



Ассоциация участников по содействию в
развитии третейского разбирательства
(Арбитражная Ассоциация)
125047, Москва
ИНН: 771440222
КПП: 771001001
ОГРН: 1137799009996
4-ый Лесной переулок д.4,
офис 405
www.arbitrations.ru



15 мая 2018 г.

Судья Верховного Суда России

Н.В. Павлова

Дело № A38-2183/2017

Уважаемая Наталья Владимировна!

На рассмотрение Экономической коллегии Верховного суда («Суд») передано дело № A38-2183/2017. Из судебных актов по делу следует, что предметом рассмотрения Суда может стать вопрос о последствиях несоблюдения истцом доарбитражных процедур для возможности исполнения вынесенного третейским судом решения.

Мы понимаем, что вопросы права, такие как толкование и применение законодательства о третейских судах и арбитраже в конкретном деле, безусловно относятся к исключительной компетенции Суда.

Целью настоящего письма является предоставление суду дополнительной информации, которая может быть полезной для понимания международных подходов для разрешения аналогичных вопросов, и которую Суд может оценить по собственному усмотрению.

Мы надеемся, что прилагаемый к настоящему письму обзор законодательства и судебной практики ряда иностранных государств (Англии и Уэльса, Германии, США и Швейцарии), связанных с последствиями несоблюдения доарбитражных процедур, а также о распределении ролей между государственными и третейскими судами в решении вопроса о соблюдении этих процедур, может быть полезен Суду.

Об Арбитражной Ассоциации

Ассоциация участников по содействию в развитии третейского разбирательства («Арбитражная Ассоциация») была создана в 2013 году и в настоящее время насчитывает более 90 членов: российских и иностранных юридических фирм,

представителей науки и частнопрактикующих юристов. Целями деятельности ассоциации является содействие развитию международного арбитража и третейского разбирательства в России, повышение привлекательности России как места арбитража. Более подробная информация об Ассоциации содержится на сайте www.arbitrations.ru.

Отсутствие конфликта интересов

Ни Арбитражная Ассоциация, ни юристы, участвовавшие в подготовке настоящего письма и прилагаемого обзора не имеют какой-либо заинтересованности в исходе рассматриваемого Судом дела. В частности, каждый из юристов, участвовавших в его подготовке, подтвердил, что ни он, ни юридическая фирма с которой он связан, не представляет и не представляла спорящие стороны в деле.

Настоящее письмо подготовлено по собственной инициативе Арбитражной Ассоциации. Ни стороны дела, ни их представители не обращались по этому вопросу к Арбитражной Ассоциации, и Арбитражная Ассоциация не вступала ни в какие контакты со сторонами дела или их представителями в связи с подготовкой настоящего письма и приложением к нему.

Возможное значение законодательства и практики иностранных государств

Арбитражная Ассоциация посчитала необходимым привести информацию по практике иностранных судов и иностранному законодательству по следующей причине. Российская Федерация проводит политику, направленную на повышение привлекательности России как места арбитража. Поскольку судебная практика имеет важное значение при оценке сторонами привлекательности той или иной юрисдикции, Суд может принять во внимание при разрешении данного дела практику по схожим делам стран, являющихся признанными центрами арбитража.

В приведенном документе имеются только ссылки на иностранные источники, которые, с учётом ограниченного времени на подготовку настоящего письма и обзора, мы не имели возможности перевести на русский язык. В силу этого они не прилагаются в обзоре. Вместе с тем, в случае наличия к ним интереса, мы готовы представить данные источники на языке оригинала или в неофициальном переводе на английский язык, если такой перевод был опубликован.

В случае необходимости мы будем рады ответить на любые вопросы Суда или представить дополнительные материалы или пояснения.

Приложение - Обзор законодательства и судебной практики отдельных стран.

С уважением,



Сергей Владимирович Усокин
Руководитель рабочей группы

Обзор судебной практики отдельных государств

1. В настоящем обзоре анализируются судебная практика отдельных государств по вопросам последствий несоблюдения доарбитражных процедур, предусмотренных соглашением сторон, а также распределения ролей между государственными судами и арбитрами в оценке того были ли соблюдены соответствующие процедуры и каковы последствия их несоблюдения.
2. В обзоре рассматриваются судебная практика Англии и Уэльса (параграфы 3-14) Федеративной Республики Германия (параграфы 15-17), Соединенных Штатов Америки (параграфы 18-22) и Швейцарии (параграфы 23-24).
3. Приведенный обзор показывает, что суды разных стран по-разному подходят к данным вопросам. Так английские и швейцарские суды признают, что соблюдение обязательных доарбитражных процедур может быть условием наличия у арбитров компетенции на рассмотрение спора, а рассмотрение ими спора в ситуации, когда такие процедуры не были соблюдены, может быть основанием для отмены решения арбитража. Напротив, суды Германии и США исходят из того, что вопрос о соблюдении таких процедур является не вопросом компетенции (поскольку стороны согласились на рассмотрение спора арбитрами), а вопросом допустимости (*admissibility*) заявленных требований, а значит, должен решаться арбитрами. При этом суды не должны, по общему правилу, переоценивать оценку арбитрами фактических обстоятельств и их выводы о последствиях несоблюдения доарбитражных процедур. В тоже время, швейцарские суды, признавая что соблюдение доарбитражных процедур является обязательным, пришли к выводу, что последствием их несоблюдения должно быть только приостановление, но не прекращение разбирательства. Суды Англии и Уэльса и Швейцарии указывали на то, что ответчик не может ссылаться на несоблюдение доарбитражных процедур, если он недобросовестно препятствовал их проведению.

Англия и Уэльс

3. За исключением небольшого количества ограничений, установленных английским законом об арбитраже 1996 г. («**Закон об арбитраже**»), стороны свободны в

определении условий арбитражного разбирательства¹, в том числе действий, которые должны быть предприняты до инициирования арбитражного разбирательства («Доарбитражные процедуры»). Вместе с тем английскими законами не предусмотрены какие-либо обязательные Доарбитражные процедуры, которые бы применялись в отсутствие соглашения сторон об ином. В частности, предусмотренные Правилами гражданского судопроизводства досудебные процедуры применяются только в отношении разбирательств в английских государственных судах².

4. Если арбитражная оговорка предусматривает соблюдение определенных Доарбитражных процедур, однако соответствующие действия не выполняются, английский суд, в первую очередь, будет оценивать вопрос о том, могут ли такие действия считаться предварительным условием, обуславливающим возникновение у стороны права на обращение в арбитраж³. Такая оценка может осуществляться в соответствии с общими принципами толкования договоров и подходом, сформулированным в деле *Fiona Trust and Holding Corpn v Privalov*, согласно которому толкование арбитражной оговорки осуществляется с учетом «коммерческого контекста и представления толкователя о назначении соглашения» и презумпции того, что «предприниматели заключают договоры для достижения неких рациональных коммерческих целей»⁴.
5. Истолкование согласованных сторонами Доарбитражных процедур как предварительного условия для передачи спора в арбитраж означает, что их соблюдение также является предварительным условием для возникновения юрисдикции у состава арбитража.⁵ В таком случае несоблюдение Доарбитражных процедур может послужить основанием для оспаривания (при определенных

¹ Данный общий принцип отражен в Статье 1(b) Закона об арбитраже.

² Правило 2.1 английских Правил гражданского судопроизводства и статья 1(1) английского Закона о гражданском судопроизводстве 1997 г.

³ См. примеры применения данного подхода в решениях по следующим делам: *Al-Waddan Hotel Limited v MAN Enterprise SAL (Offshore)* [2014] EWHC 4796 (TCC), параграф 29; *J. T. Mackley v Gosport Marina* [2002] EWHC 1315 (TCC), параграф 35; и *Anglian Water Services Ltd v Laing O'Rourke Utilities Ltd* [2010] EWHC 1529 (TCC), параграф 16.

⁴ Решение по делу *Fiona Trust and Holding Corpn v Privalov* [2007] UKHL 40, параграфы 5 и 8.

⁵ Решение по делу *Al-Waddan Hotel Limited*, параграф 30.

условиях, как описано ниже) вынесенных впоследствии арбитражных решений – как по существу, так и по вопросу о юрисдикции.

6. Анализ практики английских судов не выявил опубликованных дел, в которых ситуация, являющаяся предметом рассмотрения в настоящем деле (и в частности – последствия направления претензии по неправильному адресу в контексте соблюдения Доарбитражных процедур), оценивалась бы напрямую. Это связано, в том числе, с тем, что, как указано выше, закон не предусматривает обязательных Доарбитражных процедур для каких-либо категорий споров. Вместе с тем в ряде дел предметом рассмотрения стали иные вопросы, связанные с последствиями несоблюдения определенных Доарбитражных процедур, согласованных сторонами. Представляется, что сформированные в рамках данных дел подходы могли бы быть релевантными и для разрешения вопросов, возникших в настоящем деле.
7. Так, в деле *Tang v Grant Thornton*⁶ английский суд оценивал положение, предусматривавшее передачу споров сначала для неформального мирного урегулирования президентом профессиональной организации, которому отводился один месяц на «попытки урегулирования» спора, а затем – специальной комиссии, которой также отводился один месяц на «попытки урегулирования» спора. Соглашением сторон устанавливалось, что стороны не вправе инициировать арбитражное разбирательство до вынесения комиссией решения о невозможности разрешения ею спора или истечения месяца с даты обращения к ней за урегулированием спора.
8. В указанном деле истец пытался оспорить вывод состава арбитража о наличии у него юрисдикции, указывая, что предусмотренные соглашением сторон Доарбитражные процедуры не были полностью соблюдены в связи с проблемами, возникшими на первых двух (предварительных) этапах. Однако суд счел, что Доарбитражные процедуры не являлись исполнимыми предварительными условиями для передачи спора в арбитраж, поскольку не содержали достаточно четкого и определенного

⁶ *Tang & Anor v Grant Thornton International Ltd & Ors*. [2014] 2 CLC 663, [2012] EWHC 3198 (Ch). Суд последовал подходу, утвержденному Апелляционным судом в решении по делу *Sulamerica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA in* [2012] EWCA Civ 638; [2013] 1 W.L.R. 102, параграфы 35-37.

обязательства инициировать соответствующие предварительные процедуры. Кроме того, по мнению суда, соответствующие положения не конкретизировали, в какой форме должно было происходить урегулирование и что подразумевалось под «попытками урегулирования»⁷.

9. Суд также счел, что намерение сторон не могло состоять в том, чтобы право на передачу спора в арбитраж могло быть «заморожено» на неопределенный срок в случае возникновения проблем с соблюдением Доарбитражных процедур. По мнению суда, действительный смысл положения о разрешении споров позволял сторонам инициировать арбитражное разбирательство по истечении двухмесячного срока с даты запроса о начале примирительных процедур или после их срыва⁸.
10. В некоторых ситуациях несоблюдение даже тех Доарбитражных процедур, которые признаются предварительным условием для передачи спора в арбитраж, может не препятствовать рассмотрению спора в арбитраже. Так, в деле *Al-Waddan Hotel Limited v MAN Enterprise SAL* английский суд признал, что положение о передаче спора на рассмотрение третьему лицу – инженеру – являлось предварительным условием для передачи спора в арбитраж⁹.
11. В указанном деле согласованный сторонами инженер отказался выполнять свои функции, и спор был передан в арбитраж несмотря на несоблюдение данного предварительного условия. В результате суд отказался отменять арбитражное решение, поскольку невозможность выполнения Доарбитражных процедур в указанных обстоятельствах была обусловлена отказом наделенного полномочиями в рамках Доарбитражных процедур третьего лица выполнять свои функции. Кроме того, суд указал, что невозможность выполнения Доарбитражных процедур была обусловлена также и бездействием противоположной стороны, на которой лежала обязанность по привлечению инженера и которая не могла извлечь выгоды из своего бездействия.

⁷ Решение по делу *Tang & Anor*, параграфы 63, 72 и 82(1).

⁸ Решение по делу *Tang & Anor*, параграфы 80 и 82(2).

⁹ Решение по делу *Al-Waddan Hotel Limited*, параграфы 29-30.

12. Английское право признает принцип *Kompetenz-Kompetenz*, в соответствии с которым состав арбитража обладает компетенцией по толкованию арбитражной оговорки и принятию решения о наличии у него юрисдикции на рассмотрение спора по существу¹⁰.
13. Вместе с тем решение состава арбитража о наличии или отсутствии у него юрисдикции, вынесенное в рамках разбирательства с местом арбитража в Англии и Уэльсе, может быть оспорено в английском государственном суде¹¹. Аналогичным образом, арбитражное решение по существу спора также может быть оспорено на основании отсутствия у состава арбитража юрисдикции¹². Однако сторона утрачивает право на оспаривание наличия юрисдикции у состава арбитража, если своевременно не заявляет соответствующие возражения в ходе арбитражного процесса¹³. При этом судебная практика исходит из того, что оспаривание юрисдикции состава арбитража¹⁴ в английском государственном суде подразумевает повторное исследование соответствующих обстоятельств несмотря на то, что они уже рассматривались составом арбитража¹⁵.
14. Приведенные выше примеры подтверждают, что вопросы о наличии у состава арбитража юрисдикции в свете соблюдения или несоблюдения Доарбитражных процедур разрешаются английскими судами в рамках данных общих механизмов.

¹⁰ Статья 30(1) Закона об арбитраже.

¹¹ Статьи 30(2), 67 и 73 Закона об арбитраже.

¹² Статьи 67 и 73 Закона об арбитраже.

¹³ Статья 73 Закона об арбитраже.

¹⁴ На основании статьи 67 Закона об арбитраже.

¹⁵ Дело *Azov Shipping Co v Baltic Shipping Co*. [1998] C.L.C. 1240, 1243 применено в решении по делу *Al-Waddan Hotel Limited*, параграф 11. Решение по делу *Azov Shipping Co* было одобрено Верховным судом, подтвердившим, среди прочего, что концепция повторного рассмотрения обстоятельств дела применима и к оспариванию юрисдикции состава арбитража, вынесшего иностранное арбитражное решение (Дело *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2010] UKSC 46; [2010] 2 CLC 793).

Федеративная Республика Германия

15. Законодательство Германии не регулирует вопросы последствий нарушения сторонами претензионного порядка для последующего арбитражного разбирательства, однако, существует судебная практика немецких судов по этому вопросу.
16. В 2016 году Верховный суд Германии рассмотрел два дела¹⁶, в которых встал вопрос о последствиях нарушения сторонами Доарбитражных процедур при инициировании арбитражного разбирательства. Суд пришел к выводу, что нарушение таких процедур не влияет на компетенцию арбитража.
17. В указанных делах ответчики оспаривали промежуточные решения арбитража о признании своей компетенции (по ст. 1040(3) Гражданского процессуального уложения Германии), ссылаясь на то, что истцы не соблюли Доарбитражные процедуры, предусмотренные арбитражной оговоркой. Признавая отказ в отмене решений верным, Верховный суд указал, что несоблюдение предусмотренной арбитражной оговоркой процедуры является вопросом «допустимости» иска в арбитраже, но не вопросом компетенции арбитража. Это означает, что несоблюдение Доарбитражной процедуры не может влечь отказ в компетенции состава арбитража, – оно может влечь лишь признание требования недопустимым, и как результат, оставление иска без рассмотрения, причем решение этих вопросов находится в исключительной компетенции состава арбитража. Допустимость иска не является обязательным условием для признания компетенции составом арбитража¹⁷. Следовательно, как указал Верховный суд Германии, в случае если состав арбитража принял иск к производству, рассмотрел по существу и вынес решение, то несоблюдение Доарбитражной процедуры не является основанием для отмены арбитражного решения, поскольку государственный суд не вправе пересматривать арбитражное решение по существу.

Соединенные Штаты Америки

¹⁶ *BGH 14.1.2016, I ZB 50/15; BGH 9.8.2016, I ZB 1/15.*

¹⁷ *BGH 9.8.2016, I ZB 1/15*

18. В США вопрос о последствиях несоблюдения Доарбитражных процедур также не урегулирован на законодательном уровне. Вместе с тем, судебная практика, в том числе на уровне Верховного суда, исходит из того, что несоблюдение этих процедур не влияет на компетенцию арбитража рассматривать иск, за исключением ситуаций, в которых стороны прямо обусловили компетенцию арбитража соблюдением таких процедур.¹⁸
19. Подход к данному вопросу в праве США был обобщен Верховным судом в решении *BG Group Plc v. the Republic of Argentina*, принятом в 2014 году.¹⁹ Компетенция арбитража в этом деле была основана на Соглашении о поощрении и защите инвестиций между Великобританией и Аргентиной, которое предусматривало, что до обращения в арбитраж инвестор должен предъявить соответствующее требование в национальные суды принимающего государства и продолжать разбирательство в них 18 месяцев. Верховный суд решил, что данное положение, как и другие предварительные условия, соблюдением которых стороны обуславливают обращение в арбитраж, не ограничивают компетенцию арбитров, и вопрос об их толковании и соблюдении должен решаться, в первую очередь, арбитрами. В частности, Верховный суд указал на следующие три обстоятельства.
20. Во-первых, суды должны по-разному подходить к двум вопросам: согласились ли стороны на рассмотрение спора арбитрами, и обусловлено ли обращение к арбитрам какими-либо условиями, и были ли такие условия соблюдены. Решение арбитров по первому вопросу может быть переоценено судами, так как связано с тем какой форум обладает компетенцией рассматривать спор. Второй вопрос (о соблюдении процедуры обращения в арбитраж) должен решаться арбитрами, так как речь не идет об их компетенции рассматривать споры между сторонами, а о толковании соглашения между сторонами – вопросе, который также относится к компетенции арбитров.²⁰

¹⁸ напр., *Howsam v. Dean, Witter Reynolds, Inc.* 537 U.S. 79 (2002); *Auto., Petroleum & Allied Indus. Employees Union, Local No. 618 v. Town & County Ford, Inc.*, 709 F.2d 509 (8th Circ. 1983);

¹⁹ *BG Group PLC v. Republic of Argentina*, 572 __ (2014) (slip op.). (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3115.pdf>)

²⁰ *Ibid.*, pp. 7-8.

21. Во-вторых, предусмотренное соглашением требование является процедурным, определяет последовательность действий до обращения в арбитраж, а значит, не является условием, определяющим наличие или отсутствие у арбитража компетенции, не обуславливает согласие стороны на передачу спора в арбитраж соблюдением соответствующих процедур. Соответственно, вопрос о соблюдении этих процедур не является вопросом компетенции, а должен решаться арбитрами.²¹
22. В-третьих, ответчик, Аргентина, не доказала, что толкование арбитрами положений соглашения, в частности, их вывод, что истец, с учетом всех обстоятельств, не должен был соблюдать предусмотренную соглашением Доарбитражную процедуру, является неразумными.²² Исходя из этого, решение арбитров не может быть отменено.

Швейцария

23. В Швейцарии вопрос об обязательности Доарбитражных процедур, предусмотренных соглашением сторон, в законодательстве не решен. Вместе с тем, судебная практика исходит из того, что соблюдение ясно сформулированных процедур является обязательным, однако последствием их несоблюдения может являться не отсутствие компетенции у арбитров, а обязанность приостановить разбирательство. При этом, решая вопрос о соблюдении или несоблюдении арбитражных процедур, арбитры вправе принимать во внимание обстоятельства спора, в том числе поведение сторон.
24. Верховный суд Швейцарии (Tribunal Federal) сформулировал следующие принципы. Во-первых, рассмотрение спора арбитрами несмотря на несоблюдение Доарбитражных процедур не является настолько серьезным нарушением, чтобы можно было говорить о нарушении процессуального публичного порядка.²³ Во-вторых, сторона не может заявить возражение о несоблюдении Доарбитражной процедуры в заявлении об отмене решения арбитража, если это возражение не было заявлено в ходе арбитража.²⁴ В-третьих, в большинстве случаев последствием несоблюдения доарбитражных процедур должно быть приостановление

²¹ *Ibid.*, pp. 13-14.

²² *Ibid.*, pp. 17-19.

²³ *X. _____ Ltd. v. Y. _____ S.p.A.*, Judgment of 16 March 2016, Tribunal Federal, 4A_628/2015, para. 2.2.

²⁴ *Ibid.*, para. 2.4.3.1.

разбирательства на период, необходимый для их соблюдения. Выбирая такой подход, Верховный суд отметил, что он позволяет не прекращать разбирательство, избежать неоправданного затягивания рассмотрения спора, а также дополнительных расходов, а также истечения срока исковой давности, если он истек в период после подачи первоначального иска.²⁵ В-четвертых, если ответчик недобросовестно уклонялся от участия в Доарбитражных процедурах или препятствовал их проведению, то он не может ссылаться на их несоблюдение.²⁶

²⁵ *Ibid.*, para.2.4.4.1.

²⁶ *A. _____ SA v. B. _____ SA*, Judgment of 7 July 2014, Tribunal Federal, 4A_124/2014, para. 3.3.