году; Арбитражного суда при Внешнеторговой палате ГДР в Арбитражный суд при Ассоциации содействия арбитражу (*die Vereinigung zur Förderung der Schiedsgerichtsbarkeit*) в 1990 году²; Арбитражного института Торговых палат Швейцарии в Швейцарский арбитражный центр в 2021 году³;

б) поглощения одним учреждением другого: напр., присоединение в 1994 году Арбитражного центра при Ассоциации содействия арбитражу к Немецкому Арбитражному Институту⁴;

¹ П. 9 ст. 2 Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» № 382-ФЗ от 29.12.2015 (далее – Закон об арбитраже).

² Uzelac A. Succession of Arbitral Institutions / Croatian Arbitration Yearbook. 1996. Vol. 3. P. 80–81.

³ New Swiss Arbitration Centre and Revised Swiss Rules / Swiss Arbitration Association. URL: <https://www.swissarbitration.org/new-swiss-arbitration-centre-and-revised-swiss-rules/> (дата обращения: 29.01.2022).

⁴ Uzelac. A. *Op. cit.* P. 82.

в) разделения одного учреждения на несколько: напр., разделение Арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Чехословакии на Арбитражный суд при Экономической палате Чешской Республики и Аграрной палате Чешской Республики и Арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Словакии в 1995 году; Арбитражного суда при Федеральной торговой палате Югославии на соответствующие арбитражные центры в Сербии, Хорватии и Словении на протяжении 1991–1996 годов⁵;

г) выделения: напр., образование Шеньчжэньского и Шанхайского арбитражных центров из состава Китайской международной экономической и торговой арбитражной комиссии (СИЕТАС) в 2012–2013 годах⁶;

д) прекращения деятельности с назначением правопреемника по решению компетентного государственного органа: напр., ликвидация в 2021 году Арбитражного института при Дубайском международном финансовом центре и Морского арбитражного центра Эмиратов с передачей их функций Дубайскому международному арбитражному центру⁷.

Иные случаи прекращения деятельности могут быть не связаны с ликвидацией, например, когда арбитражное учреждение перестало соответствовать установленным законом требованиям, необходимым для осуществления такой деятельности, но продолжает существовать как юридическая или организационная оболочка. Такая ситуация, например, сложилась в России по итогам арбитражной реформы 2015 г., когда многие арбитражные учреждения не получили соответствующего разрешения на осуществление функций администрирования арбитража.

Как можно видеть из перечисленных примеров, реорганизация арбитражного учреждения или изменение его правового статуса могут быть начаты как по инициативе государства, так и по инициативе учредителей самого арбитражного учреждения, в зависимости от мотивов совершения таких перестановок.

Разумно предположить, что в обоих случаях следует обеспечить хотя бы минимальное организационное регулирование, которое бы не остав-

⁵ Uzelac. А. *Op. cit.* P. 76–78, 82–86.

⁶ Pisacane G., Murphy L., Zhang C. *Arbitration in China: Rules & Perspectives*. Springer. 2016. P. 47.

⁷ Декрет № 34, 2021, Эмира Дубая «В отношении Дубайского международного арбитражного центра». URL: [http://dtp.dubai.gov.ae/Legislation%20Reference/2021/Decree%20No.%20\(34\)%20of%202021.pdf](http://dtp.dubai.gov.ae/Legislation%20Reference/2021/Decree%20No.%20(34)%20of%202021.pdf) (дата обращения: 30.01.2022).

ляло стороны в состоянии неопределенности касаясь доступных им вариантов обращения в арбитраж и проведения разбирательства.

Как показывает действительность, государства со своей стороны чаще всего устанавливают лаконичные регуляторные рамки, либо назначая учреждение-правопреемника и декларируя исполнимость заключенных ранее арбитражных соглашений, либо объявляя арбитражные соглашения неисполнимыми и указывая сторонам на необходимость их приведения в соответствие с изменившимися обстоятельствами.

В качестве примера назначения компетентного арбитражного учреждения можно привести одну из предыдущих редакций Закона Словацкой Республики № 244/2002 «Об арбитраже», которая в своих переходных положениях по общему правилу устанавливала, что стороны считаются выбравшими арбитражное учреждение, созданное уполномоченным лицом⁸, в соответствии с требованиями вступившего в силу правового регулирования, если ранее выбранное арбитражное учреждение не соответствует предъявляемым требованиям закона⁹.

При этом большая часть организационных вопросов, например связанных с применимыми правилами арбитража, с формированием состава трибунала, передается законодателем сторонам на самостоятельное разрешение. Есть основания считать подобный подход оправданным, поскольку арбитраж в первую очередь предполагает независимость сторон как в формулировании арбитражной процедуры, так и в выборе арбитров (с учетом ограничений, установленных законодательством и/или применимыми правилами арбитража), и было бы неуместно решать данный вопрос за них, даже принимая во внимание анализируемую экстраординарную ситуацию.

Также известны примеры, когда само арбитражное учреждение проявляло инициативу в попытке заполнить образовавшуюся регуляторную пустоту. Так, п. 6 ст. 2 Правил арбитража CIETAC в редакции от 01.01.2015 предусматривает следующее:

«[...] Если субкомиссия / арбитражный центр, согласованные сторонами, не существуют или их полномочия прекратились, или когда арбитражное соглашение является неопределенным, Арбитраж [то есть CIETAC –

⁸ Перечень уполномоченных лиц перечислен в § 12: профессиональные ассоциации, национальные спортивные ассоциации, Олимпийский комитет Словакии, Паралимпийский комитет Словакии, палата, учрежденная в соответствии с законом (например, Торгово-промышленная палата, учрежденная Законом № 9/1992).

⁹ Закон Словацкой Республики № 244/2002 «Об арбитраже» (в ред. от 01.01.2015). – § 54b (3). URL: <https://www.zakonypreludi.sk/zz/2002-244/znenie-20150101> (дата обращения: 29.01.2022).

А. Ш., С. И.)] должен принять заявление об арбитраже и администрировать дело. В случае возникновения каких-либо разногласий решение принимается СИЕТАС»¹⁰ (перевод наш – А. Ш., С. И.).

Как отмечается в литературе, включение данной формулировки было обусловлено реструктуризацией СИЕТАС и выделением из ее состава Шанхайской и Шеньчжэньской субкомиссии в самостоятельные арбитражные учреждения. В связи с чем в первую очередь СИЕТАС преследовала цель сохранить свою компетенцию в отношении максимального числа потенциальных споров¹¹.

В ходе арбитражной реформы российский законодатель постарался учесть необходимость наличия переходных положений, которые бы позволили избежать хаоса и противоречий в правоприменении, и закрепил в Законе об арбитраже механизм правопреемства, предоставляющий учреждению-правопреемнику право принимать к рассмотрению споры, которые стороны первоначально намеревались передать учреждению-правопреемнику¹².

Однако судебная практика демонстрирует, что указанная норма не всегда применяется корректно.

Так, в одном деле 2019 года российские государственные суды первой и апелляционной инстанций, отказывая в оставлении иска без рассмотрения и в передаче спора в арбитраж, пришли к выводу, что компетенция учреждения-правопреемника не может быть установлена императивным решением учреждения-правопреемника и что такое решение не может подменять волеизъявление сторон на передачу их споров в то или иное арбитражное учреждение¹³.

¹⁰ «...Where the sub-commission / arbitration center agreed upon by the parties does not exist or its authorization has been terminated, or where the agreement is ambiguous, the Arbitration Court shall accept the arbitration application and administer the case. In the event of any dispute, a decision shall be made by СИЕТАС».

¹¹ Pisacane G., Murphy L., Zhang C. *Op. cit.* P. 47–50.

¹² Ч. 6 ст. 52 Закона об арбитраже: «В случае если действующие на день вступления в силу настоящего Федерального закона арбитражные (третейские) соглашения предусматривали рассмотрение споров в постоянно действующих третейских судах, при соблюдении иных положений настоящего Федерального закона предусмотренные такими соглашениями споры могут быть рассмотрены в постоянно действующих третейских судах, указанных в таких соглашениях, либо в учреждениях-правопреемниках в соответствии с их наиболее применимыми правилами».

¹³ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 23.05.2019 по делу № А40-222545/17.

В свою очередь заметим, что в данном случае государственные суды вполне справедливо отталкивались от волеизъявления сторон как основы арбитражного соглашения.

В самом деле, тот факт, что по единоличному решению одного арбитражного учреждения потенциально возникший между ними спор будет администрироваться иным арбитражным учреждением, вряд ли будет отвечать разумным ожиданиям сторон. Даже если учитывать, что такое одностороннее решение было принято в пределах действующего правового регулирования.

В то же время ограничение законом тех или иных аспектов проявления воли сторон на установление арбитражного режима разрешения споров, равно как и очерчивание организационных рамок деятельности арбитражных учреждений является вполне закономерным проявлением воли законодателя: по наличию конкретных ограничений и «ширине» организационных рамок можно судить об отношении к институту арбитража в соответствующем правопорядке.

Например, ранее действовавшим Федеральным законом «О третейских судах в Российской Федерации» признавались ничтожными арбитражные оговорки, содержащиеся в договоре присоединения¹⁴. Данное ограничение выступало дополнительной гарантией надлежащей судебной защиты «слабой» стороны договора и противодействовало навязыванию последней удобного для «доминирующей» стороны порядка разрешения споров¹⁵. Кроме того, в силу специфики договора присоединения, содержащуюся в таком договоре оговорку нельзя признать заключенной посредством осознанного и явного выражения воли обеими сторонами. Действующее регулирование не содержит подобного ограничения, что свидетельствует о расширении свободы и об отказе от патернализма в сфере заключения арбитражного соглашения.

Исходя из указанной логики, установление в законе механизмов правопреемства или норм, прямо назначающих «замещающее» компетентное арбитражное учреждение¹⁶, не должно расцениваться как затрагивающее права и законные интересы сторон.

¹⁴ Ч. 3 Ст. 5 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» № 102-ФЗ от 24.07.2002.

¹⁵ Комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации» (постатейный) / отв. ред. А. Л. Маковский, Е. А. Суханов. — М.: Статут, 2003 (автор комментария — А. А. Костин) // Цит. по: СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ Например, § 3 (3) Закона Чешской Республики № 223/1994 «Об объединении Торговой палаты Чехословакии с Торговой палатой Чешской Республики, об отдельных мерах и изменениях в Закон Национального совета Чехии № 301/1992 «Об Эконо-

Наконец, арбитражному учреждению до получения уведомления о намерении инициировать арбитражное разбирательство не всегда может быть известно, что стороны избрали его в качестве компетентного форума, и, действуя как в своих интересах, так и в интересах соответствующих пользователей арбитража в долгосрочной перспективе, оно вольно предпринимать любые организационные действия, разрешенные действующим законодательством.

Последствия ликвидации арбитражного учреждения для действительности и исполнимости арбитражного соглашения

Ключевым вопросом, связанным с последствиями ликвидации арбитражного учреждения, является вопрос судьбы арбитражных соглашений о передаче спора в учреждение, прекратившее свое существование.

мической палате Чешской Республики и Аграрной Палате Чешской Республики». URL: «Арбитражные соглашения (оговорки), предусматривающие компетенцию и юрисдикцию Арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Чехословакии или органа, выполняющего функции Арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Чехословакии, продолжают считаться арбитражными соглашениями (оговорками), заключенными в отношении Арбитражного суда при Экономической палате Чешской Республики и Аграрной Палате Чешской Республики» (*перевод наш – А. Ш., С. И.*);

ст. 7 Положения о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (Приложение I к Закону РФ от 07.07.1993 № 5338-I «О международном коммерческом арбитраже»): «Международный коммерческий арбитражный суд является преемником арбитражного суда при Торгово-промышленной палате СССР, образованного в 1932 году, и вправе разрешать споры на основании соглашений сторон о передаче их споров в арбитражный суд при Торгово-промышленной палате СССР»;

ст. 9 Положения о Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (Приложение II к Закону РФ от 07.07.1993 № 5338-I «О международном коммерческом арбитраже»): «Морская арбитражная комиссия является правопреемником Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате СССР, образованной в 1930 году, и, в частности, вправе разрешать споры на основании соглашений сторон о передаче их споров в Морскую арбитражную комиссию при Торгово-промышленной палате СССР»;

п. «а» ст. 6 Декрета № 34, 2021 Эмира Дубая «В отношении Дубайского международного арбитражного центра»: «Все соглашения об обращении в арбитраж в Упраздненные Арбитражные Центры, заключенные до даты вступления в силу настоящего Декрета, считаются действительными. ДМАЦ заменяет Упраздненные Арбитражные Центры при рассмотрении и принятии решений по всем спорам, возникающим из соответствующих соглашений, если иное не предусмотрено сторонами» (*перевод наш – А. Ш., С. И.*).

Сохраняют ли такие арбитражные соглашения силу или становятся недействительными *ipso facto*? «Трансформируются» в арбитражные соглашения о передаче спора на рассмотрение третейского суда *ad hoc*? Возможно ли путем толкования арбитражной оговорки установить альтернативный орган, компетентный провести процедуру арбитража, не нарушив изначальных договоренностей и разумных ожиданий сторон спора?

Представляется логичным в первую очередь рассмотреть вопрос о том, сохраняет ли арбитражное соглашение, предусматривающее передачу спора в ликвидированное арбитражное учреждение, свою юридическую силу, или оно должно признаваться недействительным. Очевидно, что какое бы то ни было соглашение не может быть действительным или недействительным *in abstracto*, а признается таковым на основании норм того или иного правопорядка. В том, что касается решения вопроса о действительности арбитражной оговорки в связи с ликвидацией арбитражного учреждения, применимое право может иметь особое значение, поскольку предопределяет вопрос о том, подпадает ли такая арбитражная оговорка под действие переходных положений нормативного акта, на основании которого произошла ликвидация.

Право, применимое к арбитражному соглашению

Международно-правовой основой международного арбитража, безусловно, является Нью-Йоркская конвенция, устанавливающая среди прочего обязательство государств-участников по признанию соглашений о передаче споров в арбитраж¹⁷.

Конвенция содержит следующие положения, касающиеся действительности арбитражных соглашений: статья II(3) регулирует ситуацию, при которой государственный суд, в который поступил иск по спору, в отношении которого заключено арбитражное соглашение, анализирует такое соглашение, с тем чтобы вынести решение о принятии или отказе в рассмотрении иска (т.е. в ситуации *до* процедуры арбитража), и статья V(1)(a), устанавливающая одно из оснований для отказа в признании и приведении исполнения арбитражного решения, если оно вынесено на основании недействительного арбитражного соглашения (т.е. *после* процедуры арбитража).

¹⁷ Ст. II Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, Нью-Йорк, 1958 г. (далее – Нью-Йоркская конвенция).

При этом различия между указанными положениями с точки зрения коллизионного регулирования породили немало споров в доктрине. Так, статья V(1)(а) прямо указывает, на основании какого права суд решает вопрос о действительности арбитражного соглашения: «по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания, по закону страны, где решение было вынесено», тогда как статья II(3) не содержит указания на определение применимого права.

Несмотря на то что в доктрине международного арбитража высказывались различные позиции по указанному вопросу¹⁸, предпочтение заслуживает подход, в соответствии с которым коллизионная привязка из статьи V(1)(а) должна применяться к ситуациям, предусмотренным статьей II(3) Конвенции. Иное решение может привести к парадоксальному результату, когда один и тот же государственный суд, рассматривая одно и то же арбитражное соглашение, может признать его как действительным, так и недействительным, в зависимости от того, на какой стадии будет производиться такой анализ (до или после арбитражного разбирательства) и, соответственно, в зависимости от того, каким образом было определено право, применимое к такому соглашению¹⁹.

Таким образом, следует прийти к выводу, что вопрос о действительности арбитражного соглашения о передаче спора в ликвидированное арбитражное учреждение должен решаться именно на основании права, избранного сторонами в качестве применимого к *арбитражной оговорке* (либо на основании права места арбитража в отсутствие такого выбора)²⁰.

¹⁸ См. Bernardini P. Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause, in *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention 200* / Albert Jan van den Berg ed., Kluwer, 1999; Haight G. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Summary Analysis of Record of United Nations Conference, May / June 1958, 27–28, United Nations Economic and Social Council, 1958, 216 p. Скворцов О. Ю., Савранский М. Ю., Севастьянов Г. В. Международный коммерческий арбитраж, М., 2018, С. 352–357; Хвалей В. В. Дерогационный эффект арбитражного соглашения // *Арбитражная практика*. 2009. № 10. С. 47.

¹⁹ Born G. *International Commercial Arbitration* / 3rd ed., Kluwer Law International. 2021. P. 531–536; Карабельников Б. Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей // М.: Статут, 2008, Гл. 1 § 2 разд. Д.

²⁰ О подходах различных правовых порядков к определению права, применимого к арбитражному соглашению, см. подробнее: *Костин А. А.* Вопросы определения права, применимого к арбитражному соглашению, в практике стран континентальной Европы и английских судов // *Закон*. 2014. № 1. С. 140–148.

Аналогичное решение также закреплено и в статье VI(2)(с) Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже²¹.

В таком случае в контексте рассматриваемой темы принципиальное значение могут иметь следующие вопросы: является ли нормативный акт, на основании которого было ликвидировано арбитражное учреждение, частью права, применимого к арбитражному соглашению? либо является ли такой нормативный акт частью права места арбитража?

Положительный ответ на указанные вопросы будет означать, что орган, принимающий решение о действительности арбитражного соглашения, будет связан переходными положениями, содержащимися в нормативном акте о ликвидации арбитражного учреждения (при наличии таковых) и прямо регулирующими вопрос действительности арбитражных соглашений²².

И напротив, если нормативный акт о ликвидации арбитражного учреждения не является частью права, применимого к арбитражной оговорке (в силу выбора сторон либо как право места арбитража), то орган, разрешающий вопрос о действительности арбитражного соглашения, не будет связан переходными положениями такого акта, как не связан нормами английского права суд, разрешающий спор из договора, подчиненного праву Франции.

В то же время, сам факт ликвидации арбитражного учреждения, а равно и положения нормативного акта о его ликвидации, безусловно, будут учитываться компетентным органом, принимающим решение о действительности арбитражного соглашения (но в качестве фактических обстоятельств, а не правовых норм).

Дефекты арбитражного соглашения

Нью-Йоркская конвенция предусматривает, что арбитражное соглашение связывает стороны, кроме случаев, когда оно недействительно, утратило силу или не может быть исполнено. И практика применения Конвенции, и доктрина международного арбитража сходятся в том, что указанные критерии являются отдельными и самостоятельными, однако при разрешении конкретных ситуаций зачастую возникает путаница с тем, по какому основанию арбитражное соглашение не породило ожидаемых юридических последствий.

²¹ Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже, Женева, 1961.

²² Примером такого переходного положения может служить ч. 8 ст. 48 Закона об арбитраже.

Так, согласно правовой позиции Верховного суда РФ, в российском праве под недействительным арбитражным соглашением понимается *«соглашение, заключенное при наличии порока воли (обман, угроза, насилие), с несоблюдением формы или противоречащее иным императивным требованиям применимого права»*²³, тогда как под неисполнимым арбитражным соглашением понимается *«такое соглашение, из содержания которого не может быть установлена воля сторон в отношении выбранной ими процедуры арбитража (например, невозможно установить, осуществлен ли выбор определенного институционального арбитража или арбитража ad hoc) или которое не может быть исполнено в соответствии с волей сторон (например, согласованное арбитражное учреждение не вправе осуществлять администрирование арбитража в соответствии с требованиями применимого права)»*²⁴. При этом Верховный суд РФ указывает, что о неисполнимости арбитражного соглашения может в том числе свидетельствовать *«указание на несуществующее арбитражное учреждение»*²⁵.

«Утратой силы» арбитражного соглашения обычно называют арбитражное соглашение, хотя прежде и действительное, но прекратившее свое действие *по воле сторон*²⁶.

Таким образом, применительно к рассматриваемой теме, представляется необходимым проанализировать ситуацию ликвидации арбитражного учреждения с тем, чтобы определить, подпадает ли эта ситуация под какой-либо из указанных выше критериев и, соответственно, является ли арбитражное соглашение о передаче спора в ликвидированный арбитражный центр недействительным, неисполнимым или утратившим силу.

С учетом приведенных выше критериев вопрос о том, может ли такое арбитражное соглашение считаться *утратившим силу*, кажется очевидным. Ликвидация арбитражного учреждения едва ли может быть приравнена к прекращению действия арбитражного соглашения по воле сторон. Следовательно, арбитражное соглашение о передаче

²³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.12.2019 № 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража», п. 29 (далее – Постановление Пленума ВС РФ № 53).

²⁴ Постановление Пленума ВС РФ № 53, п. 30.

²⁵ Там же.

²⁶ Карабельников Б. Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей // М.: Статут, 2008, Гл. 1 § 2 разд. Ж.

спора в ликвидированный арбитражный центр не может считаться утратившим силу.

Аналогичным образом представляется возможным решить вопрос о *недействительности* арбитражного соглашения. Как видно из приведенной выше позиции Верховного суда РФ, для признания арбитражного соглашения недействительным необходимым элементом является порок воли или другое нарушение применимого законодательства²⁷. Очевидно, что, заключая арбитражную оговорку в пользу арбитражного центра, который впоследствии был ликвидирован, стороны не действовали под влиянием заблуждения (поскольку на момент заключения оговорки арбитражный центр еще существовал), а равно не нарушили никаких правовых норм.

Наиболее остро встает вопрос с *неисполнимостью* арбитражного соглашения о передаче спора в ликвидированное арбитражное учреждение. На первый взгляд может показаться, что ситуация ликвидации арбитражного учреждения является аналогичной ситуации отсылки к несуществующему арбитражному учреждению, указанной Верховным судом РФ в качестве примера неисполнимости. Более того, столкнувшись с аналогичной ситуацией, Верховный суд Германии признал, что арбитражные соглашения о рассмотрении споров в арбитражном суде при Внешнеторговой палате ГДР в Берлине стали недействительными в результате упразднения указанной организации²⁸.

Верховный суд Австрии, в свою очередь, признал неисполнимой (*“Undurchführbarkeit”*) оговорку, которая предусматривала в каче-

²⁷ Суханов Е. А. Об одном решении арбитражного суда // Третейский суд. 2000. № 5. С. 45; Карабельников Б. Р. Карабельников Б. Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей // М.: Статут, 2008, Гл. 1 § 2 разд. Ж.

О позициях оппонентов, исходящих из применимости к арбитражному соглашению норм гражданского права, см., например, Рожкова М. А., Елисеев Н. Г., Скворцов О. Ю. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения / под общ. ред. М. А. Рожковой. — М.: Статут, 2008 (автор главы — О. Ю. Скворцов) // СПС «КонсультантПлюс»; Курочкин С. А. Соглашения в цивилистическом процессе / Вестник гражданского процесса. 2012. № 3 // СПС «КонсультантПлюс»; Ануров В. Н. Недействительность третейского соглашения / Третейский суд. 2007. № 4 (52). С. 78.

²⁸ BGH, 20.01.1994 – III ZR 143/92, Цит. по: Uzelac A. *Op. cit.* P. 82. Верховный суд Германии использовал понятие «недействительность» (нем. *“unwirksamkeit”*). Представляется, что сформулированный ВС РФ подход не предполагает возможности признания арбитражного соглашения *недействительным* в аналогичной ситуации.

стве компетентного органа прекратившее свое существование Австрийское объединение инженеров и архитекторов (*Österreichischen Ingenieur-und Architekten-Verein*). Суд пришел к выводу, что из волеизъявления сторон не следует их намерение разрешить спор в арбитраже *ad hoc*, а проведение институционального арбитража в порядке, первоначально предусмотренном сторонами, не представляется возможным²⁹.

В то же время как российское законодательство об арбитраже, так и мировая практика исходят из принципа *in favorem validates*, в соответствии с которым при толковании арбитражного соглашения любые сомнения должны толковаться в пользу его действительности и исполнимости. Релевантным примером применения этого принципа в российской судебной практике может служить позиция Верховного суда РФ, в соответствии с которой лицо, оспаривающее действительность или исполнимость арбитражного соглашения, обязано доказать, что «*любое толкование приводит к его недействительности и (или) неисполнимости*»³⁰ (выделено нами – А. Ш., С. И.).

Таким образом, представляется, что признание арбитражного соглашения неисполнимым во всяком случае будет крайней мерой, на которую компетентный орган пойдет только в том случае, когда установить орган, уполномоченный на разрешение спора невозможно в принципе.

Исполнение арбитражных соглашений о передаче спора в ликвидированное впоследствии арбитражное учреждение

В своей ставшей классической для доктрины международного арбитража статье Ф. Эйсмэнн, который ввел понятие «патологической» арбитражной оговорки, приводит четыре, по его мнению, основные функции, которые должна выполнять действительная арбитражная оговорка:

- (1) устанавливать обязательные для сторон последствия;
- (2) исключать рассмотрение спора государственными судами, по крайней мере до вынесения арбитражного решения;
- (3) наделять арбитров правом рассматривать споры, которые могут возникнуть между сторонами;

²⁹ ОGH, 08.11.2011 – 30b 191/11.

³⁰ Пленум ВС РФ № 53, п. 26.

(4) позволять обеспечить наиболее эффективную процедуру, приводящую к вынесению решения, которое может быть принудительно исполнено³¹ (*перевод наш — А. Ш., С. И.*).

В качестве примера арбитражного соглашения о передаче спора в несуществующее арбитражное учреждение автор приводит оговорку, которая предусматривает рассмотрение спора в соответствии с регламентом «International Arbitration Association»³². Поскольку ни такого регламента, ни такого арбитражного учреждения не существует, Ф. Эйсмман помещает такую арбитражную оговорку в категорию соглашений, которые требуют дополнительного соглашения сторон, поскольку она не позволяет организовать арбитражное разбирательство (т. е. не соответствует четвертому из критериев, приведенных выше).

Одновременно с тем необходимо помнить, что вопрос действительности арбитражной оговорки — это, по существу, вопрос толкования соглашения сторон. При таком толковании (помимо применения упомянутого выше принципа *in favorem validates*) необходимо принимать во внимание не только текст самой арбитражной оговорки, но и текст основного договора, переписку сторон при заключении договора, последующее поведение и отношения сторон в целом³³. Однако другой автор привел пример, в котором запутанная многоступенчатая арбитражная оговорка, также не соответствующая четвертому критерию, приведенному Ф. Эйсмманом, не была признана неисполнимой³⁴. В це-

³¹ Eisemann F. La clause d'arbitrage pathologique. Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli. U.T.E.T., 1974:

- 1) la première, commune à toutes les conventions est de produire des effets obligatoires pour les parties,
- 2) la seconde est d'écarter l'intervention des tribunaux étatiques dans le règlement d'un différend, tout au moins avant le prononcé d'une sentence,
- 3) la troisième est de donner pouvoir à des arbitres de régler les litiges susceptibles d'opposer les parties,
- 4) la quatrième est de permettre la mise en place d'une procédure conduisant dans les meilleures conditions d'efficacité au prononcé d'une sentence susceptible d'exécution forcée.

³² Полный текст указанной арбитражной оговорки: «Dans l'hypothèse de litige entre les parties pour toute question relative au présent contrat, le différend sera soumis à l'arbitrage selon le règlement de "l'International Arbitration Association" applicable dans la ville de Londres, Angleterre». Цит. по: Eisemann F. *Op. cit.* P.

³³ Постановление Пленума ВС РФ № 53, п. 30.

³⁴ Davis B. G. Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria // *Arbitration International*. 1991. Vol. 7. No. 4. P. 378–379.

лом автор приходит к выводу, что *«несмотря на серьезные недостатки многих положений, случайная — но непредсказуемая — помощь государственных судов, компетентных учреждений и творческих арбитров все еще может заставить их работать»*³⁵.

Важным международно-правовым механизмом, при помощи которого может разрешаться вопрос о действительности и исполнимости арбитражного соглашения о передаче спора в ликвидированное арбитражное учреждение, также выступает Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже. Несмотря на ограниченную сферу применения³⁶, Конвенция является важным инструментом в сфере международного арбитража и применяется арбитрами³⁷. Представляется, что т.н. «механизм восполнения», предусмотренный статьей IV(5) Конвенции, может быть применим и в рассматриваемой ситуации. Европейская конвенция дифференцирует ситуации, при которых: (1) стороны выбрали арбитраж *ad hoc*, но не определили процедуру назначения арбитра (арбитров), (2) договорились об институциональном арбитраже, но не достигли соглашения о компетентном арбитражном органе, а также (3) стороны не достигли соглашения о том, каким видом арбитража должен быть решен спор³⁸.

Рассматриваемый пример с оговоркой в пользу ликвидированного арбитражного учреждения, как представляется, должен попадать во вторую категорию. Следовательно, в соответствии с предусмотренным Конвенцией механизмом, сторона (стороны) вправе обратиться за решением этого вопроса либо к председателю соответствующей торговой палаты, либо в т.н. Специальный комитет, формируемым в соответствии с Приложением к Конвенции.

Российский законодатель применительно к судьбе арбитражного соглашения в случае прекращения деятельности арбитражного учре-

³⁵ Davis B. G. Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria // Arbitration International. 1991. Vol. 7. No. 4. P. 379.

³⁶ В соответствии со ст. 1, Конвенция применяется *«к арбитражным соглашениям как физических, так и юридических лиц, которые на момент заключения такого соглашения имеют постоянное местожительство или соответственно свое местонахождение в различных Договаривающихся Государствах, о разрешении в порядке арбитража споров, возникающих при осуществлении операций по внешней торговле»*.

³⁷ См., например, Постановление МКАС от 14.02.2006 по делу № 140/2003; Решение МКАС от 15.03.2013 по делу № 236/2011.

³⁸ Ст. IV (3), IV (5) и IV (6) соответственно.

ждения избрал следующий подход. Так, ч. 8 ст. 48 Закона об арбитраже предусматривает два варианта развития событий: (i) если арбитраж не был начат до даты прекращения деятельности арбитражного учреждения, то считается, что арбитражное соглашение предусматривает передачу спора в арбитраж *ad hoc*; (ii) если спор не может быть рассмотрен арбитражем *ad hoc* и стороны своим волеизъявлением не согласовали иное арбитражное учреждение, то законом констатируется неисполнимость арбитражного соглашения.

Ключевая сентенция по этому вопросу содержится в позиции Верховного Суда РФ, резюмирующей ч. 5 ст. 52 Закона об арбитраже:

«Закон об арбитраже не предусматривает безусловное признание всех третейских соглашений, заключенных до даты вступления закона в силу, неисполнимыми и недействительными»³⁹.

Несмотря на это, судебная практика содержит ряд примеров, когда государственные суды констатировали неисполнимость арбитражной оговорки, в том числе ввиду несогласования сторонами иного действующего третейского суда⁴⁰, прекращения деятельности арбитражного учреждения⁴¹ или непредставления доказательств действия и работы арбитражного учреждения, указанного в арбитражной оговорке⁴².

Заметим, что данные примеры не соответствуют смыслу нормы п. 8 ст. 48 Закона об арбитраже и не учитывают особенностей арбитража *ad hoc*, при котором, по общему правилу, не предполагается привлечение к процессу разрешения спора какого-либо организационного посредника в виде арбитражного учреждения.

При этом в случае, когда стороны предусмотрели иностранное арбитражное учреждение, не получившее разрешение на администрирование арбитража на территории Российской Федерации, суд, отталкиваясь от территориального действия Закона об арбитраже при-

³⁹ Определение ВС РФ от 22.01.2018 № 305-ЭС17-14401.

⁴⁰ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 22.06.2017 по делу № А40-8137/2017.

⁴¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 07.09.2018 по делу № А40-220772/2017.

⁴² Постановление Арбитражного суда Московского округа от 20.09.2018 по делу № А40-239608/2017.

шел к выводу о сохранении действия арбитражной оговорки и о ее исполнимости⁴³.

На наш взгляд, в первую очередь решение законодателя и/или правоприменителя должно обеспечивать соблюдение основного намерения сторон на передачу их споров в арбитраж.

Например, Г. Борн приводит практику судов США по формированию арбитражного трибунала на основании статьи 5 Федерального акта об арбитраже. Удовлетворяя требования сторон о назначении арбитров, суды презюмировали, что *«основополагающим соглашением сторон являлось соглашение о передаче их споров в арбитраж, и что, пока не представлено доказательств обратного, их выбор конкретной институции, арбитра или назначающего органа является вспомогательным, и в случае их недоступности не затрагивает действительности соглашения сторон о передаче споров в арбитраж»*⁴⁴.

Решение, избранное отечественным законодателем, как продемонстрировано выше, как раз нацелено на сохранение анализируемого основного намерения сторон.

Однако российский правопорядок не предусматривает какого-либо «механизма восполнения» арбитражной оговорки, в том числе в судебном порядке. Так, ст. 240.1 АПК РФ устанавливает закрытый перечень функций содействия в отношении третейского разбирательства, обуславливая их осуществление случаями, предусмотренными Законом об арбитраже.

В свою очередь Закон об арбитраже, как уже было отмечено выше, предусматривает трансформацию арбитражного соглашения либо в соглашение об арбитраже *ad hoc*, либо констатирует неисполнимость такого соглашения при отсутствии своевременного выбора сторонами иного арбитражного учреждения.

Между тем в случае, когда арбитражное соглашение в силу п. 8 ст. 48 Закона об арбитраже должно считаться трансформированным, государственный суд вправе оказать содействие по формированию состава третейского суда, что также имело место и на практике⁴⁵.

Однако имеются и обратные примеры, когда суды отказывали в оказании содействия в назначении арбитров, ссылаясь на неиспол-

⁴³ Постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 29.07.2019 по делу № А76-14685/2019.

⁴⁴ Born G. *Op. cit.*, P. 56.

⁴⁵ Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 28.03.2018 по делу № А41-90575/2017.

нимость арбитражной оговорки, хотя из существа споров не следовало их обязательное рассмотрение постоянно действующим арбитражным учреждением⁴⁶.

Влияние ликвидации арбитражного учреждения на администрируемое разбирательство

Если ликвидация арбитражного учреждения застала стороны в момент, когда арбитражное разбирательство уже было инициировано, представляются возможными следующие варианты дальнейшего развития событий: (i) прекращение разбирательства; (ii) передача администрирования арбитража в другой арбитражный центр; (iii) продолжение разбирательства в формате арбитража *ad hoc*.

Прекращение разбирательства, даже когда, например, оно находится только на стадии рассмотрения уведомления об арбитраже, когда состав третейского суда еще не был сформирован, представляется наименее привлекательным исходом, противоречащим ожиданиям сторон, которые могли понести предварительные затраты на анализ вариантов нападения и защиты, на сбор доказательств и поиск экспертов и представителей.

Администрирование арбитража другим арбитражным центром, как это продемонстрировано в предыдущем разделе, возможно только при наличии соответствующего положения в законе⁴⁷ или в документах арбитражных учреждений, или при обновлении сторонами своих договоренностей на этот счет, но не может быть достигнуто исключительно за счет толкования и восполнения арбитражного соглашения. Однако подобный вариант не всегда предусматривается соответствующими актами, равно как и стороны не всегда расположены к ведению друг с другом каких-либо переговоров, особенно во время эскалации конфликта.

⁴⁶ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 11.04.2019 по делу № А40-225056/2018; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 13.08.2019 по делу № А40-103607/2019.

⁴⁷ Например, п. “b” ст. 6 Декрета № 34, (2021) Эмира Дубая «В отношении Дубайского международного арбитражного центра»: «Если иное не предусмотрено сторонами арбитража, арбитражные трибуналы, образованные до вступления в силу настоящего Декрета в Упраздненных Арбитражных Центрах и в ДМАЦ, продолжают, без приостановления, рассматривать и принимать решение по всем арбитражам, находящимся в их производстве, в соответствии с правилами и процедурами, которые они посчитают подлежащими применению. Однако администрирование таких арбитражей будет осуществляться ДМАЦ и его аппаратом» (*перевод наш — А. Ш., С. И.*).

Продолжение разбирательства арбитражем *ad hoc* следует считать оптимальной для сторон опцией: она исключает необходимость согласования иного арбитражного центра и, скорее всего, новой уплаты арбитражного сбора, а также оставляет спор в рамках арбитражной процедуры.

Такой вариант избрал и российский законодатель, оговорив, что продолжение арбитража в формате *ad hoc* возможно, если об иной процедуре не договорились сами стороны и если арбитражное соглашение не становится неисполнимым⁴⁸.

При этом, как отмечается в литературе, регулирование не содержит механизмов для разрешения первоочередных вопросов, связанных с передачей функций, которые чаще всего берет на себя секретариат арбитражного центра: по ведению переписки со сторонами, хранению материалов дела и выделению помещений для проведения слушаний, а также не решает вопросы финансов в части судьбы уже уплаченного арбитражного сбора и порядка оплаты работы арбитрав⁴⁹.

Без ответа также остались и иные моменты, без разрешения которых не представляется возможным продолжить дальнейшее движение дела:

– правила процедуры: коль скоро стороны при такой экстраординарной ситуации, как ликвидация арбитражного учреждения, имеют пространство для маневра и для согласования нового арбитражного форума, то они тем более вправе договориться о применении других правил, которые бы наиболее оптимально соответствовали арбитражу *ad hoc*; с другой стороны, прекращение деятельности арбитражного учреждения не означает, что вместе с ним канул в Лету и его регламент, включая все предыдущие редакции. До тех пор, пока положения такого первоначально согласованного регламента годятся для проведения на их основе арбитража *ad hoc* (для которого характерна максимальная свобода сторон в формулировании процессуальных правил)⁵⁰, не создают для сторон препятствий в реализации их процессуальных прав и обеспечивают равноправие и надлежащую процедуру, нет причин от него отказываться;

⁴⁸ Ч.16 ст. 52, Закона об арбитраже.

⁴⁹ Панов А. А., Калинин М. С. Российская арбитражная реформа: два года спустя. Анализ вопросов, поставленных в судебной практике // Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2018, № 9 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁰ Rubino-Sammartano M. International Arbitration: Law and Practice / 2nd ed. Kluwer Law International. 2001. P. 4; Fouchard P., Gaillard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration / ed. by Gaillard E., Savage J. Kluwer Law International. 1999. P. 33.

– состав третейского суда: на момент рассмотрения заявления об арбитраже состав трибунала может быть как сформирован, так и находиться в процессе формирования. Если состав уже сформирован, то можно считать, что стороны уже преодолели основные организационные трудности, связанные с ликвидацией арбитражного учреждения, и могут согласовать с трибуналом последующий порядок процессуальных действий. Однако, когда арбитры еще не назначены, стороны могут столкнуться либо с необходимостью с чистого листа согласовать процедуру формирования состава, либо с необходимостью обращаться в государственный суд за содействием в назначении арбитров, либо оказаться перед фактом, что их спор подлежит рассмотрению в компетентном государственном суде.

Последний вариант возможен в российском правопорядке, если стороны избрали постоянно действующее арбитражное учреждение и прямым соглашением исключили возможность обращения в государственный суд за содействием в назначении арбитра⁵¹.

Ликвидация арбитражного центра, произошедшая после вынесения решения и завершения разбирательства, представляет наименьшее из зол.

Так, при необходимости толкование решения, исправление ошибок, опусок или опечаток может быть произведено компетентным третейским судом, а задействование арбитражного центра в данном случае будет излишним.

Равным образом принятие решения по второстепенным вопросам, которые не были разрешены в рамках основного разбирательства, также будут находиться в компетенции состава арбитража, но не соответствующей институции. Так, например, российский суд пришел к выводу, что прекращение деятельности арбитражного центра не препятствовало стороне обратиться непосредственно к арбитражному трибуналу (что и было сделано стороной) с заявлением о разрешении вопроса о судебных расходах, который не был рассмотрен при вынесении решения по существу спора⁵².

Определенные сложности могут возникнуть на стадии оспаривания арбитражного решения или приведения его в исполнение. По общему правилу, материалы третейского разбирательства хранятся в арбитраж-

⁵¹ Ч. 4 ст. 11, Закона об арбитраже. – Ч. 5. ст. 11, Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже».

⁵² Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 10.06.2019 по делу № А55-35223/2018.

ном учреждении. В случае прекращения его деятельности материалы должны подлежать передаче либо учреждению-правопреемнику, либо государственному органу, уполномоченному законом.

В российском правовом порядке истребование материалов арбитражного дела является довольно распространенной практикой, особенно когда это касается внутренних третейских решений. Так, в одном из дел о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение третейского решения само по себе неистребование судом материалов явилось основанием для его направления на новое рассмотрение⁵³.

В другом деле, когда третейским судом была нарушена предусмотренная законом обязанность по хранению материалов дела (в дополнение к иным процессуальным нарушениям, допущенным третейским судом), государственный суд констатировал нарушение принципов равноправия, состязательности и справедливости и по указанным мотивам отменил решение третейского суда⁵⁴.

При таких обстоятельствах нахождение материалов в процессе транзита может создать препятствие на пути приведения решения в исполнение: от затягивания процесса в связи с ожиданием прибытия материалов сначала в адрес учреждения-правопреемника или уполномоченного органа и их последующего направления в суд до риска отказа в приведении в исполнение, если по какой-либо причине материалы дела затеряются в следовании «из пункта А в пункт Б».

Российский закон предусматривает в качестве уполномоченного органа суд, в компетенцию которого входит рассмотрение заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения в рамках соответствующего арбитража⁵⁵, однако данное правовое решение имеет и свои недостатки. Так, норма ч. 3 ст. 236 АПК РФ предусматривает до четырех вариантов такого компетентного суда, и в зависимости от той или иной ситуации суд, в котором будут храниться материалы, и суд, рассматривающий заявление о приведении в исполнение третейского решения, будут не совпадать.

Наконец, держа в уме не самую приятную для стороны ситуацию, если ей будет отказано в приведении решения в исполнение по мотивам, связанным с ненадлежащим администрированием арбитража

⁵³ Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 17.01.2017 по делу № А58-2156/2016.

⁵⁴ Постановление Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 09.11.2010 № 9431/10.

⁵⁵ Ч. 1 ст. 39, Закона об арбитраже.

ликвидированным учреждением, становится актуальным вопрос возможности взыскания убытков с учреждения-правопреемника за упущения учреждения-правопредшественника (точнее, с соответствующей некоммерческой организации, структурным подразделением которой является арбитражное учреждение)⁵⁶; если же такого учреждения-правопреемника нет, то сторона и вовсе останется со своим горем один на один.

Заключение

С учетом вышеизложенного проведенное исследование позволяет высказать следующие основные выводы:

1. Включение в нормативный акт, на основании которого происходит ликвидация арбитражного учреждения, переходных положений, регулирующих последствия ликвидации для арбитражных соглашений о передаче споров в такое арбитражное учреждение, а равно судьбу уже идущих арбитражных разбирательств, является существенным фактором, повышающим правовую определенность. Несмотря на то, что ситуации, при которых нормативный акт о ликвидации арбитражного учреждения не будет являться правом, применимым к арбитражному соглашению, вероятны, указание на возможный способ разрешения образовавшейся коллизии будет способствовать более эффективному и единообразному разрешению вопросов о действительности и исполнимости соответствующих арбитражных соглашений, даже если разрешением таких вопросов будут заниматься компетентные органы различных государств.

2. В практическом плане сторонам рекомендуется при согласовании текста арбитражных соглашений принимать во внимание риски, связанные с тем, что к моменту возникновения спора выбранное арбитражное учреждение по той или иной причине уже не сможет заниматься администрированием арбитража по такому спору. Адресовать такой риск на стадии заключения арбитражного соглашения можно посредством т.н. «альтернативной» арбитражной оговорки, то есть оговорки, которая, в зависимости от определенных условий, предполагает обращение в разные арбитражные учреждения. Так, даже если стороны согласовали тот или иной арбитражный центр,

⁵⁶ Российское законодательство предусматривает такое средство правовой защиты в ст. 50 Закона об арбитраже, однако не содержит норм о допустимости предъявления требований правопреемнику, что обуславливает дискуссионность вопроса.

они могут добавить в текст арбитражной оговорки возможность передачи спора в альтернативное арбитражное учреждение при условии, что «основной» арбитражный центр не сможет администрировать их спор. Сформулированная таким образом арбитражная оговорка позволит избежать не только рисков, связанных с возможной ликвидацией арбитражного учреждения (что случается достаточно редко), но и будет покрывать любые другие ситуации, когда рассмотрение спора в выбранном изначально арбитражном центре будет невозможно или затруднительно (например, из-за введенных против одной из сторон международных санкций).

3. Даже в случае, если арбитражная оговорка однозначно указывает на передачу спора в несуществующее более арбитражное учреждение, это не должно автоматически влечь ее неисполнимость. Для споров, субъектный состав которых допускает применение Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже, механизм восполнения арбитражной оговорки, предусмотренный Конвенцией, позволяет, путем обращения к президенту соответствующей торговой палаты или в Специальный комитет, установить компетентный арбитражный орган для рассмотрения спора и определить применимую процедуру. Для тех споров, которые не подпадают под действие Конвенции, компромиссным вариантом представляется сохранение силы арбитражной оговорки и ее «трансформация» в соглашение о передаче спора на рассмотрение в арбитраже *ad hoc*. Представляется, что такой вариант наилучшим образом учитывает изначальные намерения и разумные интересы сторон, поскольку из арбитражного соглашения, даже если оно предполагает передачу спора в несуществующее арбитражное учреждение, однозначно следует его дерогационный эффект. Следовательно, лишать силы такие арбитражные оговорки очевидным образом будет противоречить ожиданиям сторон.

4. Представляется, что государственным судам, как на стадии разрешения вопроса о действительности и исполнимости арбитражной оговорки в порядке ст. II (3) Нью-Йоркской Конвенции, так и при признании и приведении в исполнение арбитражных решений, вынесенных «замещающими» арбитражными учреждениями или арбитражем *ad hoc*, следует принимать во внимание такое фактическое обстоятельство, как ликвидация изначально согласованного арбитражного центра. Как было отмечено выше, основу арбитражного соглашения составляет воля сторон на исключение компетенции государственных судов и передача спора на рассмотрение в порядке арбитража. С учетом этого судам следует принимать во внимание трудности,

с которыми столкнулись стороны из-за ликвидации арбитражного центра, и по возможности, сообразно про-арбитражному подходу, признавать такие арбитражные соглашения действительными и исполнимыми, а равно не препятствовать признанию и приведению в исполнение арбитражных решений, вынесенных «замещающим» арбитражным учреждением или арбитражем *ad hoc*, за исключением случаев наличия явных пороков решения, предусмотренных статьей V Нью-Йоркской Конвенции.

ПРАВО, ПРИМЕНИМОЕ К АРБИТРАЖНОМУ СОГЛАШЕНИЮ: СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ И ВЫЗОВЫ

М.Д. Кузьмин,
советник адвокатского бюро «БГП Литигейшн»*

Аннотация:

*В статье рассматриваются вопросы, связанные с определением права, применимого к арбитражному соглашению, с учетом последней судебной практики зарубежных стран и доктринальных взглядов. Автором анализируются четыре подхода к определению права, применимого к арбитражному соглашению, в ситуации, когда стороны определили право, применимое к основному договору, а также место арбитража, но не указали право, применимое к арбитражному соглашению: право места арбитража, право основного договора, кумулятивный подход (принцип валидации) и вненациональный подход. Существенное внимание в статье уделено анализу выводов Верховного суда Великобритании по делу *Enka Insaat ve Sanayi AS v. OOO Insurance Co Chubb 2020* года, который посчитал, что в такой ситуации должно применяться право основного договора. В то же время в аналогичных ситуациях в последние несколько лет высшие суды ряда других юрисдикций пришли к выводу о применении права места арбитража.*

В этой связи в статье анализируются возможные пути для гармонизации различных подходов по данному вопросу и, в частности, автор соглашается с предложением о необходимости отказа от установления подразумеваемого выбора права, применимого к арбитражному соглашению, в отсутствие достаточных доказательств, которые бы позволяли определить четкие намерения сторон установить конкретное применимое право. В таком случае в отсутствие явно выраженного выбора права, применимого к арбитражному соглашению, правилом по умолчанию должно быть применение права места арбитража.

* Автор выражает благодарность Дарье Куракса, помощнику юриста адвокатского бюро «БГП Литигейшн», за помощь в подготовке настоящей статьи.

Ключевые слова: *арбитражное соглашение; право, применимое к арбитражному соглашению; недействительность арбитражного соглашения; право места арбитража; право основного договора; явно выраженный выбор права; подразумеваемый выбор права; принцип наиболее тесной связи; принцип валидации.*



LAW APPLICABLE TO THE ARBITRATION AGREEMENT: CURRENT TRENDS AND CHALLENGES

MAXIM KUZMIN,
Counsel at BGP Litigation Attorneys at Law

Abstract:

*This article addresses the issues related to establishing the law applicable to the arbitration agreement taking into account the latest case law of foreign jurisdictions as well as other authorities. The author analyses four approaches to establishing the law applicable to the arbitration agreement in a situation when the parties have chosen the law applicable to the arbitration agreement and the seat of arbitration, but did not indicate the law applicable to the arbitration agreement: law of the seat of arbitration, law of the main contract, cumulative approach (principle of validation) and anational approach. The significant attention in the article is given to the analysis of the conclusions of the Supreme Court of the UK in the case *Enka Insaat ve Sanayi AS v. OOO Insurance Co Chubb of 2020*, which concluded that in such situation the law of the main contract should apply. At the same time, in similar situations in the recent years the highest courts of a number of other jurisdictions came to the conclusion that the law of the seat of arbitration should apply.*

In this regard, this article addresses the potential ways to harmonize different approaches on this issue and, in particular, the author agrees with the suggestion to discard determining the implied choice of law applicable to the arbitration agreement in the absence of evidence sufficient to determine the concrete intentions of the parties to agree on a particular applicable law. In this case, in the absence of the express choice of law applicable to the arbitration agreement, the default rule should be application of the law of the seat of arbitration.

Key words: *arbitration agreement; law applicable to the arbitration agreement; invalidity of the arbitration agreement; law of the seat of arbitration; law of the main contract; express choice of law; implied choice of law; close connection principle; validation principle.*



1. Введение

Вопрос о наличии между сторонами арбитражного соглашения является первичным вопросом в рамках любого арбитражного разбирательства, и в этой связи зачастую между сторонами возникают споры о действительности арбитражного соглашения, его объеме и толковании, распространении на третьих лиц и его прекращении. Разрешение этих споров напрямую зависит от права, применимого к арбитражному соглашению, и, несмотря на кажущийся теоретический характер этого вопроса, он имеет непосредственное практическое значение.

Хотя вопрос о праве, применимом к арбитражному соглашению, анализируется в судебной практике уже многие десятилетия, до настоящего времени по нему нет единства взглядов, и в последние годы он приобрел особую актуальность в свете ряда противоречащих друг другу решений государственных судов ведущих арбитражных юрисдикций. В частности, оживленную дискуссию вызвало дело Верховного суда Великобритании 2020 года *Enka Insaat ve Sanayi AS v. OOO Insurance Co Chubb*¹ (далее — дело *Enka*).

В решении по делу *Enka* Верховный суд Великобритании признал, что в отсутствие в тексте договора указания на право, применимое к арбитражному соглашению, право, выбранное сторонами в отношении всего договора, распространяется и на арбитражное соглашение как составную часть договора. В этой части Верховный суд Великобритании не согласился с выводами Апелляционного суда Англии и Уэльса, который посчитал, что в такой ситуации арбитражное соглашение должно регулироваться правом места арбитража в силу подразумеваемого выбора права сторонами. Данная позиция впоследствии была подтверждена Верховным судом Великобритании в рамках дела 2021 года *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group*² (дело *Kabab-Ji*).

¹ *Enka Insaat ve Sanayi AS v. OOO Insurance Co Chubb* [2020], EWCA Civ 574.

² *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group* [2021], UKSC 48.

Стоит отметить, что в последние несколько лет высшие суды ряда других юрисдикций также выносили противоречащие друг другу решения касательно права, применимого к арбитражному соглашению. Так, в 2019 году Верховный суд Австрии и Верховный суд Сингапура пришли к выводу о том, что право основного договора распространяется и на содержащееся в нем арбитражное соглашение³.

Противоположную позицию в том же году занял Апелляционный суд округа Свеа Швеции, признав, что, несмотря на наличие в договоре оговорки о применимом праве, она не применяется к арбитражному соглашению, которое должно регулироваться правом Швеции как правом места арбитража⁴. К похожему выводу в 2020 году пришел Апелляционный суд Парижа, не приняв во внимание право, выбранное сторонами в отношении основного договора⁵.

Очевидно, что подобный дуализм позиций в судебной практике будет неизбежно порождать юрисдикционные конфликты и отрицательно сказываться на развитии международного коммерческого арбитража. Необходимо отметить, что, хотя вопросы определения права, применимого к арбитражному соглашению, обсуждаются в зарубежной доктрине достаточно давно, до настоящего времени отсутствует единство взглядов и ученых по данной проблематике. В российской юридической литературе данным вопросам было уделено гораздо меньше внимания, и они почти не анализировались в контексте последней зарубежной судебной практики. Все это создает необходимость комплексного анализа проблемы определения права, применимого к арбитражному соглашению, и поиска путей для гармонизации различных подходов на практике.

2. Подходы к определению права, применимого к арбитражному соглашению

В 2021 году были опубликованы результаты масштабного сравнительного исследования, проведенного профессором Queen Mary University Макси Шерер и доктором Оле Енсенем⁶. Авторы проанали-

³ Oberster Gerichtshof (OGH), 15 May 2019, 18 OCg 6/18, section 5.3; *BNA v. BNB* [2019], SGCA 84.

⁴ Svea Hovrätt, 19 December 2019, T 7929-17.

⁵ Cour d'appel Paris, 23 June 2020, 17/22943.

⁶ *Scherer M., Jensen O. Towards a Harmonized Theory of the Law Governing the Arbitration Agreement*, Indian Journal of Arbitration Law; Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, vol. X, issue 1, 2021.

зировали подходы судов более 80 юрисдикций применительно к ситуации, когда стороны определили право, применимое к основному договору, а также место арбитража, но не указали право, применимое к арбитражному соглашению. По итогам исследования были выделены четыре основных подхода, а также сформирована карта распространения каждого из подходов с примерным подсчетом процента по каждому из них⁷:

- 1) вненациональный подход — 6%;
- 2) принцип валидации — 9%;
- 3) право основного договора — 34%;
- 4) право места арбитража — 51%⁸.

2.1. Вненациональный подход

Вненациональный подход характерен для Франции и был сформулирован в деле Французского кассационного суда *Municipalité de Khoms El Merghe v. Société Dalico* в 1993 году. В данном деле судом было отмечено, что в силу основных правил международного арбитражного разбирательства арбитражная оговорка юридически не зависит от основного договора, который ее содержит непосредственно или посредством ссылки, а ее наличие и действительность оцениваются с соблюдением императивных правил французского права и международного публичного порядка в соответствии с общей волей сторон и в отсутствие необходимости ссылаться на законодательство какого-либо государства⁹.

Данный принцип был подтвержден в ряде последующих решений Французского кассационного суда, среди которых примечательно дело *Uni-Kod v. Ouralkali* 2005 года, в котором суд отверг аргумент о том, что российское право, которому стороны подчинили основной договор, должно распространяться также и на арбитражное соглашение¹⁰.

⁷ Стоит отметить, что в юридической литературе называются до 9 подходов, но остальные подходы практически не встречаются на практике, например: право одной из сторон договора; право страны, чьи суды будут иметь юрисдикцию в отсутствие арбитражного соглашения; право страны, где арбитражное решение будет подлежать исполнению. См.: *Blessing M. The Law Applicable to the Arbitration Clause // A. 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, 1999.*

⁸ *Scherer M., Jensen O. Op. cit.*

⁹ Cour de cassation, 20 December 1993, *Municipalité de Khoms El Merghe v. Société Dalico.*

¹⁰ Cour de cassation, 30 March 2004, *Uni-Kod v. Ouralkali.*

Следуя логике данного подхода, в 2020 году Апелляционный суд Парижа по делу *Kabab-Ji* аналогичным образом признал правильным вывод арбитражного трибунала, отказавшего применять к арбитражному соглашению английское право, которое регулировало основной договор¹¹. Как было отмечено в решении, арбитражный трибунал исходил из того, что арбитражное решение может быть потенциально обжаловано в Апелляционном суде Парижа, который будет применять французское право, в частности принципы, выработанные Французским кассационным судом касательно толкования арбитражного соглашения исходя из намерений сторон с учетом всех обстоятельств дела.

Вненациональному подходу также следует ряд африканских государств, в частности Маврикий¹².

Следует отметить, что подобный подход неоднократно подвергался критике в доктрине, в частности на том основании, что арбитражное соглашение не может быть действительным само по себе без привязки к какому-либо национальному праву¹³. Действительно, вряд ли на текущий момент можно признать, что существует единообразие в принципах толкования арбитражных соглашений на международном уровне. Следование подобному подходу без учета требований конкретного национального права создает риски непризнания арбитражных решений, вынесенных во Франции, в иных юрисдикциях, что и произошло в рамках дела *Kabab-Ji*, когда английские суды отказались признавать и приводить в исполнение решение, принятое арбитражным трибуналом во Франции.

2.2. Кумулятивный подход / принцип валидации

Ряд юрисдикций предусматривают кумулятивный подход, также известный как принцип валидации. Так, абз. 2 ст. 178 Закона Швейцарии о международном частном праве предусматривает, что арбитражное соглашение признается действительным, если хотя бы согласно одному из трех право порядков оно будет являться действительным: праву, избранному сторонами, либо праву, применимому к спорно-

¹¹ Cour d'appel Paris, 23 June 2020, 17/22943, *Kout Food Group v. Kabab-Ji*.

¹² *Cruz City I Mauritius Holdings v. Unitech Ltd.*, 2014 SCJ 100.

¹³ См. обзор точек зрения в: *Gaillard E., Savage J. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, para. 438; *Plavec K. The Law Applicable to the Interpretation of Arbitration Agreements // University of Vienna Law Review*, vol. 4, 2020.

му правоотношению, в частности праву, применимому к основному договору, либо швейцарскому праву¹⁴.

Аналогичные правила предусмотрены в законодательстве Испании, Португалии и Нидерландов¹⁵.

Данный подход признается в литературе прогрессивным и в большей степени отвечающим интересам сторон иметь действительное арбитражное соглашение¹⁶. Вместе с тем необходимо отметить, что принцип валидации касается только вопроса действительности арбитражного соглашения и не затрагивает иных вопросов, таких, например, как объем арбитражного соглашения и его распространение на третьих лиц¹⁷. Данные вопросы будут определяться в соответствии с принципами международного частного права Швейцарии, и, в частности, Пьер Каррер отмечает, что в отсутствие выбора сторонами права, применимого к арбитражному соглашению, оно должно определяться в соответствии с правом места арбитража¹⁸.

2.3. Право основного договора

Суды ряда юрисдикций в ситуации, когда стороны определили право, применимое к основному договору, и место арбитража, но не указали право, применимое к арбитражному соглашению, приходят к выводу, что арбитражное соглашение должно регулироваться правом основного договора.

К числу таких юрисдикций Макси Шерер и Оле Енсен относят, например, США, Канаду, Англию, Германию, Италию, Австрию и Индию.

Так, Верховный суд Индии последовательно занимает позицию о том, что право основного договора должно распространяться и на

¹⁴ Федеральный закон о международном частном праве от 18 декабря 1987 года // Международное частное право. Сборник национальных кодификаций / Сост. и ред. В. Плеханов. – М., 2021. С. 1010–1069.

¹⁵ BW, Art. 10:166; Arbitration Act, Art. 9 (6) (R.D. Ley 60/2003); Portuguese Voluntary Arbitration Law, Art. 51, 2011.

¹⁶ Scherer M., Jensen O. Op. cit.

¹⁷ Girsberger D., Voser N. International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives (3rd ed.), 2016, para. 362; Karrer P. The Law Applicable to the Arbitration Agreement – A Civilian discusses Switzerland's Arbitration Law and glances across the Channel // Singapore Academy of Law Journal, Special Issue – Conflict of Laws in Arbitration, 2014, paras 56–58.

¹⁸ Karrer P. Op. cit., para. 64.

содержащееся в нем арбитражное соглашение. В рамках дела *National Thermal Power Corp. v. Singer Co.* [1992] Верховный суд Индии указал, что «надлежащим правом¹⁹ арбитражного соглашения должно быть, по общему правилу, надлежащее право контракта. Только в исключительных случаях может быть по-другому в ситуации, когда надлежащее право контракта явно выбрано сторонами»²⁰.

В то же время зачастую подходы судов даже в рамках одной юрисдикции не единообразны. В частности, хотя Германия была отнесена авторами исследования к числу юрисдикций, придерживающихся подхода права основного договора²¹, в практике судов Германии встречается и противоположная позиция о применении права места арбитража²². Среди последних решений Федеральный верховный суд Германии в 2018 году посчитал, что в случае отсутствия выбора сторонами права, применимого к арбитражному соглашению, оно должно регулироваться правом основного договора²³. При этом в 2020 году тот же суд пришел к выводу о том, что арбитражная оговорка, содержащаяся в общих условиях, подчиненных праву Нидерландов, не подпадает под действие голландского права²⁴. Это позволило ряду авторов утверждать, что Германия придерживается подхода о применении права места арбитража даже в случае наличия оговорки о праве, применимом к основному договору²⁵.

¹⁹ Термин «надлежащее право» (*proper law*) часто используется судами стран общей юрисдикции для обозначения применимого права.

²⁰ *National Thermal Power Corp. v. Singer Co.* [1992], 3 SCC 551; см. также: *Intel Technical Services Pvt. Ltd. v. W. S. Atkins Rail Ltd.* [2008], 10 SCC 308, para. 36; *Yograj Infrastructure Ltd. v. Ssangyong Engineering and Construction Co. Ltd.* [2011], 9 SCC 735, para. 51; *Aastha Broadcasting Network Ltd. v. Thaicom Public Company Ltd.* [2011], SCC OnLine Del 5145, paras 10, 12.

²¹ Bundesgerichtshof (BGH), 7 January 1971, VII ZR 160/69; BGH, 23 April 1998, NJW 1998, 2452; Court of Appeal Schleswig, 30 March 2000, 16 SchH 5/99; Court of Appeal Frankfurt, 10 April 2012, 26 SchH 11/10; Court of Appeal München, 16 August 2017, 34 SchH 14/16; Court of Appeal München, 18 June 2018, 34 SchH 7/17.

²² BGH, 28 November 1963, VII ZR 112/62; BGH, 12 February 1976, III ZR 42/74; Court of Appeal Hamburg, 17 February 1989, 1 U 86/87; Court of Appeal Hamburg, 24 January 2003, 11 Sch 06/01; Bavarian Court of Appeal, 16 January 2004, 4 Z Sch 22/03.

²³ BGH, 8 November 2018, I ZB 24/18, paras 12–13.

²⁴ BGH, 26 November 2020, I ZR 245/19.

²⁵ *Kopylova A.* German Supreme Court has its own «Enka v. Chubb»: How Germany and the UK determine the law governing the arbitration agreement // <https://kdb.legal/german-supreme-court-has-its-own-enka-v-chubb-how-germany-and-the-uk-determine-the-law>

Аналогичным образом складывается ситуация и в Австрии, где, хотя и сформирована в ряде судебных решений, включая последнее решение Верховного суда Австрии 2019 года²⁶, позиция о применении права основного договора к арбитражному соглашению, в судебной практике и доктрине аргументируется и противоположная позиция²⁷. Аналогичным образом о наличии некоей единой позиции нельзя говорить и исходя из практики арбитражных трибуналов²⁸.

Интересен в этой связи также опыт Сингапура. Так, в рамках дела *FirstLink Investments Corp. Ltd. v. GT Payment Pte. Ltd.* [2014] Высокий суд Сингапура указал, что выбор права, применимого к арбитражному соглашению, предопределяется выбором места арбитража, несмотря на право, применимое к основному договору²⁹. Однако в последующем Высокий суд Сингапура в деле *BCY v. BCZ* [2017] пересмотрел указанный вывод и пришел к противоположному мнению о применении права основного договора, и такая же позиция была занята Апелляционным судом Сингапура в рамках дела *BNA v. BNB* [2019]³⁰.

2.4. *Lex arbitri* – право места арбитража

В соответствии с исследованием Макси Шерер и Оле Енсена подход о применении права места арбитража (*lex arbitri*) к арбитражному соглашению, несмотря на избранное сторонами право, применимое к основному договору, является преобладающим. Из числа европейских юрисдикций, придерживающихся такого подхода, авторы

governing-the-arbitration-agreement/; *Altenkirch M., Hagmann J.* German Federal Court of Justice applies CISG to validity of the arbitration agreement // <https://globalarbitrationnews.com/german-federal-court-of-justice-applies-cisg-to-validity-of-the-arbitration-agreement/>

²⁶ Oberster Gerichtshof (OGH), 15 May 2019, 18 OCg 6/18h; OGH, 19 December 2018, 3 Ob 153/18y; OGH, 30 March 2009, 7 Ob 266/08f; OGH, 8 March 1961, 1 Ob 98/61.

²⁷ OGH, 22 September 1994, 2 Ob 566/94; *K. Plavec*, Op. cit., p. 95.

²⁸ В частности, в практике автора по одному из дел спор рассматривался арбитражным трибуналом с местом арбитража в Австрии, и один из вопросов в рамках спора касался объема и действительности арбитражного соглашения. Хотя основной договор подчинялся праву другого государства ЕС, ни у сторон, ни у арбитров, ни у двух экспертов по австрийскому праву не возникло каких-либо сомнений, что к арбитражному соглашению должно применяться именно австрийское право как право места арбитража, а не право основного договора.

²⁹ *FirstLink Investments Corp Ltd. v. GT Payment Pte Ltd. and others* [2014], SGHCR 12, para. 14.

³⁰ *BNA v. BNB* [2019], S.G.H.C. 142, *BCY v. BCZ* [2017], 3 S.L.R. 357.

называют Швецию, Польшу, Чехию, Венгрию, Сербию, Хорватию и Грецию³¹.

К числу таких юрисдикций относится и Россия. Так, в п. 27 Постановления от 10 декабря 2019 года № 53 Пленум Верховного суда Российской Федерации разъяснил следующее: *«В силу принципа автономности арбитражного соглашения право, применимое к арбитражному соглашению, может отличаться от права, применимого к основному договору, и права, применимого к процедуре арбитража. При отсутствии выбора сторонами права, применимого к арбитражному соглашению, оно подчинено праву страны, в котором вынесено или должно быть вынесено арбитражное решение в соответствии с арбитражным соглашением»*³².

Следует отметить, что до принятия указанного постановления практика российских судов в отношении определения права, применимого к арбитражному соглашению, не всегда была последовательной. В частности, в рамках ряда дел суды признавали ассиметричные арбитражные оговорки действительными исходя из норм английского права как права места арбитража³³. Однако впоследствии неопределенность по данному вопросу создал Президиум Высшего арбитражного суда, который в известном Постановлении от 19 июня 2012 года № 1831/12 признал ассиметричную арбитражную оговорку недействительной, обойдя вопрос о применимом к ней праве в принципе, и это стало предметом обоснованной критики в юридической литературе³⁴. Иногда суды признавали применимым к арбитражному соглашению право основного договора, что также критиковалось рядом авторов³⁵.

³¹ См., например, Решение Верховного суда Греции от 09.05.2014 № 1219/2014.

³² Постановление Пленума Верховного суда Российской Федерации от 10 декабря 2019 года № 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража».

³³ См., например, Постановления ФАС Московского округа от 23.12.2009 № КГ-А40/13340-09, от 12.01.2010 № КГ-А40/14014-09 и от 18.01.2010 № КГ-А40/14211-09; ФАС Северо-Западного округа от 23.09.2004 по делу № А21-2499/03-С1.

³⁴ *Ходыкин Р. М.* Гибридные оговорки о рассмотрении спора. Комментарий к Постановлению Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 года N 1831/12 // *Вестник Высшего арбитражного суда РФ*. 2012. № 11.

³⁵ Постановление ФАС Московского округа от 24.01.2012 по делу № А40-65888/11-8-553; *Костин А. А.* Вопросы определения права, применимого к арбитражному соглашению, в практике стран континентальной Европы и английских судов // *Закон*, 2014, № 1; *Международный коммерческий арбитраж: учебник / Науч. ред. О. Ю. Скворцов, М. Ю. Савранский, Г. В. Севастьянов.* 2-е изд., перераб. и доп.

Практика российских судов по применению новых разъяснений Верховного суда РФ пока немногочисленна, но она является последовательной, и уже имеются примеры, когда суды в отношении арбитражных соглашений, предусматривающих место арбитража за пределами РФ, применяли иностранное право. В частности, в определении от 9 февраля 2021 года по делу № А56-77023/2020 Арбитражный суд города Санкт-Петербурга и Ленинградской области, установив, что споры по договору между сторонами подлежат рассмотрению в арбитраже Международной торговой палаты в Лондоне, посчитал, что действительность и исполнимость арбитражного соглашения определяется по праву Англии и Уэльса³⁶. Также в рамках дела № А50-31243/2019 Арбитражный суд Уральского округа применил к арбитражному соглашению швейцарское право, поскольку оно предусматривало место арбитража в Швейцарии³⁷.

3. Анализ выводов Апелляционного суда Англии и Уэльса и Верховного суда Великобритании в рамках дела *Enka Insaat ve Sanayi AS v. OOO Insurance Co Chubb*

Аналогично судам других юрисдикций английские суды также не всегда придерживались единой позиции касательно определения права, применимого к арбитражному соглашению. В этом контексте особый интерес представляют недавние решения Апелляционного суда Англии и Уэльса (далее – Решение АС) и Верховного суда Великобритании (далее – Решение ВС) по делу *Enka* – в отличие от решений судов многих других юрисдикций, данные суды очень детально анализируют имеющиеся в мировой практике подходы, а также аргументы сторон. В числе прочего Верховный суд и Апелляционный суд описывают имеющиеся прецеденты английских судов:

1. В поддержку подхода о применении права основного договора к арбитражному соглашению: *Black Clawson International Ltd v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG* [1981], *Sonatrach Petroleum Corpn (BVI) v. Ferrell International Ltd* [2002], *Arsanovia Ltd v. Cruz City 1 Mauritius*

СПб.: АНО «Редакция журнала "Третейский суд"»; М.: Статут, 2018. Пар. 7.6 (автор пар. 7.6 – Г. В. Севастьянов).

³⁶ Определение Арбитражного суда Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 9 февраля 2021 года по делу № А56-77023/2020.

³⁷ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 17 марта 2020 года по делу № А50-31243/2019.

Holdings [2012], *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group* [2020] (пп. 40, 45, 51, 52 Решения ВС);

2. В поддержку подхода о применении права места арбитража к арбитражному соглашению: *XL Insurance Ltd v. Owens Corning* [2001], *Hamlyn & Co v. Talisker Distillery* [1894], *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v. Enesa Engenharia SA* [2012] (пп. 47, 98–105 Решения ВС).

Стоит, однако, отметить, что во всех трех делах в рамках второго подхода применение права основного договора приводило бы к недействительности арбитражного соглашения и это сыграло решающую роль при определении права места арбитража как применимого к арбитражному соглашению. Так, в рамках дела *Hamlyn & Co v. Talisker Distillery* [1894] речь шла о возможной недействительности арбитражного соглашения по праву Шотландии, в рамках дела *XL Insurance Ltd v. Owens Corning* [2001] – по праву Нью-Йорка, а в рамках дела *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v. Enesa Engenharia SA* [2012] – по праву Бразилии. Исходя из этого суды посчитали, что недействительность арбитражного соглашения не могла входить в намерения сторон, поэтому более правильным вариантом было применение права места арбитража к арбитражному соглашению (пп. 100, 103 Решения ВС).

Применительно к обстоятельствам дела *Enka* Верховный суд проанализировал вопрос о праве, применимом к арбитражному соглашению, с точки зрения общего права и его традиционного трехстадийного подхода к определению права, применимого к договору. Данный подход предполагает анализ следующих вопросов (п. 27 Решения ВС):

1) имеется ли явно выраженное соглашение сторон о выборе применимого права (*express choice of law*);

2) имеется ли подразумеваемое соглашение сторон о выборе применимого права (*implied choice of law*);

3) в отсутствие явно выраженного или подразумеваемого выбора сторонами применимого права, с правом какой страны договор наиболее тесно связан (*close connection test*).

С учетом этого Верховный суд пришел к следующим выводам (п. 170 Решения ВС):

1. В отсутствие в тексте договора указания на право, применимое к арбитражному соглашению, право, выбранное сторонами в отношении всего договора, распространяется и на арбитражное соглашение как составную часть договора.

2. Выбор сторонами другой страны в качестве места арбитража сам по себе недостаточен для опровержения презумпции о том, что право,

выбранное сторонами в отношении всего договора, распространяется и на арбитражное соглашение.

3. В качестве факторов, опровергающих данную презумпцию, могут выступать: (а) норма права места арбитража о том, что в случае если арбитражное разбирательство подчиняется праву места арбитража, то и арбитражное соглашение должно регулироваться этим правом; (б) наличие существенного риска того, что при подчинении праву основного договора арбитражное соглашение будет недействительным.

4. В отсутствие явно выраженного или подразумеваемого выбора сторонами применимого права к арбитражному соглашению, арбитражное соглашение регулируется правом, тесно связанным с арбитражным соглашением. Таким правом, по общему правилу, должно считаться право места арбитража.

В этом контексте особый интерес представляет рассмотрение аргументов, которые анализирует Верховный суд в своем решении, чтобы прийти к этим выводам.

3.1. Статья V (1) (a) Нью-Йоркской конвенции 1958 года

Может показаться, что проблем с определением права, применимого к арбитражному соглашению, на практике возникать не должно, поскольку Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года (далее — Нью-Йоркская конвенция) определяет достаточно четкие правила касательно того, по какому праву должна определяться недействительность арбитражного соглашения. Так, статья V (1) (a) Нью-Йоркской конвенции предусматривает, что в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания — по закону страны, где решение было вынесено.

В то же время в этом отношении Верховный суд указал, что Нью-Йоркская конвенция допускает как явно выраженный выбор права, применимого к арбитражному соглашению (когда оно непосредственно указано в тексте договора — *express choice of law*), так и подразумеваемый выбор права (когда намерения стороны о выборе применимого права могут быть выведены из обстоятельств дела — *implied choice of law*) (п. 129 Решения ВС). В решении Верховного суда, а также юридической доктрине отмечается, что это следует

из формулировки «failing any indication thereon»³⁸. Необходимо отметить, что оригинальный текст Нью-Йоркской конвенции («failing any indication thereon») в этом плане точнее отражает возможность подразумеваемого выбора права по сравнению с русским переводом («при отсутствии такого указания»).

Таким образом, обращение к Нью-Йоркской конвенции не позволяет однозначно ответить на вопрос о праве, применимом к арбитражному соглашению, создавая возможности для различной интерпретации подразумеваемого выбора права сторонами.

3.2. Принцип автономности арбитражного соглашения (separability)

В теории и практике международного арбитража общепризнан принцип автономности арбитражного соглашения (*separability*), в силу которого недействительность основного договора, содержащего арбитражное соглашение, не должна затрагивать действительность арбитражного соглашения, и в этом контексте арбитражное соглашение должно рассматриваться как самостоятельное соглашение. В английском праве это правило предусмотрено в статье 7 Закона об арбитраже 1996 года (*Arbitration Act 1996*): «Если стороны не договорились об ином, арбитражное соглашение, которое представляет собой часть другого соглашения или в отношении которого существовало намерение о том, что оно должно стать его частью (независимо от того, составлено оно в письменной форме или нет), не считается недействительным, несуществующим или не имеющим силы из-за того, что другое соглашение недействительно, не заключено или утратило силу, и для этой цели считается отдельным соглашением»³⁹.

Апелляционный суд в обоснование своего вывода о подчинении арбитражного соглашения праву места арбитража вопреки выбранному сторонами праву, применимому к основному договору, непосредственно сослался на принцип автономности арбитражного соглашения (пп. 92–94 Решения АС). По мнению Апелляционного суда, в силу своего процессуального характера и роли, отличной от роли основного договора, арбитражное соглашение на основании

³⁸ *Born G.* International Commercial Arbitration (3rd ed.), Kluwer Law International, 2021, chapters 4.04 [A] [1], 4.04 [A] [4].

³⁹ Закон об арбитраже 1996 года // Коммерческий арбитраж, 2019, № 2.

принципа автономности не должно быть связано правом основного договора.

Верховный суд не согласился с этим выводом, указав, что принцип автономности соглашения применяется только к оценке действительности арбитражного соглашения, но не к оценке применимого к нему права. В частности, это следует из формулировки Закона об арбитраже «для этой цели», и поэтому нет оснований трактовать арбитражное соглашение автономным для любых целей в принципе (пп. 41, 61, 233–234 Решения ВС).

Если обратиться к доктринальным источникам по данному вопросу, то можно также отметить отсутствие единообразия в понимании принципа автономности арбитражного соглашения. Так, позицию относительно принципа автономности арбитражного соглашения, схожую с мнением Верховного суда Великобритании, высказывают Иэн Глик и Нираньян Венкатесан, заостряя внимание на формулировке Закона об арбитраже 1996 года «для этой цели»⁴⁰.

По мнению ряда других авторов, если принцип автономности арбитражного соглашения рассматривает его как отдельное соглашение для целей вопроса о его недействительности, то не может быть принципиальных возражений для того, чтобы рассматривать его как отдельное соглашение и в контексте вопроса о применимом праве⁴¹. Основной акцент в рамках данного аргумента делается на особой природе арбитражного соглашения, отличной от природы основного договора, в котором содержится арбитражное соглашение⁴². Как отмечается Альбертом Яном ван ден Бергом, «основной договор касается отношений между сторонами по существу, арбитражное же соглашение посвящено процедуре разрешения спора, вытекающей из основного договора»⁴³. В советской литературе подобная точка зрения высказывалась С. Н. Лебедевым, который отмечал собственное предметное

⁴⁰ *Glick I., Venkatesan N.* Choosing the Law Governing the Arbitration Agreement // *Kaplan N., Moser M. (eds).* Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles, 2018, chapter 9.

⁴¹ *Scherer M., Jensen O.* Op. cit.; *Gaillard E., Savage J.* Op. cit., para. 425.

⁴² *Scherer M., Jensen O.* Op. cit.; *Karrer P.* Op. cit., para. 46; *Berger K. P.* Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion? // *A. Van den Berg (ed.).* International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series, vol. 13, 2007; *Born G.* Op. cit., chapter 4.04 [A] [4]; *Костин А. А.* Указ. соч.

⁴³ *Van den Berg A.* The New York Arbitration Convention of 1958, 1981, p. 293.

содержание арбитражного соглашения и необходимость применения к нему специального арбитражного законодательства⁴⁴.

Представляется, что второй подход является более верным. Хотя принцип автономности арбитражного соглашения еще не говорит о том, что право, применимое к арбитражному соглашению, должно обязательно отличаться от права основного договора, данный принцип в силу особой природы арбитражного соглашения как минимум позволяет говорить о возможности отдельного рассмотрения вопроса о применимом к нему праве. В этой связи в случае отсутствия явно выраженного выбора права, применимого к арбитражному соглашению, возникает вопрос о подразумеваемом выборе применимого права сторонами.

3.3. Предполагаемые намерения сторон о выборе права, применимого к арбитражному соглашению

Поскольку в рамках дела *Enka* отсутствовал явно выраженный выбор права, применимого к арбитражному соглашению, суды исследовали вопрос о подразумеваемом выборе права сторонами.

Апелляционный суд в этом отношении указал на то, что, по общему правилу, коммерческие стороны не предполагали бы применение разного права к разным частям договора, однако подобная общая ситуация совершенно отличается, когда стороны предусмотрели место арбитража, право которого не совпадает с правом основного договора, то есть стороны уже изначально заложили применение двух различных правовых систем к двум различным аспектам своих правоотношений — к правам и обязанностям по основному договору (*main contract law*) и процессуальным вопросам в рамках арбитражного разбирательства (*curial law*) (п. 95 Решения АС). Логика Апелляционного суда заключается в том, что право, применимое к арбитражному соглашению, гораздо более тесно связано с правом, применимым к арбитражному разбирательству, нежели с правом основного договора, и поэтому для коммерческих сторон было бы неестественным предполагать различное право для двух тесно связанных элементов их правоотношений по разрешению спора в арбитраже (п. 99 Решения АС). Как указал в завершении Апелляционный суд, «с точки зрения коммерческого смысла, нельзя ожидать от предпринимателей, что они выбирают две

⁴⁴ *Лебедев С. Н.* Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. — М.: Торгово-промышленная палата СССР. 1988. С. 84.

разные системы права для регулирования общего комплекса вопросов по арбитражу» (п. 99 Решения АС).

Верховный суд Великобритании не согласился с данными выводами и построил свою логику на следующем. В случае если основной договор содержит арбитражное соглашение, то будет естественным считать арбитражное соглашение как часть основного договора подчиненным праву основного договора (пп. 40, 43, 60 Решения ВС). Для коммерческих сторон было бы противоестественным предполагать применение разного права к разным частям договора, и принцип автономности является правовой концепцией, больше известной юристам, нежели коммерческим сторонам (п. 53 Решения ВС).

Здесь стоит также отметить двойственную позицию Верховного суда, поскольку в рамках правила по умолчанию (когда стороны не предусмотрели право, применимое к основному договору) Верховный суд указал, что арбитражное соглашение должно регулироваться правом места арбитража как правом, наиболее тесно связанным с арбитражным соглашением (пп. 118–146 Решения ВС). При этом в обоснование этого вывода Верховный суд прямо ссылается на стремление сторон обеспечить рассмотрение спора в нейтральной юрисдикции: «...разумно предположить, что стороны, которые выбрали урегулирование спора в рамках международного арбитража, стремятся разрешить все (и не только некоторые) споры посредством решения, которое является обязательным и исполнимым и которое имело бы защиту от оспаривания, в частности в национальной юрисдикции одной из сторон. По общему правилу, применение права выбранного места арбитража рассчитано на достижение этой цели» (пп. 142–143 Решения ВС). С другой стороны, когда абсолютно те же аргументы приводились компанией *Enka* в обоснование того, что даже при наличии выбранного сторонами права, применимого к договору, арбитражное соглашение должно регулироваться правом места арбитража, Верховный суд посчитал, что право основного договора должно иметь больший вес.

Как отмечалось выше, в практике судов ведущих арбитражных юрисдикций отсутствует какое-либо единообразие касательно того, распространяется ли право основного договора на содержащееся в нем арбитражное соглашение, несмотря на выбор сторонами места арбитража. В этой связи интересно также обратиться к доктрине международного арбитража, где аналогичным образом уже не одно десятилетие высказываются противоречивые точки зрения по данному вопросу.

Так, в поддержку подхода о распространении права основного договора на арбитражное соглашение выступают такие авторы, как Алэн Рэдферн и Мартин Хантер⁴⁵, Джулиан Лью⁴⁶, Ив Дерейнс⁴⁷ и Дэвид Джозеф⁴⁸. Например, последний отмечает, что «когда стороны заключают договор, который подчинен конкретному применимому праву, то исходя из здравого смысла такое соглашение [о применимом праве] распространяется на весь договор сторон, включая его отдельную оговорку, предусматривающую арбитраж»⁴⁹.

Среди авторов, которые занимают позицию о том, что право основного договора не распространяется на содержащееся в нем арбитражное соглашение, можно назвать Альберта Яна ван ден Берга⁵⁰, Гэри Борна⁵¹, Иэна Глика⁵², Эммануэля Гайара⁵³, Макси Шерер⁵⁴ и Клауса Питера Бергера⁵⁵.

Среди отечественных авторов наиболее полно эта позиция освещается в работах С. Н. Лебедева⁵⁶. В частности, он писал: «Разумеется, и в этом даже случае, коль скоро речь идет о соглашении сторон, они же сами вправе поставить его существование и применение в зависимость от тех или иных условий, в том числе — “связать его судьбу

⁴⁵ *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Redfern and Hunter on International Arbitration (6th ed.), 2015, chapter 3, para. 3.12.

⁴⁶ *Lew J.* The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause // *A. Van den Berg (ed.)*. Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series, vol. 9, 1999.

⁴⁷ *Derains Y.* The ICC Arbitral Process, Choice of Law Applicable to the Contract and International Arbitration // 6 ICC International Court of Arbitration Bulletin, № 1, 1995.

⁴⁸ *Joseph D.* Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement, Sweet & Maxwell, 2015, paras 6.29–6.36.

⁴⁹ *Joseph D.* Op. cit., para. 6.36.

⁵⁰ *Van den Berg A.* The New York Arbitration Convention of 1958, 1981, p. 293.

⁵¹ *Born G.* Op. cit., chapter 4.04 [A] [1].

⁵² *Glick I., Venkatesan N.* Op. cit.

⁵³ *Gaillard E., Savage J.* Op. cit., para. 425.

⁵⁴ *Scherer M., Jensen O.* Op. cit.

⁵⁵ *Berger K. P.* Op. cit.

⁵⁶ *Лебедев С. Н.* Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. — М.: Торгово-промышленная палата СССР. 1988. С. 84, 88–90; *Лебедев С. Н.* Международный торговый арбитраж. — М.: Международные отношения. 1965. С. 18–19.

с судьбой главного договора”; подобное условие, однако, должно быть “четким и не может презюмироваться”. Тезис о том, что в случае, когда арбитражное соглашение содержится в том же документе, что и главный договор, оно автоматически следует судьбе последнего, как раз и означает произвольное привнесение упомянутой “презюпции”, для которой в действительности нет каких-либо оснований, ибо сам по себе подобный образ действия сторон есть лишь следствие сложившейся обычной практики, обусловленной, как правило, исключительно соображениями технического удобства, а отнюдь не выражением юридически значимых намерений»⁵⁷.

Также помимо уже указанных выше аргументов касательно принципа автономности арбитражного соглашения в обоснование подхода о применении права места арбитража в доктрине приводятся следующие доводы:

1. Стороны практически никогда не задумываются о праве, применимом к арбитражному соглашению, и было бы спорным автоматически распространять оговорку о праве, применимом к основному договору, также и на арбитражное соглашение, ибо стороны это не подразумевали (то есть отсутствует подразумеваемый выбор). Более вероятно, что стороны имели в виду выбор места арбитража в качестве ключевого фактора для решения всех вопросов, связанных с арбитражным соглашением⁵⁸.

2. Причины выбора права, применимого к основному договору, и права, применимого к арбитражному соглашению, являются различными. Как правило, стороны выбирают место арбитража в нейтральной юрисдикции, и было бы более логичным считать, что стороны намеревались подчинить праву места арбитража весь механизм разрешения спора, включая вопросы действительности арбитражного соглашения и его толкования⁵⁹.

В этой связи, по нашему мнению, более правильной является позиция о том, что право основного договора не должно автоматически распространяться на содержащееся в нем арбитражное соглашение в силу особого характера и назначения арбитражного соглашения. Действительно, место арбитража в иностранной юрисдикции, как правило, выбирается с целью обеспечить разрешение спора в ней-

⁵⁷ *Лебедев С. Н.* Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. — М.: Торгово-промышленная палата СССР. 1988. С. 84.

⁵⁸ *Scherer M., Jensen O.* Op. cit.; *Berger K. P.* Op. cit.

⁵⁹ *Gaillard E., Savage J.* Op. cit., para. 425.

тральном ключе и исключить связь с национальными судами и правом сторон. В рамках российской действительности выбор места арбитража за границей также обусловлен стремлением сторон разрешить спор в более проарбитражной юрисдикции, чем Россия. В этой связи было бы странным, если бы российские стороны, намеревающиеся избежать российской юрисдикции в рамках рассмотрения спора, предполагали бы рассмотрение процессуальных вопросов в связи с арбитражным разбирательством по английскому праву, при этом вопросы заключения, толкования и действительности арбитражного соглашения регулировались бы российским правом с его зачастую дефектными подходами к оценке арбитражных соглашений (в частности, в рассматриваемом деле *Enka* встал вопрос о том, охватывает ли арбитражное соглашение деликтные требования, и российский суд посчитал, что арбитражным соглашением они не охватываются)⁶⁰.

С другой стороны, хотя право основного договора не должно автоматически распространяться на содержащееся в нем арбитражное соглашение, не исключено, что в каких-то ситуациях намерениями сторон могло и охватываться распространение права основного договора на арбитражное соглашение. Например, может быть представлен аргумент о том, что для сторон, привыкших к английскому праву и часто использующих его в своей практике, было бы в определенной степени естественно предполагать, что английское право применяется и к арбитражному соглашению. Все это говорит о сложности установления подразумеваемого выбора права, применимого к арбитражному соглашению, исходя из гипотетических намерений сторон и вынуждает поставить вопрос о целесообразности выяснения таких намерений в принципе, о чем более подробно изложено в п. 4.2 ниже.

3.4. Overlap argument: пересечения (i) между правом арбитражного соглашения и правом арбитражного разбирательства, а также (ii) между правом арбитражного соглашения и правом основного договора

Достаточно подробно Верховный суд Великобритании анализирует проблемы возможных пересечений и противоречий между различным правом (overlap argument):

⁶⁰ Решение Арбитражного суда города Москвы от 6 мая 2020 года по делу № А40-131686/19-89-822.

1. Апелляционный суд в подтверждение своего подхода привел аргументы о возможных пересечениях и противоречиях между правом арбитражного соглашения и правом, регулирующим арбитражное разбирательство (*curial law*). Поэтому, по мнению Апелляционного суда, по общему правилу, данные вопросы должны регулироваться одним правом.

2. Верховный суд, с другой стороны, в обоснование того, что основной договор и арбитражное соглашение должны регулироваться одним правом, ссылается на возможные пересечения и противоречия между правом основного договора и правом арбитражного соглашения.

Обратимся сначала к аргументам Апелляционного суда. По его логике, процессуальные нормы права, регулирующего арбитражное разбирательство (*curial law*), неизбежно затрагивают материальные права сторон арбитражного соглашения (например, в случае устного арбитражного соглашения большинство положений Закона об арбитраже 1996 года не будет подлежать применению), и вопросы, регулируемые правом арбитражного разбирательства и правом арбитражного соглашения, зачастую трудно разделить (пп. 96–97 Решения АС). Верховный суд достаточно подробно разбирает данные аргументы, делая основной акцент на том, что Закон об арбитраже 1996 года прямо допускает применение иного права, выбранного сторонами, для исключения диспозитивных норм закона, и в связи с этим наличие разных правовых систем, применяемых к арбитражному соглашению (материальным вопросам) и арбитражному разбирательству (процессуальным вопросам), не является чем-то необычным (пп. 73–94 Решения ВС). К сожалению, ни в решении Апелляционного суда, ни в решении Верховного суда не приведено каких-либо конкретных примеров возможных противоречий между правом арбитражного соглашения и правом арбитражного разбирательства.

Аргумент о возможных пересечениях и противоречиях между правом арбитражного соглашения и правом основного договора является более показательным с точки зрения примеров в тексте решения Верховного суда.

Во-первых, возникает потенциальный риск того, что арбитражное соглашение и преарбитражные процедуры (претензионный порядок, переговоры и пр.) будут регулироваться различным правом (п. 53 Решения ВС). С другой стороны, Верховный суд затем сам отвечает на этот вопрос: «...разумно ожидать, что, когда выбрана многоуровневая процедура, право, которое определяет действительность и объем арбитраж-

ного соглашения, также будет определять и действительность, и объем всего соглашения о порядке разрешения спора» (п. 168 Решения ВС).

Во-вторых, в своем особом мнении Лорд Берроуз приводит пример, когда определенные понятия, которые используются в арбитражном соглашении, могут раскрываться в основной части договора (п. 235 Решения ВС). Также он отмечает, что могут возникать коллизии между правилами толкования по праву основного договора и по праву арбитражного соглашения — например, принимаются ли во внимание преддоговорная переписка и переговоры при толковании договора (пп. 237–238 Решения ВС).

Стоит отметить, в юридической литературе в контексте права, применимого к арбитражному соглашению, возможные коллизии между правом арбитражного соглашения, правом основного договора и правом арбитражного разбирательства детально практически не анализируются. Однако отмечается в целом, что нет преобладающих интересов сторон, которые требовали бы гармонизации права, применимого к арбитражному соглашению, и права, применимого к основному договору⁶¹.

Представляется, что так называемый *overlap argument* в определенной степени убедителен с точки зрения доказывания обоих подходов, однако сам по себе он не может служить решающим доводом в пользу того или иного подхода.

3.5. Кумулятивный подход / принцип валидации

В завершении Верховный суд разрешил возможную проблему, когда арбитражное соглашение будет недействительным по праву основного договора, но является действительным по праву места арбитража (пп. 95–109 Решения ВС). Данное обстоятельство является достаточным для опровержения презумпции о том, что арбитражное соглашение регулируется правом основного договора, поскольку если стороны заключают арбитражное соглашение, то очевидно, что они предполагают его действительность (пп. 106–109 Решения ВС). Данный принцип известен в теории и практике международного арбитража как принцип валидации (*validation principle*), или кумулятивный подход, а в рамках английского права — это частная составляющая «доктрины предполагаемого договора» (*putative contract doctrine*), которая исходит из того, что если у суда есть выбор между двумя правовыми системами, одна

⁶¹ Berger K. P. Op. cit.

из которых признает действительность (существование) отношений между сторонами, а другая нет, то суд применяет законодательство той страны, которая сохраняет действительность⁶².

Однако стоит отметить, что вопрос о пределах действия принципа валидации в решении Верховного суда по делу *Enka* остался открытым, в частности, распространяется ли он на вопросы объема арбитражного соглашения (например, охватывает ли оно на деликтные требования или требования из связанных договоров), на вопросы его толкования или на вопросы распространения арбитражного соглашения на третьих лиц. Только в особом мнении Лорд Берроуз отметил, что принцип валидации должен применяться исключительно к вопросу действительности арбитражного соглашения, но не ко всем иным вопросам (пп. 198–199 Решения ВС).

Ответы на эти вопросы Верховный суд дал в последующем решении по делу *Kabab-Ji*⁶³. Истцом по данному делу аргументировалось, что к арбитражному соглашению должно применяться французское право в части возможности его распространения на лиц, его не подписавших (компанию группы ответчика), поскольку по английскому праву арбитражное соглашение не могло бы иметь такой эффект. Верховный суд отметил, что данный аргумент расширяет действие принципа валидации за его надлежащие пределы, поскольку данный принцип может отвечать только на вопрос о действительности уже заключенного соглашения, но он не относится к вопросам формирования самого соглашения (пп. 50–51 Решения ВС по делу *Kabab-Ji*).

Юридическая доктрина в целом поддерживает применение принципа валидации в качестве субсидиарного принципа определения права, применимого к арбитражному соглашению⁶⁴. Отмечается, что принцип валидации заложен в статье V (1) (a) Нью-Йоркской конвенции 1958 года, в том числе поскольку текст этой статьи позволяет суду отказать в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, но не обязывает его этого делать⁶⁵.

По нашему мнению, безусловно, применение принципа валидации в этом отношении будет отвечать интересам сторон иметь действи-

⁶² См.: *Ходыкин Р. М.* Принципы и факторы формирования содержания коллизионных норм в международном частном праве: дис. ... канд. юридических наук. — М., 2005. С. 217–218.

⁶³ *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group* [2021], UKSC 48.

⁶⁴ *Glick I., Venkatesan N.* Op. cit.

⁶⁵ *Born G.* Op. cit., chapter 4.04 [A] [4].

тельное арбитражное соглашение и следует согласиться с выводами Верховного суда Великобритании, а также представителей юридической доктрины по данному вопросу.

4. Пути для гармонизации подходов к определению права, применимого к арбитражному соглашению

Очевидно, что ситуация, когда ведущие арбитражные юрисдикции занимают диаметрально противоположные позиции касательно права, применимого к арбитражному соглашению, не может быть признана удовлетворительной и не способствует привлекательности международного арбитража как способа разрешения споров. Это будет неизбежно приводить к конфликтам судебных решений между различными юрисдикциями, что, как отмечалось выше, наиболее ярко проявилось в рамках недавнего дела *Kabab-Ji*.

В этой связи некоторые авторы выдвинули предложения по гармонизации подходов к определению права, применимого к арбитражному соглашению.

4.1. Развитие принципа валидации

Ряд авторов считают, что наиболее предпочтительным вариантом разрешения возможных коллизий между подходами к определению права, применимого к арбитражному соглашению, будет применение принципа валидации аналогично подходу Швейцарии, Испании, Португалии и Нидерландов. Такое мнение с учетом решения по делу *Enka* недавно высказали Йоханнес Копп и Дэвид Тернер, предложив закрепить принцип валидации на законодательном уровне в Великобритании⁶⁶. Подобную позицию занимает также Гэри Борн⁶⁷, встречается она и в российской юридической литературе⁶⁸.

⁶⁶ *Koopp J., Turner D.* A Massive Fire and a Mass of Confusion: *Enka v. Chubb* and the Need for a Fresh Approach to the Choice of Law Governing the Arbitration Agreement // *Journal of International Arbitration*, vol. 38, issue 3, 2021.

⁶⁷ *Born G.* Op. cit., chapter 4.04 [A] [4].

⁶⁸ *Коломиец А. И.* Право, применимое к арбитражному соглашению: принцип валидности и основные подходы // *Право и экономика*. 2018. № 5; *Романова П. Г.* Проблемы определения права, применимого к арбитражной оговорке // *Вопросы российского и международного права*. 2019. Том 9. № 4А. С. 86–94.

В то же время, как отмечалось выше, принцип валидации даже в тех юрисдикциях, где он законодательно закреплен, не является универсальным и касается только вопроса действительности арбитражного соглашения. Йоханнес Копп и Дэвид Тернер тем не менее предлагают пойти дальше и применять принцип валидации не только к вопросу действительности арбитражного соглашения, но и ко всем остальным аспектам права, применимого к арбитражному соглашению. Так, в отношении объема арбитражного соглашения авторы отмечают, что будет достаточно, чтобы требование истца охватывалось арбитражным соглашением исходя из хотя бы одной из возможных альтернатив — или по праву, выбранному сторонами, или по праву основного договора, или по праву места арбитража⁶⁹.

Применение принципа валидации как самостоятельного способа определения права, применимого к арбитражному соглашению, подобным образом неоднократно подвергалось критике в доктрине⁷⁰. Если разрешение вопроса о действительности арбитражного соглашения, является очевидным, то, например, вопросы о том, какой объем арбитражного соглашения стороны имели в виду или будет ли оно распространяться на определенных третьих лиц, не подписавших арбитражное соглашение, такой очевидностью не обладают. Макси Шерер и Оле Енсен также считают неочевидным, какое право будет применимым в случае заявления стороной требования о взыскании убытков за нарушение арбитражного соглашения — право, предусматривающее максимальную или минимальную ответственность⁷¹.

Подобная критика является вполне обоснованной, и следует признать, что вопросы, касающиеся арбитражного соглашения, должны регулироваться одним правом. Применение указанного выше подхода может привести к тому, что одни вопросы, касающиеся арбитражного соглашения (например, его действительности), регулируются одним правом, а иные вопросы (например, о его распространении на третьих лиц, его не подписавших) — другим правом. Подобная ситуация, очевидно, не способствует правовой определенности, а также гармонизации подходов в различных юрисдикциях.

⁶⁹ *Koopp J., Turner D. Op. cit.*

⁷⁰ *Scherer M., Jensen O. Op. cit.; Glick I., Venkatesan N. Op. cit.; Chan D., Teo J. Y. Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Agreement: The Artificiality of Inferring Intention When There Is None // Journal of International Arbitration, 37, № 5, 2020, p. 635–648.*

⁷¹ *Scherer M., Jensen O. Op. cit.*

4.2. Отказ от установления подразумеваемого выбора права, применимого к арбитражному соглашению

По мнению ряда других специалистов, учитывая сложность выявления действительных намерений сторон в рамках установления подразумеваемого выбора права, применимого к арбитражному соглашению, является предпочтительным отказаться от такого установления в принципе, если только не имеются явные признаки, свидетельствующие в пользу выбора права определенного государства⁷². По мнению Макси Шерер и Оле Енсена, в такой ситуации в случае отсутствия явно выраженного выбора права, применимого к арбитражному соглашению, в соответствии со статьей V (1) (a) Нью-Йоркской конвенции оно должно регулироваться правом места арбитража, а применительно к юрисдикциям, которые опираются на коллизионные принципы общего права, — правом, определяемым на основании принципа наиболее тесной связи, которым, по мнению авторов, также должно быть право места арбитража⁷³.

Такого же подхода придерживаются Дариус Хан и Тео Джим Янг, которые отмечают, что «наиболее предпочтительным вариантом, который действительно уважает автономию воли сторон, будет отказ от использования презумпций и воздержание от самовольного установления коммерческих соображений, которые стороны могли иметь для обоснования этих презумпций»⁷⁴. Соответственно, по мнению авторов, в отсутствие достаточных доказательств, которые бы позволяли определить четкие намерения сторон установить конкретное право, применимое к арбитражному соглашению, суды должны на основании статьи V (1) (a) Нью-Йоркской конвенции применять к арбитражному соглашению право места арбитража⁷⁵.

Стоит отметить, что похожие взгляды о гармонизации различных подходов ранее высказывал Клаус Питер Бергер, который настаивал на том, что в отсутствие специальных указаний, которые могли бы свидетельствовать о подразумеваемом выборе права, применимом к арбитражному соглашению, необходимо применять к арбитражному

⁷² Scherer M., Jensen O. Op. cit.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Chan D., Teo J. Y. Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Agreement: The Artificiality of Inferring Intention When There Is None // Journal of International Arbitration, 37, № 5, 2020.

⁷⁵ Ibid.

соглашению право места арбитража в соответствии с положениями Нью-Йоркской конвенции⁷⁶.

Аргументы в пользу данного подхода можно также найти в Регламенте № 593/2008 Европейского парламента и Совета Европейского союза «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» (Рим I) и Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам 1994 года (Межамериканская конвенция). Так, п. 1 ст. 3 Регламента Рим I предусматривает: «Договор регулируется правом, выбранным сторонами. Выбор должен быть прямо выражен или *с разумной степенью определенности вытекать из положений договора либо из обстоятельств дела*» (выделено нами – М. К.). В ст. 7 Межамериканской конвенции указано: «Контракт должен регулироваться правом, выбранным сторонами. Соглашение сторон о выборе права должно быть прямо выражено, или, при отсутствии прямо выраженного согласия, выбор права должен *явно следовать из поведения сторон и условий контракта, рассматриваемых как единое целое*» (выделено нами – М. К.).

По нашему мнению, вышеуказанный подход заслуживает поддержки и действительно может служить способом для гармонизации различных подходов к определению права, применимого к арбитражному соглашению. Как отмечалось в п. 3.3 выше, определение подразумеваемого выбора права, применимого к арбитражному соглашению, исходя из намерений сторон сталкивается с существенными практическими затруднениями. В большинстве дел суды выявляют не действительные намерения сторон в отношении порядка разрешения споров (которые могут отсутствовать в принципе, а если и имеются – то могут быть самыми разными), а гипотетические намерения, которые, по мнению судов, были бы характерны для сторон. Это неизбежно приводит и будет приводить к разному пониманию подобных гипотетических намерений судами разных юрисдикций. Как указывает Р. М. Ходыкин, «поиск намерения сторон там, где его нет, может привести к применению права иного, чем наиболее тесно связанного с договором, и потому дезавуировать саму концепцию [наиболее тесной связи]»⁷⁷. В этом отношении неслучайно, что наблюдается даже некая общая тенденция (которая, однако, соблюдается не всегда) о том, что в более проарбитражных юрисдикциях суды следуют праву основного договора

⁷⁶ Berger K. P. Op. cit.

⁷⁷ Ходыкин Р. М. Принципы и факторы формирования содержания коллизионных норм в международном частном праве: дис. ... канд. юридических наук. – М., 2005. С. 139.

(например, Великобритания, США, Австрия, Германия, Сингапур), а в менее проарбитражных юрисдикциях, где место арбитража за рубежом часто предусматривается исходя из стремления сторон разрешить спор в более проарбитражной юрисдикции (например, Россия, Казахстан, Украина, страны Восточной Европы), — праву места арбитража.

Разрешить подобные противоречия на практике можно было бы, если бы суды отказались от выявления подразумеваемого выбора права, применимого к арбитражному соглашению, в отсутствие достаточных доказательств, которые бы позволяли определить явные и недвусмысленные намерения сторон выбрать конкретное применимое право⁷⁸. Это привело бы к унификации подходов различных юрисдикций, поскольку в таком случае в отсутствие явно выраженного выбора права, применимого к арбитражному соглашению, правилом по умолчанию будет применение права места арбитража, что является практически общепризнанным и следует из статьи V (1) (a) Нью-Йоркской конвенции.

Стоит также добавить, что в практическом плане для целей исключения возможных юрисдикционных коллизий сторонам целесообразно указывать в арбитражном соглашении применимое к нему право, а арбитражным институтам — предусмотреть указание на право, применимое к арбитражному соглашению, в типовых арбитражных оговорках.

В то же время применение данного подхода вызывает два дополнительных вопроса: (1) как определять право, применимое к арбитражному соглашению, если арбитражное соглашение не содержит указание на место арбитража, (2) как поступать в ситуации, когда применение права места арбитража будет приводить к недействительности арбитражного соглашения?

Применительно к первому вопросу в юридической литературе не вызывает сомнения, что в такой ситуации арбитражное соглашение должно регулироваться правом основного договора, поскольку это второе очевидное право, с которым арбитражное соглашение может быть наиболее тесно связано⁷⁹. В то же время возникает вопрос, будет ли влиять на право, применимое к арбитражному соглашению, последующее определение места арбитража (либо по соглашению сто-

⁷⁸ Например, о таких намерениях в австрийской практике могут свидетельствовать оговорки «стороны соглашаются на арбитраж в смысле параграфа 577 Австрийского кодекса гражданского судопроизводства», см.: *Czernich D. Chapter I: The Arbitration Agreement and Arbitrability, The Law Applicable to the Arbitration Agreement // C. Klausegger, P. Klein (eds). Austrian Yearbook on International Arbitration, 2015.*

⁷⁹ *Scherer M., Jensen O. Op. cit.; Berger K. P. Op. cit.*

рон, либо арбитражным институтом или арбитражным трибуналом). Некоторые авторы считают, что в этот момент право, применимое к арбитражному соглашению, должно изменяться, и, хотя это и не соответствует принципу правовой определенности, подобное изменение является оправданным, и в этом нет ничего необычного⁸⁰. Вряд ли можно согласиться, что это не является необычным, однако следует признать, что применение права места арбитража в данной ситуации было бы более последовательным и правильным с точки зрения Нью-Йоркской конвенции.

Касательно второго вопроса, как отмечалось в разделе 3.5 выше, при определении права, применимого к арбитражному соглашению, субсидиарно должен применяться принцип валидации, и, соответственно, если по праву места арбитража арбитражное соглашение будет недействительно, тогда возможно применение права основного договора, если оно позволит сохранить действительность арбитражного соглашения.

5. Заключение

Таким образом, по итогам проведенного исследования можно прийти к следующим выводам.

1. В настоящее время в практике судов различных стран отсутствует единообразие в определении права, применимого к арбитражному соглашению, в ситуации, когда стороны определили право, применимое к основному договору, а также место арбитража, но не указали в договоре право, применимое к арбитражному соглашению. Подходы судов в этом отношении преимущественно разделяются между применением права основного договора и права места арбитража. Недавнее решение Верховного суда Великобритании по делу *Enka*, а также противоречия между английскими и французскими судами по делу *Kabab-Ji* еще более актуализировали данную проблему и создали почву для дальнейшего усугубления и без того непростой ситуации.

2. Для унификации подходов различных юрисдикций на практике следует согласиться с предложением ряда исследователей об отказе от установления подразумеваемого выбора права, применимого к арбитражному соглашению, в отсутствие достаточных доказательств, которые бы позволяли определить четкие намерения сторон выбрать конкретное применимое право. В таком случае в отсутствие явно вы-

⁸⁰ Berger K. P. Op. cit.

раженного выбора права, применимого к арбитражному соглашению, правилом по умолчанию будет применение права места арбитража, что является практически общепризнанным и следует из статьи V (1) (a) Нью-Йоркской конвенции. В практическом плане для целей исключения возможных юрисдикционных коллизий сторонам целесообразно указывать в арбитражном соглашении применимое к нему право, а арбитражным институтам — предусмотреть указание на право, применимое к арбитражному соглашению, в типовых арбитражных оговорках.

ПОНЯТИЕ «ИНВЕСТИЦИЯ» В ЭПОХУ ЦИФРОВОЙ ЭКОНОМИКИ

Д.А. Пенцов,
кандидат юридических наук,
партнер юридической фирмы *MLL Meyerlustenberger
Lachenal Froriep SA* (Женева)

Аннотация:

Новые способы ведения международного бизнеса, появившиеся в процессе цифровой трансформации экономической и социальной жизни, не остались незамеченными со стороны ряда государств, использующих для их регулирования налоговые и административные методы. Одним из возможных способов защиты интересов операторов цифровых бизнес-моделей от подобного регулирования может стать предъявление требований к этим государствам на основании двусторонних и многосторонних соглашений о поощрении и защите инвестиций. К числу обязательных условий для предъявления таких требований относится наличие у иностранного инвестора инвестиции на территории принимающего государства (host State). В статье описываются четыре типичные бизнес-модели цифровой экономики: 1) цифровой торговый посредник (digital reseller); 2) оператор цифровой торговой площадки (digital marketplace operator); 3) оператор поисковой системы (search engine operator) и 4) оператор социальной сети (social network operator) — и анализируется возможность признания их активов инвестициями для целей инвестиционных соглашений. В ней также отмечаются недостатки существующего понятия «инвестиция» для эффективной защиты цифровых активов и делается прогноз о возможном направлении развития существующей арбитражной практики для устранения этих недостатков.

Ключевые слова: *международный инвестиционный арбитраж; понятие «инвестиция»; территориальная связь с принимающим государством; Интернет; цифровые бизнес-модели; клиентура; договорное совместное предприятие; информация.*

THE CONCEPT OF INVESTMENT IN THE ERA OF DIGITAL ECONOMY

DMITRY A. PENTSOV,

Candidate of Legal Sciences,

Partner at *MLL Meyerlustenberger Lachenal Froriep SA* (Geneva)

Abstract:

New methods of doing international business, which have appeared in the process of digital transformation of economic and social life, have not gone unnoticed by a number of States that used tax and administrative methods to regulate them. One possible way to protect the interests of operators of digital business models from such regulation could be bringing claims against these States on the basis of bilateral and multilateral agreements for the promotion and protection of investments. Among the mandatory conditions for the presentation of such claims is the presence in the territory of a host State of protected investments within the meaning of an applicable treaty. The article describes four typical business models of the digital economy: 1) digital reseller; 2) digital marketplace operator; 3) search engine operator; and (4) social network operator and the possibility of recognizing their assets as investments for the purposes of investment treaties. It also identifies the shortcomings of the existing concept of investment formed before the advent of the era of the digital economy for the effective protection of digital assets, and makes a forecast about the possible directions of development of existing arbitration practice to eliminate these shortcomings.

Key words: *international investment arbitration; concept of investment; territorial connection with the host State; Internet; digital business models; clientele; contractual joint venture; information.*



І. Введение

Значительные достижения в области информационно-коммуникационных технологий за последние несколько десятилетий и их внедрение в самых различных сферах экономической и социальной жизни привели к фундаментальной трансформации способов ведения предпринимательской деятельности и возникновению ее новых форм, часто описываемых в совокупности понятием «цифровая экономика»¹. Одним из видимых результатов процесса цифровой трансформации стало появление новых способов ведения международного бизнеса, в частности цифровых платформ и социальных сетей, обеспечивающих взаимодействие между различными группами пользователей, без необходимости создания физического присутствия в стране, в которой операторы платформ осуществляют свою коммерческую деятельность. Эти новые способы ведения бизнеса не остались незамеченными со стороны ряда государств, которые для ее регулирования приступили к использованию как налоговых методов (так называемые «цифровые налоги» на деятельность интернет-компаний, введенные, например, в Италии², Соединенном Королевстве³ и Франции⁴), так и административных методов (например, ограничения и штрафы, применяемые в различных странах к Uber, Airbnb, Facebook, YouTube и аналогичным компаниям)⁵.

¹ См., например: OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Action 1, 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2015. P. 52–54, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>; United Nations Conferences on Trade and Development (UNCTAD), *Digital Economy Report 2019. Value Creation and Capture: Implications for Developing Countries*, 2019. P. 25, https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_en.pdf

² Legge 27 novembre 2019, no. 169, sec. 678 (It.), G. U. n. 304 del 30-12-2019. Suppl. Ordinario n. 45, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/12/30/19G00165/sg>

³ Finance Bill 142 2019–21, Part 2 (Digital Services Tax), UK, <https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-01/0142/20142.pdf>

⁴ Loi n 2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d’une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l’impôt sur les sociétés, Journal officiel de la République Française no. 0171 du 25 juillet 2019, texte 1, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038811588/>

⁵ См., например: *Ginsburg R. Investor-State Dispute Settlement in the Digital Economy: The Case for Structured Proportionality* // *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2019, Vol. 39, No. 2, p. 171, 180–185, <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol39/iss2/2/>

Можно предположить, что одним из возможных способов защиты интересов операторов цифровых платформ станет предъявление требований к государствам на основании двусторонних и многосторонних соглашений о поощрении и защите инвестиций («инвестиционные соглашения»). К числу обязательных условий для предъявления таких требований относится наличие у иностранного инвестора инвестиции на территории принимающего государства (*host State*)⁶. Поскольку существующее понятие «инвестиция» сформировалось в судебной и арбитражной практике еще до наступления эпохи цифровой экономики⁷, возникает закономерный вопрос, насколько оно отвечает изменившимся способам ведения предпринимательской деятельности и позволяет эффективно защитить права иностранных инвесторов в современных условиях. Соответственно, целью предлагаемой статьи является анализ возможности признания активов цифровых бизнес-моделей инвестициями для целей инвестиционных соглашений.

Помимо введения, статья состоит из четырех частей и заключения. В первой части кратко представляются существующие подходы к определению понятия «инвестиция», сформировавшиеся в «доцифровую» эпоху, а также подходы к установлению территориальной связи между инвестицией и принимающим государством. Во второй части описываются четыре типичные бизнес-модели цифровой экономики: 1) цифровой торговый посредник (*digital reseller*); 2) оператор цифровой торговой площадки (*digital marketplace operator*); 3) оператор поисковой системы (*search engine operator*) и 4) оператор социальной сети (*social network operator*). В третьей части анализируются возможности признания нематериальных активов цифровых бизнес-моделей в качестве инвестиций в свете существующих определений этого понятия и арбитражной практики. В четвертой части отмечаются недостатки понятия «инвестиция» для эффективной защиты цифровых активов и делается прогноз о возможном направлении развития существующей арбитражной практики для устранения этих недостатков. В заключении анализируется роль понятия «инвестиция» в регулировании цифровой экономики и Интернета в целом.

⁶ *Bischoff J. A., Happ R.* The Notion of Investment // *International Investment Law* (Bun-
genberg M. et al., ed.), C. H. BECK, Hart, Nomos, 2015. P. 497.

⁷ *Sornarajah M.* The International Law on Foreign Investment. Cambridge University Press,
4th ed., 2017. P. 14–15.

II. Защищаемые инвестиции в доцифровую эпоху

А. Понятие и признаки инвестиции

Несмотря на то, что содержание понятия «инвестиция» на протяжении последних десятилетий неоднократно становилось предметом самостоятельного рассмотрения как в решениях многочисленных составов арбитража⁸, так и в юридической литературе⁹, до настоящего времени данный вопрос так и не получил удовлетворительного разрешения. Отсутствие четкого определения понятия «инвестиция» в инвестиционных соглашениях в сочетании с отсутствием обязательной силы арбитражных решений привело к большому разнообразию мнений, высказанных по данному вопросу арбитражными судами в последние годы¹⁰.

⁸ См., например: *Fedax N. V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Objections to Jurisdiction, para. 43 (July 11, 1997), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf; *Salini Construction S.p.A & Italtrade S.p.A v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, para. 52 (Jul. 23, 2001), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>; *Mr. Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No. AR/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award, para. 31 (Nov. 1, 2006), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf>; *Biwater Gauf (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (July 24, 2008), para. 312, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. and Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction (July 2, 2013), paras 193–210, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1531.pdf>

⁹ См., например: *Gaillard E. Identify of Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSIID Practice // International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer (Binder CH et al., ed.), Oxford University Press, 2009. P. 403; Mortenson J. D. The Meaning of «Investment»: ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law // Harvard International Law Journal, 2010, vol. 51, No. 1, p. 257, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911364; *Dolzer R., Schreuer C. Principles of International Investment Law. Oxford University Press, 3rd ed., 2022. P. 82; Castro de Figueirido R. The Investment Requirement of the ICSID Convention and the Role of Investment Treaties, American Review of International Arbitration, 2015, Vol. 26, No. 3, p. 453, <https://www.mayerbrown.com/-/media/files/news/2015/12/the-investment-requirement-of-the-icsid-convention/files/figuerido/fileattachment/figuerido.pdf>; *Gaillard E., Banifatemi Y. Chapter 8, The Long March towards a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment // Building International Investment Law. The First 50 Years of ICSID. Kinnear M. et al., ed., Wolters Kluwer, 2016. P. 97, 112–116; Ануров В. Н. Международный инвестиционный арбитраж: вопросы компетенции. Москва: Проспект, 2021. С. 101–110.***

¹⁰ Так, ряд составов арбитров заняли позицию, согласно которой понятие «инвестиции» в статье 25 Вашингтонской конвенции имеет «объективное» значение

Дополнительным фактором, способствовавшим этому разнообразию мнений, была (и остается) продолжающаяся дискуссия о значении понятия «инвестиции» в статье 25 Вашингтонской конвенции 1965 года о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами (Конвенция МЦУИС, или Вашингтонская конвенция)¹¹. Хотя наличие правовых споров, возникающих непосредственно из отношений, связанных с инвестициями, является одним из обязательных условий компетенции Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС)¹², сама Конвенция не дает определения этому термину¹³. Отсутствие такого определения

и воплощает в себе определенные общие характеристики, все из которых должны в обязательном порядке присутствовать. См., например: *Petrobart Limited v. the Kyrgyz Republic*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Arbitral Award in arbitration No. 126/2003 (March 29, 2005), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0628.pdf>; *Romak S. A. v. the Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, Award (Nov. 26, 2009), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0716.pdf>. Некоторые другие составы использовали значительно отличающийся подход, подчеркивая, что различные характеристики инвестиции, названные в решении по делу *Salini v. Kingdom of Morocco* (так называемый «тест Салини»), в самой Вашингтонской конвенции не фигурируют. Соответственно, эти характеристики можно рассматривать как типичные черты инвестиций в рамках этой Конвенции, а не как набор обязательных правовых требований. Как таковые, они могут способствовать выявлению или исключению наличия инвестиций, но они не могут отменить широкую и гибкую концепцию инвестиций в Вашингтонской конвенции в той мере, в какой она не ограничена соответствующим инвестиционным соглашением. См., например: *Biwater Gauf (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, para. 312; *Abaclat and Others (Case formerly known as Giovanna Beccara and Others) v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision of Jurisdiction and Admissibility, para. 364 (Aug. 4, 2011), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0236.pdf>; *Philipp Morris Brand Sàrl, Philipp Morris Products S. A. & Abal Hermanos S. A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, para. 206 (July 2, 2013).

¹¹ Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other states, dated March 18, 1965, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>

¹² Конвенция МЦУИС, ст. 25 (1).

¹³ ICSID: Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States // History of the ICSID Convention. Vol. II-2, 1968. P. 1078, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-2.pdf>; *Biwater Gauf (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, para. 312 (Jul. 24, 2008), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>

не было восполнено составами арбитража, которые использовали при решении данного вопроса существенно различающиеся подходы¹⁴.

Соответственно, перед тем как заявлять о возможности признания своих активов в качестве защищенных инвестиций на основании применимого инвестиционного соглашения, оператору цифровой бизнес-модели сначала потребуется установить точное значение этого понятия в данном соглашении. Хотя существующие определения понятия «инвестиция» в инвестиционных соглашениях сами по себе не позволяют провести четкое различие между инвестициями и не-инвестициями, до тех пор, пока эти соглашения не будут изменены или прекращены, они остаются обязательными для их Договаривающихся сторон в соответствии с устоявшимся принципом *pacta sunt servanda*¹⁵. Из этого следует, что любое установление значения этого термина в определенном инвестиционном соглашении должно начинаться с анализа формулировки его определения, в частности состава его неисключительного перечня активов.

Несмотря на возможные различия между этими перечнями в ряде соглашений Европейских стран и США, такой анализ показывает, что под инвестициями эти соглашения понимают активы всех видов, как в материальной, так и в нематериальной форме. В то же время прямое упоминание в последних по времени соглашениях США любого актива, «обладающего характеристиками инвестиций»¹⁶, в сочетании с подготовительной работой по более ранним соглашениям США¹⁷, а также

¹⁴ *Salini Construction S.p.A & Italttrade S.p.A v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, para. 52 (Jul. 23, 2001), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>; *Mr. Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No. AR/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award, para. 31 (Nov. 1, 2006), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf>

¹⁵ Согласно ст. 26 (PACTA SUNT SERVANDA) Венской конвенции о праве международных договоров, каждый действующий договор обязателен для его участников и должен ими добросовестно выполняться. См.: Венская конвенция о праве международных договоров, принята 23 мая 1969 года, https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml

¹⁶ ДИС США – Руанда, ст. 1; ДИС США – Уругвай, ст. 1.

¹⁷ Letter of Submittal to the Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Lithuania for the encouragement and Reciprocal Protection of Investment, with Annex and Protocol, signed at Washington on Jan. 14, 1998, at VII (Aug. 9, 2000), S. Treaty Doc. 106-42, <https://www.congress.gov/106/cdoc/tdoc42/CDOC-106tdoc42.pdf>; Letter of Submittal to the Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Azerbaijan Concerning

различными арбитражными решениями, касающимися европейских соглашений¹⁸, показывают, что определение инвестиции не предназначалось для включения чисто коммерческих сделок¹⁹. Таким образом, следующим этапом анализа является проведение различия между теми активами, которые являются инвестициями, и теми активами, которые не могут быть признаны в этом качестве.

В тех случаях, когда в инвестиционном соглашении (например, в недавних двусторонних инвестиционных соглашениях США или некоторых других стран, заключенных в последние годы²⁰) прямо определяются три характеристики инвестиций, а именно вложение капитала или других ресурсов, ожидание выгоды или прибыли или принятие на себя риска, это различие должно проводиться на их основе. Первая из этих характеристик будет охватывать любое вложение ресурсов, которые имеют экономическую ценность, будь то в форме финансовых обязательств, услуг, технологий, патентов или технической помощи. В то же время использование термина «вложение» приводит к выводу о том, что между моментом, когда такое предоставление ресурсов имеет место, и моментом получения отдачи должен существовать определенный период времени. Существование этого обязательного временного

the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, with Annex, signed at Washington on Aug. 1, 1997, together with an amendment to the Treaty set forth in an exchange of diplomatic notes dated Aug. 8, 2000 and Aug. 25, 2000, at VII (Sep. 8, 2000), S. Treaty Doc. 106-47, <https://www.congress.gov/106/cdoc/tdoc47/CDOC-106tdoc47.pdf>

¹⁸ *Fedax N. V. v. the Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Objections to Jurisdiction, para. 42; *Joy Mining Machinery Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, para. 58.

¹⁹ Например, согласно письму о представлении двустороннего инвестиционного соглашения между США и Грузией, инвестиции, как они определены в настоящем соглашении, как правило, исключают требования, возникающие только лишь в результате торговых операций, таких как продажа товаров через границу, которая иным образом не связана с инвестициями. См.: Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Georgia Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, with Annex, signed at Washington on March 7, 1994 at VII (July 10, 1995), S. Treaty Doc. 104-13, <https://www.congress.gov/104/cdoc/tdoc13/CDOC-104tdoc13.pdf>

²⁰ См., например: Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment between the Government of the Republic of Austria and the Government of the Republic of Kazakhstan, dated Jan. 12, 2010, art. 1 (2), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3143/download>; Agreement between the Swiss Confederation and the Arab Republic of Egypt on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, dated Jun. 7, 2010, art. 1 (1), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1113/download>

интервала идет в русле экономической концепции инвестирования, основанной на идее отказа от текущего потребления в обмен на возможное увеличение будущего потребления²¹. Из этого следует, что признание того или иного вложения в качестве инвестиции зависит от наличия такого периода, но не от его продолжительности. Хотя он может быть короче или длиннее, вопреки заключениям некоторых арбитражных решений²², срок в 2–5 лет не должен влиять на квалификацию вложения как «инвестиции», а только на его квалификацию в качестве краткосрочного или среднесрочного вложения.

Вторая характеристика инвестиций охватывает не фактическое получение прибыли, а только ее ожидание прибыли. Действительно, несмотря на все усилия иностранного инвестора, реализация того или иного проекта все же может обернуться убытками по целому ряду внешних причин, которые могут быть совершенно не связаны с данным конкретным проектом и не иметь ничего общего с характером вложения²³. Из этого следует, что отсутствие таких ожиданий, особенно в случае вложений, осуществленных в рамках благотворительной деятельности, может препятствовать их признанию в качестве инвестиции.

Поскольку коммерческие сделки также сопряжены с определенными рисками, любое значимое использование третьей характеристики инвестиций требует отграничения связанного с ней элемента риска от коммерческих рисков. Такое различие может быть проведено на основе характера этих двух рисков. В отличие от обычных коммерческих рисков неисполнения контрагентом договорных обязательств, риск, ассоциируемый с инвестицией, возникает в ситуации, когда инвестор не может быть уверен в возврате своих инвестиций и может не знать сумму, которую он в конечном итоге получит, даже если все соответ-

²¹ *Samuelson P. A., Nordhaus W. D. Economics.* 15th ed., 1995. P. 408; *Sharpe W. F., Alexander G. J. Investments.* 4th ed., 1990. P. 1.

²² *Salini Construction S.p.A & Italtrade S.p.A v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, para. 54; *Consortium R.F.C.C v. The Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6, Decision on Jurisdiction, para. 62; *Jan de Nul N. V. & Dredging International N. V. v. The Arab Republic of Egypt*, ICSIS Case No. ARB/14/13, Decision on Jurisdiction, paras 93–95; *Malaysian Historical Salvors SDN BHD v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment, para. 65.

²³ Например, открытие природных ресурсов или эволюция цены на нефтяном рынке. См., например: *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/2, Award, para. 305 (Oct. 31, 2012), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1272.pdf>

ствующие контрагенты должным образом исполняют свои договорные обязательства²⁴.

Хотя некоторые составы арбитража выделяли дополнительные характеристики инвестиций, такие как вклад в развитие принимающего государства²⁵ и регулярность получения прибыли и дохода²⁶, они не могут быть включены в число критериев для проведения такого различия. Хотя экономическое развитие принимающего государства, безусловно, может рассматриваться в качестве одной из провозглашенных целей инвестиционных соглашений²⁷ и Вашингтонской конвенции²⁸, выгоду от конкретных инвестиций для этого государства следует рассматривать лишь как их желательный результат, а не как их существенную характеристику²⁹. Аналогичным образом, поскольку по самой своей сути инвестиции сопряжены с риском убытка, отсутствие фактической прибыли не должно влиять на характер вклада как инвестиции³⁰.

Помимо этого, когда определенное инвестиционное соглашение (например, Европейские соглашения или более ранние соглашения США) прямо не называет каких-либо характеристик инвестиций,

²⁴ *Romak S. A. v. Republic of Uzbekistan*, paras 229–230; *Gaillard E.* Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Chronique des sentences arbitrales. // Journal du droit international, 1999, Vol. 126, No. 1, p. 273, 292.

²⁵ *Consortium R. F. C. v. The Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6, Decision on Jurisdiction, para. 65.

²⁶ *Joy Mining Machinery v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, para. 53; *Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision of the Tribunal on Objection to Jurisdiction, para. 77.

²⁷ Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Republic of Kazakhstan and the Kingdom of the Netherlands, dated Nov. 27, 2002, Preamble, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1784/download>

²⁸ Конвенция МЦУИС. Преамбула; *Bischoff J. A., Richard Happ R.* The Notion of Investment. // International Investment Law: A Handbook. Marc Bungenberg et al., eds, C.H. BECK, Hart, Nomos, 2015. P. 513.

²⁹ *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICISD Case No. ARB/98/2, Award, para. 232 (May 8, 2008), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0638.pdf>; *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, para. 111 (Jul. 14, 2010), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0314.pdf>

³⁰ *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/09/2, Award, para. 305; *Electrabel S. A. v. the Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, para. 5.43 (Nov. 30, 2012), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf>

иностранный инвестор не может просто «заимствовать» три его характеристики из последних соглашений США. Если бы участники определенного соглашения намеревались полагаться на них, они могли бы легко включить их в определение инвестиций в этом соглашении. Вместо этого инвестор может утверждать, что в соответствии с Венской конвенцией о праве международных договоров слово «инвестиции» должно толковаться в соответствии с его обычным значением³¹. Такое значение может быть установлено на основании наиболее частого использования характеристик понятия «инвестиция» в арбитражной практике³². Хотя некоторые составы арбитража использовали четыре или пять таких характеристик, эти «расширенные» перечни неизбежно включают три характеристики теста *Салини*, а именно вклад, определенную продолжительность и участие в риске операции³³. Из этого следует, что любые другие характеристики, выходящие за рамки этих трех, не могут рассматриваться как наиболее часто используемые, что ставит их за рамки обычного значения понятия «инвестиции».

Иностранный инвестор может далее утверждать, что с точки зрения логической связи между целым и его составными частями во всех иллюстративных категориях активов должны обязательно присутствовать все три характеристики теста *Салини*. Хотя определения термина «инвестиции» в этих соглашениях могут содержать ссылку на «любой вид активов», в соответствии с правилами толкования терминов в их контексте³⁴, они не будут охватывать активы, которые не обладают этими характеристиками. Напротив, поскольку перечень активов по своему характеру не является исчерпывающим, непопадание определенного актива под какую-либо из его категорий само по себе не препятствует его квалификации в качестве инвестиции при условии, что он обладает этими тремя характеристиками.

Наконец, несмотря на очевидные различия между формулировками критериев теста *Салини* и трех характеристик инвестиций в недавних соглашениях США, сравнение этих формулировок показывает, что совокупный эффект каждого из двух наборов этих характеристик

³¹ Венская конвенция о праве международных договоров, ст. 31 (1).

³² *Lee T. R., Mouritsen S. C. Judging Ordinary Meaning // Yale Law Journal, 2018, Vol. 127, No. 4, p. 788, 824, https://www.yalelawjournal.org/pdf/LeeMouritsenFinal_djxjufwi.pdf*

³³ *Salini Construction S.p.A & Italttrade S.p.A v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, para. 52; *Grazzini T. Interpretation of International Investment Treaties*. Hart Publishing, 2016. P. 120.

³⁴ Венская конвенция о праве международных договоров, ст. 31 (1).

в большинстве случаев должен приводить к одному и тому же общему результату. Действительно, элементы «вклада» и «продолжительности» теста *Салини* должны охватываться характеристикой «вклада», характерной для американского определения. В свою очередь, элемент «участие в риске» теста практически идентичен характеристике «принятие риска». При этом, в отличие от американского определения, «ожидание прибыли» не охватывается тремя элементами теста *Салини*. Хотя подобное ожидание может рассматриваться как обычная движущая сила, стоящая за любым вложением капитала, эта традиционная ассоциация не должна препятствовать существованию инвестиций в чисто альтруистических целях. В этом случае применение критериев *Салини*, не указывающих на обязательность этого элемента, потенциально может быть более выгодным для защиты инвестиций благотворительных проектов, чем применение определений в недавних инвестиционных соглашениях США, прямо ссылающихся на эту характеристику.

В. Требование о наличии территориальной связи с принимающим государством

Хотя многие двусторонние инвестиционные соглашения прямо включают в свои определения инвестиций³⁵ или в определения сферы их применения³⁶ требование о том, чтобы такие инвестиции производились «на территории» одной Договаривающейся стороны инвесторами из другой Договаривающейся стороны, они не дают никаких указаний о том, как установить место, где эти инвестиции были фактически совершены. Несмотря на молчание соглашений по данному вопросу, поиск ответа на него, как правило, не должен создавать трудностей в случае инвестиций, сделанных в материальной форме, поскольку это место обычно совпадает с местом физического нахождения активов. Ответ на этот же вопрос будет менее очевиден в случае инвестиций, сделанных в нематериальной форме (например, финансовые инстру-

³⁵ См., например: Agreement between the Argentine Republic and the Republic of Italy on the Promotion and Protection of Investments, dated May 22, 1990, art. 1 (1), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5898/download>

³⁶ См., например: Agreement between the Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, dated Jul. 11, 1995, art. 2 (1), <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19983263/199605060000/0.975.262.3.pdf>

менты или услуги), что отражается в наличии как минимум четырех различных подходов к данной проблеме в арбитражной практике и комментариях³⁷.

Первый подход может быть обозначен как подход «местонахождения бенефициара средств». Он был применен в решении по делу *Fedax N. V. v. Republic of Venezuela* к государственным облигациям, приобретенным на вторичном рынке³⁸. В соответствии с этим подходом соблюдение условия территориальности зависит от того, были ли предоставленные средства использованы бенефициаром займа, как в случае Республики Венесуэла, для финансирования ее различных государственных нужд³⁹. Аналогичный подход был использован большинством состава арбитража в решении по делу *Abaclat v. the Argentine Republic* в отношении прав на аргентинские суверенные облигации, также купленные на вторичном рынке⁴⁰. Согласно позиции большинства арбитров, в отличие от инвестиций, состоящих из деловых операций и/или связанных с рабочей силой и имуществом, в отношении инвестиций чисто финансового характера подходящим критерием должно являться то, где и/или в интересах кого в конечном итоге используются средства, а не место, где средства были выплачены или переведены. Таким образом, вопрос заключается в том, где вложенные средства в конечном счете были предоставлены принимающему государству и поддерживали ли они экономическое развитие последнего⁴¹.

Второй подход можно назвать подходом «международного частного права». Он был использован профессором Аби-Саабом в его

³⁷ *Knahr C.* Investment 'in the Territory' of the Host State // International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of Christoph Schreuer. Binder C. et al., ed., Oxford University Press, 2009. P. 42, 52; *Ryan M. C.* Is There a Nationality of Investment? Origin of Funds and Territorial Link to the Host State // Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration, IAI Series No. 8. Banifatemi Y., ed., 2018. P. 97, 112–113.

³⁸ *Fedax N. V. v. the Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para. 41 (Jul. 11, 1997), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf

³⁹ *Fedax N. V. v. the Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para. 41.

⁴⁰ *Abaclat and Others (Case formerly known as Giovanna Beccara and Others) v. the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility (Aug. 4, 2011), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0236.pdf>

⁴¹ *Abaclat and Others (Case formerly known as Giovanna Beccara and Others) v. the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, para. 374.

особом мнении по делу *Abaclat v. the Argentine Republic*⁴², а также несколькими авторами⁴³. В соответствии с этим подходом инвестиции осуществляются «на территории принимающего государства», когда они подпадают под территориальную нормотворческую и правоприменительную юрисдикцию этого государства⁴⁴. Установление того, подпадают ли инвестиции под такую юрисдикцию, может быть сделано на основе норм международного частного права принимающего государства. Соответственно, анализ, основанный на этих правилах, позволяет установить, находится ли место (*situs*) инвестиции в этом государстве, подчиняющем эту инвестицию его правоприменительной юрисдикции⁴⁵. Для имущества в осязаемой форме определение его *situs* является простым вопросом факта, то есть установления места, где это имущество физически находится⁴⁶. В отношении имущества в неосязаемой форме необходимо использовать нормы международного частного права принимающего государства, которые в отношении некоторых форм такого имущества могут устанавливать фиктивный *situs*. Тем самым, если в соответствии с нормами международного частного права принимающего государства *situs* имущества в неосязаемой форме находится в этом государстве, требование о наличии территориальной связи в отношении инвестиции в форме такого имущества считается соблюденным⁴⁷. Наконец, в отношении других видов имущества в неосязаемой форме, для которых международное частное право не предусматривает фиктивного *situs* (таких,

⁴² *Abaclat and Others (Case formerly known as Giovanna Beccara and Others) v. the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Dissenting Opinion of Prof. Georges Abi-Saab, para. 82, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0237.pdf>

⁴³ *Douglas Z.* Property, Investment and the Scope of Investment Protection Obligations // *The Foundations of International Investment Law. Bringing Theory Into Practice.* Douglas Z. et al., ed., 2014. P. 363, 383; *Kleiner C.* *Costamagna F.* Territoriality in Investment Arbitration: The Case of Financial Instruments // *Journal of International Dispute Settlement*, 2018, vol. 9 (2). P. 315; *Waibel M.* *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals.* Cambridge University Press, 2011. P. 238; *Zheng C. R.* The Territoriality Requirement in Investment Treaties: A Constraint on Jurisdictional Expansionism // *Singapore Law Review*, 2016. Vol. 34. P. 139.

⁴⁴ *Douglas Z.* *The International Law of Investment Claims.* Cambridge University Press, 2009. P. 170–172; *Waibel M.* *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals.* P. 238.

⁴⁵ *Zheng C. R.* The Territoriality Requirement in Investment Treaties: A Constraint on Jurisdictional Expansionism, p. 139, 147–148.

⁴⁶ *Douglas Z.* *The International Law of Investment Claims*, p. 171.

⁴⁷ *Id.*, p. 171–172.

например, как права интеллектуальной собственности), решение состоит в том, чтобы путем непосредственного обращения к материальному праву принимающего государства выяснить, имеется ли в данном праве основание для признания существования такого имущества. Если основание имеется, наличие территориальной связи считается установленным⁴⁸.

Третий подход можно назвать подходом «единства инвестиции». Он был применен в решении по делу *Československá Obchodní Banka (CSOB) v. Slovak Republic* в отношении кредита, предоставленного банком в рамках взаимосвязанных сделок по содействию его приватизации в соответствии с Соглашением об основных принципах финансовой консолидации CSOB, заключенным с министерствами финансов Словацкой Республики и Чешской Республики (Соглашение о консолидации)⁴⁹. Хотя сам кредит не был связан с какой-либо передачей активов в принимающее государство, состав арбитража указал, что спор, переданный в МЦУИС, должен рассматриваться как возникающий непосредственно из инвестиций, даже если он основан на сделке, которая, будучи самостоятельной, не будет квалифицироваться как инвестиция в соответствии с Конвенцией МЦУИС, при условии, что конкретная сделка является неотъемлемой частью общей операции, которая квалифицируется как инвестиция⁵⁰. По мнению арбитров, основная и конечная цель Соглашения о консолидации заключалась в обеспечении продолжения и расширения деятельности CSOB в обоих государствах. Это мероприятие включало значительный вклад CSOB в экономическое развитие Словацкой Республики, квалифицировало CSOB как инвестора, а весь процесс — как инвестиции в Словацкую Республику по смыслу Конвенции⁵¹.

Четвертый подход может быть обозначен как подход «места деятельности инвесторов». Он был применен в деле *SGS v. Pakistan*, а также в деле *SGS v. Philippines* к услугам по предотгрузочной инспекции, предоставляемым швейцарской компанией в отношении товаров,

⁴⁸ Douglas Z. *The International Law of Investment Claims*, p. 172.

⁴⁹ *Československá Obchodní Banka, A. S. v. the Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction (May 24, 1999), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0144.pdf>; Schreuer C. *The Unity of an Investment // ICSID Reports*, 2021, vol. 19. P. 3, 9.

⁵⁰ *Československá Obchodní Banka, A. S. v. the Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, para. 72.

⁵¹ *Id.*, para. 88.

импортируемых в принимающие государства⁵². В обоих случаях арбитры установили, что определенная часть расходов SGS, включая создание местных отделений, была связана с вложением средств на территории принимающих государств⁵³. Хотя услуги предоставлялись как за пределами принимающих государств, так и внутри них, в решении по делу *SGS v. Philippines* состав арбитража особо обратил внимание на то, что существенная и неотделимая часть совокупной услуги предоставлялась в принимающем государстве. Поскольку ее предоставление было связано с затратами для SGS, по мнению арбитров, этого было достаточно для признания услуги в качестве инвестиции в значении двустороннего инвестиционного соглашения между Швейцарией и Филиппинами⁵⁴.

Ни один из описанных выше четырех подходов не свободен от недостатков и поэтому не может быть признан удовлетворительным. Так, недостатком подхода «местонахождения бенефициара средств» является то, что он предусматривает различные правила для установления наличия территориальной связи для осязаемых и неосязаемых инвестиций, в то время как ни Конвенция МЦУИС, ни инвестиционные соглашения не проводят какого-либо различия в правовом режиме для этих двух типов инвестиций. Каждый из них должен рассматриваться в качестве различных сторон одного и того же неделимого понятия «инвестиция», обладающего такими же внутренними характеристиками, включая элемент «вложения» капитала⁵⁵.

Аналогичным недостатком обладает подход «места деятельности инвесторов». Этот подход не учитывает, что ни Конвенция МЦУИС,

⁵² *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (Aug. 6, 2003), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf>; *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (Jan. 29, 2004), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>

⁵³ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para. 136; *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para. 101.

⁵⁴ *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, paras 102–103; Agreement between the Swiss Confederation and the Republic of Philippines on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, dated Aug. 31, 1997, <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20002319/199904230000/0.975.264.5.pdf>

⁵⁵ *Abaclat and Others (Case formerly known as Giovanna Beccara and Others) v. the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Dissenting Opinion of Prof. Georges Abi-Saab, para. 82.

ни инвестиционные соглашения не проводят различий между инвестициями «активных» инвесторов, самостоятельно осуществляющих свою деятельность на территории принимающего государства, и инвестициями «пассивных» инвесторов, предоставляющих средства третьим лицам и рассчитывающих на получение прибыли исключительно от усилий таких третьих лиц. Тем самым последовательное применение данного подхода в случае с пассивными инвесторами может привести к выводу об отсутствии территориальной связи между их инвестициями и принимающим государством.

В свою очередь, недостатком подхода «международного частного права» является то, что его последовательное использование может приводить к парадоксальным результатам в случае ценных бумаг на предъявителя. Так, согласно нормам международного частного права ряда стран, *situs* акций на предъявителя определяется по месту физического нахождения их сертификатов⁵⁶. Из этого следует, что, если после оплаты уставного капитала и создания акционерного общества иностранный акционер поместил полученные им сертификаты акций на предъявителя в сейф, находящийся за пределами принимающего государства, его суды не будут обладать юрисдикцией в отношении данных акций⁵⁷. Тем самым, хотя с экономической и юридической точек зрения, произведя взнос в уставной капитал, акционер осуществил вложение в принимающем государстве, в результате применения рассматриваемой теории территориальная связь между его вложением и данным государством будет отсутствовать⁵⁸.

⁵⁶ *Ooi M. Shares and Other Securities in the Conflict of Laws. Oxford University Press, 2003. P. 16–17.*

⁵⁷ Например, в Швейцарии суды не смогут наложить судебный арест по требованию кредиторов акционера на его акции на предъявителя, сертификаты которых находятся за пределами страны. См.: *Gillieron P.-R. Poursuite pour dettes, faillite et concordat. 5^e éd., Helbing Lichtenhahn, 2012. P. 521–522.*

⁵⁸ В случае с акциями на предъявителя данное противоречие может быть потенциально устранено ссылкой на то, что понятие «акция» одновременно обозначает как ее сертификат, так и саму долю участия в компании, представляющую собой совокупность имущественных и личных неимущественных прав акционера (так называемые корпоративные права). Можно также утверждать, что в инвестиционных соглашениях речь идет не о сертификатах акций, а именно о долях участия в компании, в отношении которых в качестве *situs* может признаваться местонахождение компании-эмитента. Поскольку эта компания находится в принимающем государстве, территориальная связь между акцией и данным государством будет присутствовать. Тем не менее применение подобной аргументации в отношении других ценных бумаг на предъявителя, например облигаций, может оказаться затруднительным, поскольку, в отличие от акции, понятие «облигация» не является многозначным, а обозначает саму ценную бумагу.

Что же касается подхода «единства инвестиции», его недостатком является то, что он не учитывает внутреннюю логическую структуру определения понятия «инвестиция» в существующих двусторонних и многосторонних инвестиционных соглашениях. Эта структура основана не на идее «совокупности операций», а на индивидуальных категориях активов. Поэтому в тех случаях, когда определенный актив самостоятельно не удовлетворяет требованию наличия территориальной связи, данный пробел не может быть восполнен путем отсылки к другим частям «единой» инвестиционной операции, осуществляемым на территории принимающего государства.

С практической точки зрения разнообразие подходов, используемых арбитрами при установлении наличия территориальной связи, приводит к невозможности однозначного предварительного определения того, будут ли инвестиции пользоваться защитой, предлагаемой применимыми инвестиционными соглашениями. Таким образом, если не будет принят единообразный подход, требование наличия территориальной связи может сделаться иллюзорным, что способно привести к значительной неопределенности правового статуса инвестиций. Поскольку такая неопределенность отрицательно сказывается как на иностранных инвесторах, так и на принимающих государствах, отыскание возможного единообразного подхода было бы явно в их общих интересах.

Помимо желательности с точки зрения правовой определенности, единообразный подход к установлению территориальной связи с принимающим государством для всех форм инвестиций также продиктован единой концепцией инвестиций в инвестиционных договорах, а также в Конвенции МЦУИС. Более того, с экономической точки зрения любые инвестиции предполагают приток капитала в производство нового капитала⁵⁹. Эта идея потока капитала неизбежно включает в себя определенное «территориальное» движение ресурсов от инвестора к их получателю, которое происходит независимо от формы, в которой осуществляется конкретная инвестиция.

Подобный единообразный подход может быть основан на идее инвестиционного правоотношения. Так, осуществляя вложение капитала и приобретая взамен определенный актив, инвестор вступает в правоотношения по поводу данного актива. В зависимости от типа актива, такие правоотношения по своей юридической природе могут быть вещными, обязательственными или корпоративными. В случае с вещным правоотношением фактором, создающим территориальную связь между этим правоотношением и принимающим государством,

⁵⁹ *Baumol W. J., Blinder A. S. Economics, Principles and Policy, 10th ed., 2006. P. 399.*

будет являться нахождение предмета правоотношения на его территории. В случае обязательственного правоотношения таким фактором будет являться местонахождение лица, действия которого имеют решающее значение для содержания обязательства. Соответственно, если речь идет о долговом обязательстве, связанном с использованием предоставленных иностранным инвестором средств, такое решающее значение будут иметь именно действия должника, будь то государство, выпустившее облигации, или частный заемщик, даже если сами облигации были приобретены инвестором на вторичном рынке. В случае же корпоративного правоотношения таким фактором будет являться местонахождение организации, в котором участвует инвестор.

III. Типовые цифровые бизнес-модели

А. Механизм функционирования

Хотя конкретные детали функционирования цифрового торгового посредника, оператора цифровой торговой площадки, оператора поисковой системы и оператора социальной сети могут значительно отличаться друг от друга, все эти четыре бизнес-модели имеют в своей основе многостороннюю интернет-платформу, которая позволяет осуществлять взаимодействие между различными категориями ее пользователей. Так, в случае с цифровым торговым посредником эта интернет-платформа позволяет потребителям приобретать товары (в осязаемой и неосязаемой форме), которые этот посредник ранее прибрел у их продавцов. Среди многочисленных примеров таких посредников можно назвать Amazon⁶⁰, Wildberries⁶¹ и Zalando⁶². Поскольку

⁶⁰ Amazon.com, Inc. — это американская компания, основной корпоративный офис которой расположен в Сиэтле, штат Вашингтон. Ее акции котируются на фондовой бирже NASDAQ под символом «AMZN» (См.: About Amazon: Investor Relations, <https://ir.aboutamazon.com/overview/default.aspx>). Среди прочих направлений бизнеса компания управляет многочисленными веб-сайтами для розничной торговли самыми разнообразными товарами, предназначенными для индивидуальных стран (ссылки на сайты для стран можно найти по адресу: <https://www.amazon.com/>). Amazon также предлагает подписку на основе членства Prime, предоставляя в обмен на ежемесячную плату различные развлекательный контент и услуги.

⁶¹ Wildberries LLC — это российский интернет-магазин одежды, обуви и аксессуаров, основной корпоративный офис которого расположен в Московской области (<https://us.wildberries.ru/>).

⁶² Zalando SE — немецкий интернет-магазин модной одежды, основной корпоративный офис которого расположен в Берлине. Его акции котируются на Франкфуртской фондовой бирже (См.: Zalando: Investor Relations, [190](https://corporate.zalando.com/en/in-</p></div><div data-bbox=)

цифровой посредник одновременно работает с многочисленными продавцами и потребителями, у него нет эксклюзивности в отношении ни одной из сторон. Для приобретения товаров у посредника каждый потребитель должен создать учетную запись, содержащую, среди прочего, сведения об адресе доставки и реквизитах кредитной карты. После того как товар выбран им на сайте, потребитель определяет способ доставки и размещает свой заказ. Посредник обрабатывает заказ, взимает плату с кредитной карты и отправляет товары в материальной форме по почте или же предоставляет доступ к товарам в нематериальной форме. Он также собирает и анализирует данные потребителей для определения их покупательских привычек и предпочтений, что позволяет посреднику предлагать им дополнительные товары.

Со своей стороны, оператор цифровой торговой площадки также управляет интернет-платформой, которая позволяет ее пользователям продавать друг другу товары или услуги. Среди типичных примеров подобных операторов можно назвать Airbnb⁶³, eBay⁶⁴ и Uber⁶⁵, клиентами которых, с одной стороны, являются поставщики товаров (услуг), а с другой стороны – потребители. Так, в случае с Airbnb поставщиками услуг будут владельцы недвижимости, тогда как потребителями – потенциальные арендаторы. Обе категории пользователей должны создать на платформе свои учетные записи. После этого лица, ищущие аренду на определенные даты в определенном месте, могут выбирать из предложений, размещенных на сайте арендодателями. Как только

vestor-relations). Компания управляет индивидуальными веб-сайтами для различных стран (ссылки на сайт для стран можно найти по адресу: <https://www.zalando.com/>).

⁶³ Airbnb Inc. – это американская компания, основной корпоративный офис которой расположен в Сан-Франциско, штат Калифорния. Ее акции котируются на фондовой бирже NASDAQ под символом «ABNB» (см.: Airbnb Investor Relations, <https://investors.airbnb.com/home/default.aspx>). Airbnb предлагает онлайн-рынок жилья, в первую очередь для семейного проживания и туризма (www.airbnb.com/).

⁶⁴ eBay Inc. – это американская компания, основной корпоративный офис которой расположен в Сан-Хосе, штат Калифорния. Ее акции котируются на фондовой бирже NASDAQ под символом EBAY (см.: eBay: Stock Information, <https://investors.ebayinc.com/stock-information/Historical-Stock-Information/default.aspx>). Среди прочего eBay управляет платформой онлайн-аукционов (www.ebay.com).

⁶⁵ Uber Technologies Inc. – это американская компания, основной корпоративный офис которой расположен в Сан-Франциско, штат Калифорния. Ее акции котируются на Нью-Йоркской фондовой бирже (NYSE) под символом UBER (см.: Uber Investor: Financials, <https://investor.uber.com/financials/default.aspx>). Среди прочего Uber управляет онлайн-платформами, предлагающими поездки (www.uber.com) и услуги по доставке продуктов питания (www.ubereats.com).

выбор сделан, арендаторы могут приступить к бронированию и оплате, вводя данные своей кредитной карты. В свою очередь, клиенты Uber используют приложение для смартфонов для связи с водителем автомобиля, тогда как оплата производится с помощью кредитной или дебетовой карты, подключенной к этому приложению⁶⁶.

Оператор поисковой системы содержит интернет-платформу, позволяющую ее пользователям выполнять поиск веб-страниц. Среди различных примеров компаний, реализующих эту бизнес-модель, можно назвать Google (поисковая система Google Search)⁶⁷ и Yahoo! (поисковая система Yahoo Search)⁶⁸. Сами поисковые системы основаны на определенных алгоритмах, направленных на поиск из сотен миллиардов веб-страниц наиболее подходящих для запроса пользователя результатов⁶⁹. Ввиду значительной степени контроля, осуществляемого этими и аналогичными операторами над информацией, которую можно найти и извлечь из Интернета, и вытекающей из этого зависимости контент-провайдеров, операторов этой бизнес-модели иногда называют «стражниками Интернета» (*gatekeepers of Internet*)⁷⁰.

В зависимости от своих целей клиенты оператора поисковой системы традиционно подразделяются на три категории, которые не являются взаимоисключающими⁷¹. Первая категория — это пользователи в узком смысле этого слова, которые употребляют эту систему для осуществления бесплатного поиска в Интернете требуемой информации. Вторая категория — это рекламодатели, желающие донести свои объявления до пользователей поисковой системы в об-

⁶⁶ Chaffey D., Hemphill T., Edmundson-Bird D. Digital business and e-commerce management: strategy, implementation and practice . 7th ed., Pearson, 2019. P. 9.

⁶⁷ Google LLC — это американская компания, главный корпоративный офис которой расположен в Маунтин-Вью, штат Калифорния. Это дочерняя компания Alphabet Inc., акции которой котируются на фондовой бирже NASDAQ под символом GOOGL (см.: Alphabet Investor Relations, <https://abc.xyz/investor/>).

⁶⁸ Yahoo! — это американская компания, главный корпоративный офис которой расположен в Саннивейле, штат Калифорния. Она принадлежит компании Verizon Media (<https://www.verizonmedia.com/our-brands/yahoo!>).

⁶⁹ См.: Google Search / How Search Works / Overview, <https://www.google.com/search/howsearchworks/>

⁷⁰ Wirtz B. W. Digital Business Models. Concepts, Models and Alphabet Case Study. Springer, 2019. P. 156.

⁷¹ OECD, An introduction to Online Platforms and their Role in the Digital Transformation, 2019. P. 53, <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>

мен на оплату ее оператору. В случае с Google рекламодатели могут полагаться, в частности, на программу AdWords, позволяющую им создавать текстовые или медийные объявления, делать денежные ставки на ключевые слова, которые будут вызывать появление их объявлений в результатах поиска, и устанавливать ежемесячные бюджеты своих расходов для демонстрации этих объявлений⁷². Третья категория — это контент-провайдеры, которые хотят монетизировать контент своих веб-сайтов, принимая размещение рекламы на этих сайтах в обмен на вознаграждение, выплачиваемое им оператором поисковой системы. В случае Google они могут использовать, в частности, программу AdSense, которая позволяет контент-провайдерам добавлять код доступа на свои веб-сайты и автоматически получать рекламу, относящуюся к контенту сайта⁷³.

Наконец, оператор платформы социальной сети управляет интернет-платформой, которая позволяет своим пользователям общаться друг с другом и делиться создаваемым ими контентом (*content*) с другими пользователями. Среди различных примеров социальных сетей — Facebook⁷⁴, LinkedIn⁷⁵ и ВКонтакте (VK)⁷⁶. Как и в случае с клиентами «стражников Интернета», клиентов операторов социальных сетей также можно подразделить на три категории. Первая категория, пользователи в строгом смысле, создают свои профили, загружая в свои пользовательские учетные записи (*accounts*) контент, включая фотографии, видео, информацию о мероприятиях и местах, которые они посещают. Вторая категория, рекламодатели, доставляют через социальную сеть целевую рекламу пользователям в обмен на вознаграждение, выпла-

⁷² Google ads: How it works, https://ads.google.com/intl/en_us/home/how-it-works/; OECD, An introduction to Online Platforms and their Role in the Digital Transformation, p. 154.

⁷³ Google AdSense, https://www.google.com/intl/en_uk/adsense/start/

⁷⁴ Социальная сеть Facebook (<https://www.facebook.com/>) управляется американской компанией Meta Platforms Inc., основной корпоративный офис которой расположен в Менло-Парке, штат Калифорния. Ее акции котируются на фондовой бирже NASDAQ под символом FB, <https://about.facebook.com/>

⁷⁵ Социальная сеть LinkedIn (<https://www.linkedin.com/>) управляется LinkedIn, американской компанией, основной корпоративный офис которой расположен в Санни-вейле, штат Калифорния. Является дочерней компанией корпорации Microsoft (см.: About LinkedIn, <https://about.linkedin.com/>).

⁷⁶ Социальная сеть ВКонтакте (<https://vk.com/>) управляется российской компанией VK, основной корпоративный офис которой расположен в Санкт-Петербурге, Российская Федерация (см.: Что такое VK, <https://vk.com/company/ru/company/about/>).

чиваемое ее оператору. Как и в случае со «стражниками Интернета», направленная реклама в социальных сетях также опирается на алгоритмы их операторов, которые обрабатывают пользовательские данные⁷⁷. Третья категория, создатели контента (*content providers*), используют инструменты, разработанные оператором социальной сети, для создания социальных приложений и веб-сайтов, которые позволяют пользователям делиться своими действиями с контактами своей сети⁷⁸.

В. Добавленная стоимость для клиентов

Все четыре рассматриваемые цифровые бизнес-модели схожим образом создают для своих клиентов добавленную стоимость. Она заключается в увеличении деловых возможностей для потенциальных продавцов, расширении выбора для потребителей, а также снижении транзакционных издержек⁷⁹. В дополнение к этому существенной добавленной стоимостью социальных сетей является облегчение социальных взаимодействий, позволяющих их пользователям, в частности, оставаться на связи со своими друзьями, семьей, коллегами и клиентами, а также с публичными фигурами⁸⁰.

С. Источник прибыли

Источники прибыли цифрового торгового посредника и оператора цифровой торговой площадки отличаются друг от друга, а также от источников прибыли «стражников Интернета» и операторов социальных сетей. С одной стороны, основным источником прибыли цифрового посредника является его наценка на продажу товаров, ранее приобретенных им у их продавцов⁸¹. С другой стороны, независимо от вида проданных товаров, первичным источником прибыли владельца цифровой торговой площадки является определенный процент

⁷⁷ OECD, An introduction to Online Platforms and their Role in the Digital Transformation, p. 137.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid, p. 162.

⁸⁰ Ibid, p. 140.

⁸¹ OECD, Tax Challenges Arising from Digitalization – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 2018, para. 162. P. 60, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>

от суммы, уплаченной потребителем продавцу (поставщику услуг)⁸². Наконец, основным источником прибыли операторов поисковых систем и операторов социальных сетей является реклама⁸³.

Д. Активы

1. Материальные активы

Принимая во внимание, что все четыре цифровые бизнес-модели предполагают использование онлайн-платформы, а также сбор и обработку данных пользователей, высокопроизводительное компьютерное оборудование должно рассматриваться как обязательная часть их материальных активов. Необходимость иметь другие виды материальных активов зависит в первую очередь от сущности бизнес-модели. Так, в случае с цифровым торговым посредником такие активы будут также включать в себя средства хранения, сортировки и транспортировки, поскольку для ее реализации требуется предварительная покупка товаров у их поставщиков, а также их хранение, обработка и отгрузка.

Необходимость иметь другие виды материальных активов может также зависеть от географического охвата деятельности оператора цифровой модели, в частности присутствия его клиентов в странах, требующих от иностранных интернет-компаний, удовлетворяющих определенным критериям, регистрации в этих странах своих местных филиалов, представительств или дочерних компаний⁸⁴. Поскольку дочерние компании обычно создаются в форме корпораций, имеющих собственную юридическую личность, активы местных дочерних компаний будут принадлежать самим дочерним компаниям. В этом случае материальные активы основной компании будут включать только ее долю в этой иностранной дочерней компании, но не сами активы этой дочерней компании. Напротив, хотя внесение филиалов и представительств в государственный реестр подтверждает их само-

⁸² Согласно некоторым источникам, обычно компания Uber выручает от 20 до 30 % от цены поездки, в зависимости от местных условий. См.: *Chaffey D., Hemphill T., Edmundson-Bird D.* Digital business and e-commerce management: strategy, implementation and practice, p. 9.

⁸³ *Wirtz B. W.* Digital Business Models. Concepts, Models and Alphabet Case Study, p. 213.

⁸⁴ См., например: Федеральный закон от 01.07.2021 N 236-ФЗ «О деятельности иностранных лиц в информационно-телекоммуникационной сети “Интернет” на территории Российской Федерации», ст. 5, п. 3, <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202107010014>

стоятельное экономическое существование и может даже создать видимость квазиправосубъектности, оно не придает им самостоятельной правосубъектности в том смысле, в котором ей обладают юридические лица. Таким образом, в отличие от дочерних компаний, с юридической точки зрения активы филиалов и представительств будут рассматриваться как часть активов материнской компании.

2. Нематериальные активы

Анализ рассматриваемых цифровых бизнес-моделей показывает, что их деятельность предполагает наличие клиентуры, предоставляющей операторам интернет-платформ определенную информацию, компьютерных программ, обеспечивающих функционирование этих платформ, в частности сбор и анализ этой информации, а также других объектов интеллектуальной собственности, в частности торговых марок (товарных знаков). Под «клиентурой» (*clientele*) обычно понимается совокупность клиентов определенного бизнеса, рассматриваемых в качестве группы⁸⁵. Существенным элементом этого понятия, позволяющим отграничить клиентуру как важный коммерческий актив от простого общего числа индивидуальных клиентов, является определенная непрерывность отношений, проявляющаяся в регулярных или повторных заказах, размещаемых клиентами у определенного продавца (поставщика услуг)⁸⁶. В национальных законодательствах права предпринимателя на клиентуру обычно защищаются законодательством о запрете недобросовестной конкуренции⁸⁷. В свою очередь, права на компьютерные программы

⁸⁵ Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/clientele>

⁸⁶ Наличие этого элемента наиболее четко проявляется в понятии «клиент» (*customer*) в законодательстве США, обозначающем лицо, которое регулярно или неоднократно совершает покупки или имеет деловые отношения с торговцем или с деловым предприятием. См.: Black's Law Dictionary. 6th ed., 1990. P. 386. *Aiken Mills v. United States*, 53 F. Supp. 524, 526 (E.D.S.C. 1944); *Arkwright Corporation v. United States*, 53 F. Supp. 259, 361 (D.C. Mass. 1943).

⁸⁷ Так, например, в соответствии со ст. 9 Федерального закона Швейцарии против недобросовестной конкуренции, лицо, которому в результате акта недобросовестной конкуренции причинен ущерб его клиентуре, кредитной или профессиональной репутации, его бизнесу или его экономическим интересам в целом, или лицо, которому это угрожает, может обратиться в суд с требованием о запрете такого акта, если он неизбежен, с требованием о его прекращении, если он еще продолжается, или с требованием о признании такого акта незаконным, если созданное им нарушение сохраняется. *Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 19 décembre 1986, RS 241, art. 9 (1)*, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/223_223_223/fr

обычно защищаются в рамках законодательства об авторском праве⁸⁸, в то время как права на торговые марки (товарные знаки) — в рамках общего законодательства о защите интеллектуальной собственности⁸⁹ или специализированного законодательства⁹⁰.

Являясь важным элементом любой современной предпринимательской деятельности⁹¹, в цифровых бизнес-моделях клиенты играют особую роль, поскольку они непосредственно вовлечены в процесс создания добавленной стоимости путем представления информации их операторам⁹². Особенно наглядно это проявляется в бизнес-модели оператора социальной сети, существование которой вообще не было бы возможным без контента, создаваемого ее участниками⁹³. Поскольку участники сети разделяют общую цель, заключающуюся в ее продолжающемся успешном функционировании, и для достижения этой цели объединяют свои индивидуальные усилия, состоящие в создании контента и его размещении в сети, можно говорить о возникновении между участниками и ее оператором «общего предприятия». Помимо предоставления технической базы для функционирования сети, вклад оператора в это предприятие заключается в создании и внедрении правил ее функционирования, которые с внешней стороны могут напоминать договор участников простого товарищества. Учитывая, что такое «общее предприятие» существует без создания нового юридического лица, с правовой точки зрения его можно квалифицировать в качестве договорного совместного предприятия⁹⁴. Тем самым нематериальные

⁸⁸ См., например: Гражданский кодекс Российской Федерации, часть 4, от 18 декабря 2006 года No. 230-ФЗ (ГК РФ), глава 70 (Авторское право), ст. 1261 (Программы для ЭВМ), http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_64629/

⁸⁹ См., например: ГК РФ, глава 76, § 2 (Право на товарный знак и знак обслуживания).

⁹⁰ Например, в Швейцарии данный вопрос регламентируется специальным федеральным законом о защите торговых марок и мест происхождения товаров. *Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance* du 28 août 1992, RS 231.11, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1993/274_274_274/fr

⁹¹ *Blattberg R. C., Getz G., Thomas J. S. Customer Equity. Building and Managing Relationships as Valuable Assets.* Harvard Business School Press, 2001. P. 3–4; *Gupta S., Lehmann D. R. Customers as Assets // Journal of Interactive Marketing*, 2003, vol. 17 (1). P. 9, 16.

⁹² OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalization – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (2018). para. 135. P. 24.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ *Hewitt I. Hewitt on Joint Ventures.* 5th ed., Sweet & Maxwell, 2011. P. 54–55.

активы оператора социальной сети также включают в себя его долю в подобном договорном совместном предприятии.

В отличие от таких активов, как клиентура, компьютерные программы и торговые марки (товарные знаки), которые могут повсеместно рассматриваться в качестве нематериальных активов цифровых бизнес-моделей, какой-либо однозначный ответ на вопрос о возможности включения в эту категорию информации на данный момент не представляется возможным. Хотя информация о пользователях интернет-платформ может представлять для их операторов значительную экономическую ценность, существующее правовое регулирование ее использования до настоящего времени фокусировалось на вопросах конфиденциальности и защиты персональных данных⁹⁵. Более того, несмотря на многолетние академические дискуссии, какое-либо общее понятие «собственности на информацию» пока так и не получило универсального признания⁹⁶. Тем самым, поскольку правовой статус информации в индивидуальных странах может значительно различаться⁹⁷, вопрос о возможности ее признания в качестве нематериального актива цифровых бизнес-моделей в каждом конкретном случае будет требовать глубокого анализа соответствующего национального законодательства и практики его применения.

IV. Нематериальные активы цифровых бизнес-моделей как инвестиции

А. Клиентура

Возможность признания клиентуры цифровых бизнес-моделей в качестве инвестиций зависит от способа использования этого понятия в соответствующем инвестиционном соглашении. С этой точки

⁹⁵ *Hovárth E., Klinkmüller S.* The Concept of «Investment» in the Digital Economy: The Case of Social Media Companies. *Journal of World Investment & Trade*, 2019, vol. 20. P. 577, 606.

⁹⁶ *Drexel J.* Designing Competitive Markets for Industrial Data – between Propertisation and Access (October 31, 2016), Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-13, p. 29, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2862975>; *Ritter J., Mayer A.* Regulating Data as Property: A New Construct for Moving Forward // *Duke Law and Technology Review*, 2018, Vol. 16, No. 1. P. 220, 223, <https://scholarship.law.duke.edu/dltr/vol16/iss1/7/>

⁹⁷ European Commission: *Legal Study on Ownership and Access to Data*. Directorate-General of Communications Networks, Content & Technology, 2016. P. 6–7, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d0bec895-b603-11e6-9e3c-01aa75ed71a1>

зрения все существующие соглашения можно подразделить на три группы. Соглашения первой группы прямо включают «клиентуру» в свои определения инвестиций, приравнивая ее к так называемой «доброй воле» (*goodwill*) инвестора⁹⁸. Напротив, соглашения второй группы прямо исключают из своих определений инвестиции понятие «добрая воля» (*goodwill*), а также близкое по смыслу с клиентурой понятие «доля рынка» (*market share*)⁹⁹. Наконец, соглашения третьей группы занимают промежуточное положение между этими двумя крайними подходами, поскольку они прямо не включают, но вместе с тем и не исключают понятие «клиентура» из своих определений¹⁰⁰.

В случае с соглашениями первой группы клиентура цифровых бизнес-моделей может быть признана в качестве инвестиции. Во-первых, прямое упоминание «клиентуры» в соглашении явно свидетельствует о намерении его сторон предоставить защиту данной категории активов. Во-вторых, клиентура цифровых бизнес-моделей отвечает трем критериям теста *Салини*, а также трем характеристикам инвестиции в недавних соглашениях США. Так, с точки зрения оператора интернет-платформы, его клиентура представляет «вклад», так как ее приобретение требовало от него материальных усилий, а ее наличие

⁹⁸ Accord entre la Confédération suisse et la République d'El Salvador concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, du 8 décembre 1994, art. 1 (2) (d), RS 0.975.232.3, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1998/2647_2647_2647/fr («ДИС Швейцария – Сальвадор»); Accord entre le Gouvernement de la Confédération suisse et le Gouvernement de la République du Panama concernant la promotion et la protection des investissements, du 19 octobre 1983, art. 8 (c) (iv), RS 0.975.262.7, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1985/1376_1376_1376/fr («ДИС Швейцария – Панама»). Под «goodwill» («добрая воля») в литературе обычно понимается престиж, деловая репутация, контакты, клиенты и кадры компании как ее актив, который может быть оценен и занесен на специальный счет (стоимость компании сверх ее балансовых активов), не имеет самостоятельной рыночной стоимости и играет роль главным образом при слияниях и поглощениях. См., например: *Федоров Б. Г.* Англо-русский толковый словарь валютно-кредитных терминов. М.: Финансы и статистика, 1992. С. 96 («goodwill»); Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/goodwill>

⁹⁹ Investment Cooperation and Facilitation Treaty between the Federative Republic of Brazil and the Republic of India, dated Jan. 25, 2020, art. 2.4.1 (vi), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5912/download> («ДИС Бразилия – Индия») (не вступил в силу).

¹⁰⁰ См., например: Соглашение между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 6 апреля 1989 года, ст. 1 (a), https://economy.gov.ru/material/file/f0713fb979e95bc454404860557101c4/UK_1989_ru.pdf («ДИС РФ – Великобритания»).

связано с ожиданием прибыли. Поскольку существенным элементом понятия «клиентура» является определенная непрерывность отношений с продавцом (поставщиком услуг), критерий «продолжительности» вклада также может считаться соблюденным. Кроме того, с точки зрения клиента платформы, для приобретения аналогичных товаров (услуг) у конкурирующего оператора в буквальном смысле слова требуется «один щелчок компьютерной мыши»¹⁰¹. Учитывая незначительность затрат по смене операторов цифровых бизнес-моделей, по своей природе их клиентура связана с повышенными рисками ее утраты по сравнению, например, с так называемой «реальной клиентурой», основанной на привязанности пользователя к конкретному продукту, и связанными с этим значительными расходами по его замене¹⁰². Ввиду наличия подобного риска, третий элемент теста *Салини* также может считаться соблюденным.

Наконец, с юридической точки зрения наличие клиентуры может подтверждаться совокупностью обязательственных правоотношений между оператором интернет-платформы и ее индивидуальными пользователями, если такие правоотношения обладают определенной продолжительностью. Принимая во внимание, что для признания совокупности индивидуальных клиентов в качестве бизнес-актива требуется наличие регулярных или повторных заказов, решающее значение для содержания обязательства в данном правоотношении имеют именно действия клиентов, размещающих такие заказы. Поскольку сами клиенты находятся на территории принимающего государства, условие о наличии территориальной связи также может считаться соблюденным.

Напротив, в случае с соглашениями второй группы прямое исключение из определения понятия «инвестиция» понятий «добрая воля» (*goodwill*) и «доля рынка» (*market share*), сходных по смыслу с понятием «клиентура», явно свидетельствует о намерении Договаривающихся сторон исключить защиту для данной категории активов. Поэтому клиентура операторов цифровых бизнес-моделей на основании таких соглашений защищаться не будет.

Наконец, в случае с соглашениями третьей группы клиентура оператора интернет-платформы может быть признана в качестве

¹⁰¹ Gupta S., Lehmann D. R. Customers as Assets, p. 16.

¹⁰² В литературе сложность смены продавца (поставщика) услуг в случае «реальной клиентуры» обычно описывается при помощи понятия «блокировка клиента» («customer lock-in»). См.: McKinsey & Company et al. Valuation. Measuring and Managing the Value of Companies. 5th ed., John Wiley & Sons, Inc., 2010. P. 62.

инвестиции. Учитывая, что иллюстративный перечень индивидуальных категорий активов, признаваемых в качестве возможных форм инвестиций, не является исчерпывающим, отсутствие прямого упоминания того или иного актива в этом перечне само по себе не является препятствием для его признания в качестве инвестиции, если этот актив соответствует трем элементам теста *Салини* или трем характеристикам инвестиции, предусмотренным в последних инвестиционных соглашениях США. Поскольку клиентура операторов цифровых бизнес-моделей соответствует этим элементам (обладает этими характеристиками), она может рассматриваться в качестве инвестиции.

Данный вывод подтверждается существующей арбитражной практикой, связанной с возможностью признания «доброй воли» (*goodwill*) в качестве инвестиции на основании инвестиционных соглашений, в которых данное понятие прямо не упоминается. Так, в решении по делу *Methanex Corporation v. USA* состав арбитража пришел к заключению, что отсутствие в исчерпывающем перечне категорий инвестиций в статье 1139 Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА) прямых упоминаний о «клиентской базе», «доброй воле» и «доле рынка» само по себе еще не является препятствием для их признания в этом качестве¹⁰³. Обосновывая свой вывод, состав арбитража сослался на решение по другому делу — *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, согласно которому доступ инвестора на рынок США являлся имущественным интересом, подлежащим защите в соответствии со статьей 1110 НАФТА¹⁰⁴. Состав арбитража также отметил, что ограничительное понятие собственности как материальной «вещи» устарело и уступило свое место современной концепции, которая включала в себя управленческий контроль над компонентами процесса, производящего богатство¹⁰⁵. По мнению состава арбитража, такие понятия, как «добрая воля» и «доля рынка», могли составлять элемент стоимости предприятия и как таковые, возможно, покрывались некоторы-

¹⁰³ *Methanex Corporation v. USA*, In the matter of international arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement and the UNCITRAL Arbitration Rules, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, dated August 3, 2005, part IV, chapter D, p. 7, para. 17, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>

¹⁰⁴ *Methanex Corporation v. USA*, part IV, chapter D, p. 7, para. 17 (*Pope & Talbot, Inc. v. the Government of Canada*, In the matter of arbitration under Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement, Interim Award, dated June 26, 2000, para. 96), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0674.pdf>

¹⁰⁵ *Methanex Corporation v. USA*, part IV, chapter D, p. 8, para. 17.

ми компенсационными выплатами¹⁰⁶. Хотя в итоге состав арбитража не признал в деле *Methanex Corporation v. USA* «добрую волю» и «долю рынка» в качестве инвестиций ввиду их обособленного характера, он принципиально допускал такую возможность¹⁰⁷.

Поскольку, за исключением возможных случаев обязательной регистрации дочерних компаний, филиалов или представительств в принимающем государстве, операторы цифровых бизнес-моделей, как правило, не имеют там какого-либо физического присутствия, по своему характеру данный актив может также признаваться в качестве «обособленного». Тем не менее, в отличие от «доброй воли» и «доли рынка», которые рассматривались в решении по делу *Methanex Corporation v. USA* в традиционном качестве одного из элементов стоимости предприятия, клиентура операторов интернет-платформ представляет собой самостоятельный актив, непосредственно участвующий в процессе создания добавленной стоимости. Потому в свете данного решения, допускающего возможность признания в качестве инвестиции актива, прямо не указанного в их исчерпывающем перечне, «клиентура» операторов интернет-платформ тем более может признаваться в качестве инвестиций по соглашениям, не предусматривающим исчерпывающего перечня их возможных форм.

В. Интерес в договорном совместном предприятии

Интерес оператора социальной сети в договорном совместном предприятии с ее участниками, находящимися на территории принимающего государства, может быть признан инвестицией вне зависимости от формулировки определения данного понятия в соответствующем соглашении, поскольку такой интерес отвечает всем трем критериям теста *Салини*, а также обладает всеми тремя характеристиками инвестиции в недавних соглашениях США. Во-первых, оператор социальной сети производит вклад в данное совместное предприятие, заключающийся в предоставлении ее участникам возможности использовать платформу, а также в осуществлении деятельности, направленной на коммерциализацию предоставляемого ими контента, в частности путем привлечения рекламодателей. Во-вторых, учитывая длительный характер существования социальной сети, данный вклад ее оператора

¹⁰⁶ *Methanex Corporation v. USA*, part IV, chapter D, p. 8, para. 18.

¹⁰⁷ *Ibid.*

по своей природе обладает определенной продолжительностью. В-третьих, несмотря на все усилия оператора, существует вероятность, что деятельность социальной сети не принесет ему прибыли или вообще окажется убыточной. Тем самым оператор принимает на себя риск потери или уменьшения стоимости своего вклада.

С. Информация

Операторы цифровых бизнес-моделей, желающие обосновать возможность признания в качестве инвестиции информации, полученной ими от своих пользователей (включая их персональные данные), в настоящее время могут столкнуться со значительными сложностями. Во-первых, за исключением случаев, когда в соответствии с законодательством принимающего государства персональные данные его граждан должны храниться на сервере, расположенном в этом государстве¹⁰⁸, получаемая оператором информация, по видимости, будет находиться за пределами этого государства. В подобных случаях, вне зависимости от возможности признания информации в качестве «вклада», требование о наличии территориальной связи между вкладом и принимающим государством не будет считаться соблюденным. Во-вторых, как уже отмечалось в литературе, для оператора цифровой бизнес-модели может оказаться затруднительным убедить состав арбитража в наличии у информации элемента «риска», требуемого для существования инвестиции в соответствии с тестом *Салини*¹⁰⁹. Поскольку арбитры могут требовать наличия всех элементов данного теста для всех категорий инвестиций, включая объекты интеллектуальной собственности, оператор может столкнуться с аналогичным затруднением даже в том случае, если он попытается охарактеризовать информацию в качестве одного из таких объектов¹¹⁰. С учетом изложенного наиболее привлекательным для оператора цифровых платформ по состоянию на сегодняшний день может оказаться подход «единства инвестиции», использованный составом арбитража в деле *Československá Obchodní*

¹⁰⁸ См., например: Федеральный закон Российской Федерации от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных», ст. 18, п. 5, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_61801/

¹⁰⁹ *Hovárth E., Klinkmüller S.* The Concept of «Investment» in the Digital Economy: The Case of Social Media Companies. P. 607.

¹¹⁰ *Ruse-Khan H. G.* Investment Law and Intellectual Property Rights // International Investment Law (Bungenberg M. et al., ed.), C.H.BECK, Hart, Nomos, 2015. P.1692, 1699.

*Banka (CSOB) v. Slovak Republic*¹¹¹. Хотя данный подход не учитывает, что логическая структура определения понятия «инвестиция» в существующих инвестиционных соглашениях основана на индивидуальных категориях активов, а не на идее совокупности бизнес-операций, убеждение состава арбитража в обоснованности его использования может позволить оператору защитить информацию, находящуюся на территории принимающего государства в качестве одного из элементов его деятельности¹¹². Вместе с тем, учитывая наметившуюся тенденцию признания информации в качестве самостоятельного объекта права собственности¹¹³, в обозримом будущем можно ожидать признания арбитрами информации в качестве новой категории инвестиций.

V. На пути к новому пониманию защищаемых инвестиций в цифровую эпоху

A. Вероятные направления развития арбитражной практики

Поощрение и защита иностранных инвестиций традиционно рассматриваются в качестве основных целей инвестиционных соглашений¹¹⁴. С точки зрения возможного содействия достижению этих целей в эпоху цифровой экономики существующие определения понятия «инвестиция», сформулированные в предшествующий период, обладают как несомненными достоинствами, так и значительными недостатками. Так, к числу достоинств этих определений следует отнести отсутствие в них исчерпывающего перечня возможных форм инвестиций. Тем самым, хотя то или иное инвестиционное соглашение могло быть заключено еще до появления Интернета, иллюстративный характер данных перечней не создает принципиальных препятствий для распространения сферы его действия на новые, ранее не извест-

¹¹¹ *Československá Obchodní Banka, A. S. v. the Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction (May 24, 1999), para. 72.

¹¹² См.: *Kondrashov N.* New Challenges to the Territorial Requirements of Investment Treaties: Can Social Platforms Be Protected? // *Kluwer Arbitration Blog*, June 22, 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/22/challenge-arbitral-awards-bikram/>

¹¹³ См., например: *Stepanov I.* Introducing a property right over data in the EU: the data producer's right – an evaluation // *International Review of Law, Computers & Technology*, 2020, vol. 34:1. P. 65–66, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13600869.2019.1631621>

¹¹⁴ *Salakuse J. W.* *The Law of Investment Treaties*. 3rd ed., Oxford University Press, 2021. P. 142–145.

ные, формы инвестиций, без необходимости внесения в соглашение соответствующих изменений.

С другой стороны, отсутствие в этих определениях четких критериев, которые позволяли бы отграничить инвестиции от не-инвестиций, в сочетании с отсутствием прецедентного значения арбитражных решений для арбитров, впоследствии рассматривающих аналогичные вопросы, могут приводить к неопределенности правового статуса активов цифровых бизнес-моделей в качестве инвестиций. Подобная неопределенность может воспрепятствовать операторам цифровых бизнес-моделей определить заранее, смогут ли они воспользоваться для защиты своих прав инвестиционными соглашениями в случае действий со стороны принимающего государства, затрагивающих их экономические интересы (например, введение «цифровых налогов» или наложение штрафов на интернет-компании). Можно также предположить, что отсутствие ясности в данном вопросе способно, в свою очередь, повлечь за собой нежелание оператора цифровой бизнес-модели осуществлять свою деятельность в соответствующем государстве путем введения ограничений на доступ его резидентов к своей интернет-платформе.

Одним из возможных способов решения данной проблемы могло бы стать прямое включение в определение инвестиции в будущих инвестиционных соглашениях понятий «клиентура» и «информация» в качестве самостоятельных активов. Тем не менее, учитывая опыт Индии, в которой модельное инвестиционное соглашение 2016 года определяет инвестицию как предприятие, действующее на территории договаривающегося государства¹¹⁵, а последние соглашения которой прямо исключают «клиентуру» из этих определений¹¹⁶, на практике

¹¹⁵ Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, art. 1, sec. 1 (6), https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf («Модельное соглашение Индии»); *Ranjan P., Anand P.* The 2016 Model Indian Bilateral Investment Treaty: A Critical Deconstruction // *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2017, vol. 38, Issue 1. P. 1, 19–22, <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol38/iss1/1>. Пункт 1.2 Модельного соглашения Индии определяет «предприятие» как (а) любое юридическое лицо, созданное, организованное и действующее в соответствии с законодательством принимающего государства, включая любую компанию, корпорацию, товарищество с ограниченной ответственностью или совместное предприятие, и (б) имеющее свое управление и реальные и существенные деловые операции на территории принимающего государства.

¹¹⁶ ДИС Бразилия – Индия, ст. 2.4.1 (vi); *Bilateral Investment Treaty between the Government of the Republic of Kyrgyzstan and the Government of the Republic of India*, dated

такое решение представляется маловероятным. Хотя многолетняя дискуссия по вопросу о точном влиянии инвестиционных соглашений на привлечение иностранных инвестиций по-прежнему продолжается¹¹⁷, все же можно разумно предположить, что, с точки зрения принимающих государств, ожидание притока капитала представляет собой неотъемлемую часть единой сделки, связанной с их вступлением в эти соглашения¹¹⁸. С одной стороны, принимающее государство берет на себя дополнительные обязательства, заключающиеся в применении к иностранным инвесторам из другого Договаривающегося государства определенных материально-правовых стандартов защиты инвестиций, а также в отказе от компетенции своих национальных судов разрешать связанные с этим споры и в предоставлении своего предварительного согласия на их передачу международным арбитражным судам. В обмен на эти потенциально дорогостоящие обязательства¹¹⁹ на другом конце той же сделки принимающее государство имеет право по крайней мере ожидать притока осязаемого капитала.

Ввиду существования подобной единой сделки, если деятельность иностранного юридического или физического лица в принимающем государстве не связана с каким-либо притоком осязаемого капитала и, соответственно, вторая часть сделки отсутствует, с точки зрения принимающего государства, от него не следует требовать или даже разумно ожидать соблюдения ее первой части. Так, оператор поисковой системы, к которой есть всеобщий доступ, может рассматриваться как осуществляющий свою деятельность одновременно во всех государствах, в которых находятся пользователи этой системы. Хотя, с точки зрения оператора, его клиентура в каждом из этих государств может рассматриваться в качестве его инвестиции, подлежащей защите на основании применимого инвестиционного соглашения, с точки зрения принимающего государства, какого-либо дополнительного

June 14, 2019, art. 1, sec. 1.4, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5993/download> (не вступило в силу).

¹¹⁷ См., например: *Dolzer R., Schreuer C. Principles of International Investment Law*. 3rd ed., Oxford University press, 2022. P. 28–30; *Vandevelde K. J. Bilateral Investment Treaties. History, Policy, and Interpretation*. Oxford University Press, 2010. P. 115–120.

¹¹⁸ *Salakuse J. W., Sullivan N. P. Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain // The effect of treaties on foreign direct investment: Bilateral Investment Treaties, Double taxation treaties, and investment flows* (Sauvant K. P., Sachs L. E., eds), Oxford University Press, 2009. P. 109, 120.

¹¹⁹ *Sasse J. P. An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*. Gabler Verlag, Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 2011. P. 78–84.

притока осязаемого капитала не происходит. Поэтому в тех случаях, когда деятельность оператора цифровой бизнес-модели в определенном государстве ограничивается предоставлением его резидентам возможности пользоваться интернет-платформой, такое государство может быть не заинтересовано в предоставлении защиты его клиентуре и информации в качестве инвестиции путем внесения двух новых категорий активов в определение этого понятия.

Соответственно, можно ожидать, что для защиты клиентуры и информации операторы цифровых бизнес-моделей попытаются использовать выработанную арбитражной практикой теорию «единства инвестиции». Помимо этого, в тех случаях, когда принимающее государство требует от иностранных интернет-компаний создания в них филиалов, представительств или дочерних компаний, можно ожидать, что они также попытаются воспользоваться подходом «места деятельности инвестора», рассматривающего создание местных отделений и наличие связанных с ними расходов в качестве одного из доводов в пользу признания совокупной услуги в качестве инвестиции. Следовательно, хотя оба эти подхода вызывают концептуальные возражения, можно ожидать, что их использование операторами цифровых бизнес-моделей для обоснования применения инвестиционных соглашений в дальнейшем будет только увеличиваться.

В. Разграничение между инвестиционными и коммерческими сделками в цифровой сфере

Хотя перечень активов в определении инвестиции обычно включает в себя денежные требования и права требования по исполнению договорных обязательств, имеющих экономическую ценность¹²⁰, решения некоторых составов арбитража исключали из данной категории чисто коммерческие сделки¹²¹. Для отграничения таких сделок от инвестиций в доцифровую эпоху арбитры использовали критерии вклада, продолжительности и принятия на себя риска¹²², возможность признания

¹²⁰ См., например: ДИС РФ – Великобритания, ст. I (a) (iii).

¹²¹ *Romak S. A. v. Republic of Uzbekistan*, para. 242; *Joy Mining Machinery Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, para. 58; *Mortenson J. D. The Meaning of «Investment»: ICSID’s Travaux and the Domain of International Investment Law* // *Harvard International Law Journal*, 2010, Vol. 51. P. 257, 316, <https://ssrn.com/abstract=1911364>

¹²² *Romak S. A. v. Republic of Uzbekistan*, paras 213–232.

отдельной сделки в качестве одной комплексной инвестиции¹²³ или в тех случаях, когда применимое инвестиционное соглашение предусматривало, чтобы такие требования были связаны с инвестицией¹²⁴, наличие или отсутствие такой связи¹²⁵.

Применение данных подходов к операторам цифровых бизнес-моделей позволяет прийти к выводу о тенденции стирания в процессе их деятельности различий между инвестиционными и коммерческими сделками. Даже если каждая индивидуальная сделка, заключаемая оператором платформы с каждым из своих клиентов, может не удовлетворять всем трем элементам теста *Салини*, эти клиенты принимают непосредственное участие в процессе создания добавленной стоимости путем предоставления информации. С этой точки зрения эти сделки могут рассматриваться в качестве необходимого элемента комплексной инвестиционной операции. Иными словами, совокупность таких сделок представляет качественно нечто большее, чем простая сумма индивидуальных коммерческих сделок. Поэтому, несмотря на возможное несоответствие существующей структуре сделок определения инвестиций, основанного на индивидуальных категориях активов, можно ожидать, что в области цифровой экономики идея «совокупности операций» будет активно использоваться для защиты интересов иностранных инвесторов.

VI. Заключение

В эпоху цифровой экономики понятие «инвестиция» способно сделаться одним из ключевых элементов в формирующейся системе международного регулирования использования Интернета. Так, до настоящего времени какой-либо универсальный правовой акт, регламентирующий порядок осуществления государственного суверенитета в виртуальном пространстве, аналогичный, например, Кон-

¹²³ *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/8, Decision on Jurisdiction, para. 92 (Mar. 8, 2010), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0427.pdf>

¹²⁴ Treaty between the United States of America and Ukraine concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, signed at Washington on March 4, 1994, art. I (1) (a) (iii), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2366/download>

¹²⁵ *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*, ICSI Case ARB/09/11, Award, para. 51 (Dec. 1, 2010), <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0379.pdf>

венции ООН по морскому праву¹²⁶, принят не был. Отсутствие такого акта позволило индивидуальным государствам действовать в данной области практически по своему усмотрению, полагаясь в качестве возможного обоснования собственной компетенции по принятию в одностороннем порядке законодательных актов, административных мер и судебных решений на так называемую «доктрину эффектов» (*effects doctrine*)¹²⁷. Эта доктрина наделяет государства подобной компетенцией в отношении лиц, совершивших действия за пределами его территории, если эффект от этих действий наступил на этой территории¹²⁸. Поскольку операторы цифровых бизнес-моделей могут осуществлять свою деятельность в глобальном масштабе, в результате применения этой доктрины они могут оказаться одновременно попадающими под противоречащие друг другу или даже под взаимоисключающие требования национальных законодательств и судебных решений различных юрисдикций¹²⁹.

Использование инвестиционных соглашений операторами цифровых бизнес-моделей для защиты своих интересов в случае принятия подобных мер государствами, в которых они осуществляют свою деятельность, может повлечь за собой формирование в сфере регулирования Интернета системы сдержек и противовесов. В рамках данной системы реализация государствами своих нормотворческих и право-

¹²⁶ Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву, заключенная 10 декабря 1982 года, https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/lawsea.pdf, *Franzese P. W. Sovereignty in Cyberspace: Can It Exist? // Air Force Law Review*, 2009, vol. 64. P. 1, 18.

¹²⁷ *von Heinegg W. H. Territorial Sovereignty and Neutrality in Cyberspace // International Law Studies*, 2013, vol. 89. P. 123–133.

¹²⁸ *Ib. (Opinion of Mr. Advocate General Darmon, delivered on 25 May 1988, A. Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission of the European Communities. Concerted practices between undertakings established in non-member countries affecting selling prices to purchasers established in the Community. Joined cases 89, 104, 114, 116, 117 and 125 to 129/85, para. 19–21, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61985CC0089&qid=1642024050554&from=EN.*

¹²⁹ Так, в решении по делу *Equustek Solutions Inc. v. Jack*, вынесенном в 2014 году, Верховный суд канадской провинции Британская Колумбия принципиально не возражал против доводов Google, что услуги его поисковых сервисов могли подпадать под юрисдикцию любого государства в мире. Вместе с тем, как отметил Суд, даже если данные доводы соответствовали действительности, это являлось естественным следствием ведения Google-бизнеса в глобальном масштабе, нежели результатом упущения в процессе анализа территориальной юрисдикции. См.: *Equustek Solutions Inc. v. Jack*, 2014 BCSC 1063, para. 64, <https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2014/2014bcsc1063/2014bcsc1063.pdf>

применительных функций, приводящая к негативным последствиям для лиц, находящихся за пределами их территорий, будет подлежать контролю со стороны составов арбитража на предмет соблюдения этими государствами стандартов защиты иностранных инвесторов, содержащихся в применимых инвестиционных соглашениях. Образно говоря, инвестиционные соглашения можно представить в виде плотины на пути потока государственного регулирования в области Интернета, в то время как понятие «инвестиция» – в качестве своеобразной «заслонки», позволяющей увеличить или уменьшить силу данного потока. Интерпретируя содержание этого понятия более широко или более узко, составы арбитража тем самым выступают в качестве оператора такой заслонки.

Применение арбитрами такой заслонки способно также привести к установлению границ между осуществлением права одним государством в отношении нематериальных активов цифровых бизнес-моделей, которые оно намерено регулировать, и аналогичными правами других государств. Основываясь на «доктрине эффектов», индивидуальные государства могут попытаться распространить сферу действия своего законодательства и судебных решений на операторов, находящихся за пределами их национальной территории. Одним из способов такого воздействия является направление государственными органами иностранным операторам поисковых систем и социальных сетей требований об удалении контента, размещенного на их платформах¹³⁰. Если оператор не исполняет предъявленные к нему требования, государство может наложить в отношении него штраф¹³¹ либо, в случае его неоплаты, замедлить или вообще заблокировать доступ к сайту на своей территории¹³². В той степени, в которой подобные действия государства затрагивают защищаемые инвестиции оператора платформы на его территории, в частности, оказывают негативный эффект на его клиентуру, для их оспаривания оператор может воспользоваться применимым соглашением о защите инвестиций. Иными словами,

¹³⁰ См., например: Google: запросы государственных органов на удаление контента, <https://transparencyreport.google.com/government-removals/overview?hl=ru>

¹³¹ См., например: ТАСС: Facebook выплатил 17 млн рублей штрафа за отказ удалить запрещенный контент, 19.12.2021, <https://tass.ru/obschestvo/13240345>; INTERFAX.RU: Twitter грозит новый штраф до 4 млн руб. за отказ удалять запрещенный в РФ контент, 2.12.2021, <https://www.interfax.ru/russia/806189>

¹³² См., например: ТАСС: Соцсеть LinkedIn заблокируют в России, 10.11.2016, <https://tass.ru/obschestvo/3774252>

принимающее государство сможет осуществлять регулирование в области Интернета до тех пор, пока его действия не затрагивают активы, защищаемые в качестве инвестиций на основании применимых инвестиционных соглашений, создающих своего рода сдерживающий эффект для такого регулирования.

В итоге в рамках формирующейся системы сдержек и противовесов иностранные операторы цифровых бизнес-моделей смогут, например, подвергнуть независимой международной оценке правомерность установления законодательством принимающего государства требования о нахождении данных пользователей на его территории с точки зрения возможного нарушения требования о предоставлении национального режима¹³³. Они также смогут подвергнуть аналогичной оценке так называемые «цифровые налоги», направленные главным образом на крупные иностранные многонациональные компании, с точки зрения возможного нарушения требования о предоставлении национального режима или справедливого и равноправного режима (*fair and equitable treatment*)¹³⁴. С этой точки зрения понятие «инвестиция» позволяет определить степень международного контроля над деятельностью государств в области регулирования цифровой экономики и Интернета в целом.

¹³³ Zhang S. Protection of Cross-Border Data Flows Under International Investment Law. Scope and Boundaries // Handbook of International Investment Law and Policy. Chaisse J. et al. (eds), Springer Nature Singapore Pte Ltd., 2021. P. 209, 219–220.

¹³⁴ Gibson, Dunn & Crutcher: Digital Services Taxes May Violate Investment Treaty Protection, 30.07.2019, <https://www.mondaq.com/uk/sales-taxes-vat-gst/831318/digital-services-taxes-may-violate-investment-treaty-protections>

NEW HORIZONS OF INTERNATIONAL ARBITRATION

ISSUE 7

COLLECTION OF ARTICLES

Editor-in-Chief:
Y.N. Mullina

Publisher: Russian Institute of Modern Arbitration

НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

ВЫПУСК 7

СБОРНИК СТАТЕЙ

Ответственный редактор:
Ю.Н. Муллина

Издатель: Российский институт современного арбитража

Подписано в печать 02.06.2022. Формат 60х90/16. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Усл. печ. л. 13,25. Тираж 300 экз.
Заказ №

Отпечатано в АО «Т8 Издательские Технологии».
109316, Москва, Волгоградский пр., д. 42, корп. 5.
Тел.: + 7 (499) 332-38-31, e-mail: info@t8group.ru, www.t8print.com

ISBN 978-5-6042255-4-7



9 785604 225547