АРБИТРАЖНАЯ АССОЦИАЦИЯ

Ассоциация участников по содействию в развитии третейского разбирательства
(Арбитражная Ассоциация)
115191, Москва
ИНН: 771440222
КПП: 771001001
ОГРН: 1137799009996
Духовский переулок 17, стр. 12,
офис 404
www.arbitrations.ru

Приемная Верховного Суда Российской Федерации
03 07 2018

Судья Верховного Суда России

Н.В. Павлова

Дело № **А40-165680/2016**

3 июля 2018 г.

Уважаемая Наталья Владимировна!

На рассмотрение Экономической коллегии Верховного суда («**Суд**») передано дело № А40-165680/2016. Из судебных актов по делу следует, что предметом рассмотрения Суда может стать вопрос о возможности рассмотрения в третейском суде (арбитраже) споров, стороной которых являются организации, акционером или участником которых в свою очередь является Российская Федерация или иные публичные субъекты.

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, Бразилии и Китая), по этому вопросу, а также ранее подготовленный Арбитражной Ассоциацией обзор по вопросу об арбитрабельности споров с участием публичного субъекта или связанных с публичным (бюджетным) финансированием (включает обзор практики Англии и Уэльса, США, Финляндии, Франции и Швеции и также приложен к этому письму), могут быть полезны Суду.

Мы также отмечаем, что Европейская конвенция о внешнеэкономическом арбитраже, участником которой является Российская Федерация, прямо предусматривает право "юридических лиц публичного права" заключать арбитражные соглашения при осуществлении операций по внешней торговле (статья II пункт1).

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 обзору. 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 1 - Обзор законодательства и судебной практики отдельных стран по вопросу арбитрабельности споров, сторонами которых являются организации с госучастием.
Приложение 2 – Обзор законодательства и судебной практики отдельных стран по вопросу арбитрабельности споров с участием публичного субъекта.

С уважением,

Сергей Владимирович Усоскин
Руководитель рабочей группы

Приложение 1

Обзор законодательства и судебной практики отдельных стран по вопросу арбитрабельности споров, сторонами которых являются организации с госучастием

1. В настоящем обзоре анализируются законодательства и судебная практика отдельных государств по вопросу арбитрабельности споров, стороной которых является компания, акционером или участником которой в свою очередь является государство.

2. В обзоре рассматриваются судебная практика Англии и Уэльса (параграфы 4-13), Бразилии (параграфы 14 - 19) и Китайской Народной Республики (параграфы 20-22). Обзор дополняет ранее подготовленный рабочей группой обзор законодательства и судебной практики по вопросу арбитрабельности споров с участием субъектов публичного права, а также споров, связанных с использованием публичного (бюджетного) финансирования (приложен отдельно).

3. Приведенный обзор показывает, что во всех юрисдикциях, включая Англию и Уэльс, Бразилию и Китайскую Народную Республику, споры с участием компаний с государственным участием являются арбитрабельными. Наибольшего внимания заслуживает судебная практика Бразилии, где Верховный суд неоднократно прямо подтверждал арбитрабельность соответствующих споров, указывая на то, что неарбитрабельными их может признать только законодатель. В 2015 в бразильское законодательство были внесены изменения, которые подтвердили арбитрабельность споров, в том числе с участием государственных органов и государственных компаний. Единственной юрисдикцией, в которой арбитрабельность споров с участием публичных субъектов ограничена, является Франции, однако во Франции соответствующее ограничение установлено законом (более подробный анализ законодательства и практики приведен в приложенном обзоре).

Англия и Уэльс

4. Общее правило о возможности передачи споров в арбитраж закреплено в английском Законе об арбитраже 1996 г. (далее “**Закон об арбитраже**”). В соответствии с данным принципом свобода сторон в выборе средств разрешения споров может быть ограничена только в той мере, в которой это необходимо для защиты публичного интереса (статья 1(b) Закона об арбитраже).

5. Одним из таких ограничений являются правила о неарбитрабельности споров, в соответствии с которыми определенные вопросы «*не могут быть предметом арбитражного разбирательства*» [1]. При этом Закон об арбитраже не содержит определения или критериев, которыми должен руководствоваться суд, относя те или иные вопросы к категории арбитрабельных или неарбитрабельных.

6. Следовательно, английские суды обладают определенной свободой усмотрения при разрешении вопроса об арбитрабельности споров. Главным принципом, которым при этом руководствуются английские суды, в целом демонстрирующие явно выраженный про-арбитражный подход, является принцип автономии воли сторон.

7. Ведущим прецедентом в этой области является дело *Fulham Football Club (1987) Ltd v Richards*[2]. В данном деле Апелляционный суд Англии и Уэльса указал на следующие факторы, которые необходимо оценить для разрешения вопроса об арбитрабельности спора:

   a) идет ли речь о «*вопросе публичного интереса, который не может быть разрешен в условиях ограничений, присущих частному договорному процессу* [разрешения спора]», т.е. присутствует ли в регулировании соответствующих отношений «*такая степень государственного вмешательства и публичного интереса, которая делает неприемлемым рассмотрение* [спора] *каким-либо иным путем, кроме как в ходе судебного процесса*»; и

   b) затрагивает ли спор права третьих лиц.

8. Эту позицию Апелляционного суда развил Высокий суд в недавнем решении по делу *Nori Holdings Ltd & Ors v Public Joint-Stock Company "Bank Otkritie Financial Corporation"*[3]. Высокий суд отметил, что спор должен считаться арбитрабельным вне зависимости от того, в связи с чем он возник, если арбитры, с учетом договорной

---

[1] Статья 81(1) Закона об арбитраже предусматривает сохранение правил общего права о неарбитрабельности споров; Статья 103(3) Закона об арбитрауказывает на неарбитрабельность в качестве одного из оснований для отказа в признании или приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией 1958 г.

[2] Fulham Football Club (1987) Limited v Sir David Richards and The Football Association Premier League Limited [2011] EWCA Civ 855.

[3] Nori Holdings Ltd & Ors v Public Joint-Stock Company 'Bank Otkritie Financial Corporation' [2018] EWHC 1343 (Comm).

природы арбитража, имеют необходимые инструменты для разрешения поставленного перед ними вопроса по существу и для восстановления нарушенных прав сторон.

9. Из позиции суда по делу *Fulham Football Club (1987) Ltd v Richards* также следует, что стороне, ссылающейся на неарбитрабельность спора, было необходимо обосновать его отнесение к категории неарбитрабельных. Таким образом, суд не требовал доказательств арбитрабельности соответствующего спора. Данный подход был воспринят и в последующей судебной практике[4].

10. На основании изложенного выше можно говорить о наличии фактической презумпции арбитрабельности споров до тех пор, пока не установлено обратное.

11. На практике английские суды используют критерии неарбитрабельности ограничительно, относя к неарбитрабельным крайне узкий круг споров, в частности: (1) споры, связанные с ликвидацией юридических лиц и банкротством; (2) споры, возникающие из соглашений, заключаемых при разводе супругов, и регулирующих вопросы выплаты алиментов; (3) споры из соглашений, исключающих или ограничивающих доступ работника к суду по трудовым спорам.

12. Из приведенных примеров неарбитрабельных споров и логики, которой руководствуются английские суды при разрешении вопроса об арбитрабельности, следует вывод о том, что споры из коммерческих контрактов по общему правилу арбитрабельны. Тот факт, что в коммерческом споре присутствует значительный публичный элемент, например, в ситуации, когда предметом спора являются средства, полученные стороной спора из государственного бюджета, сам по себе не означает его неарбитрабельности. Аналогичным образом, статус сторон (их организационно-правовая форма, состав акционеров и положение собственников предмета спора) также не влияет на оценку арбитрабельности предмета спора между ними.

13. Споры, возникающие из договоров о государственных закупках, не подпадают ни под одно из исключений и являются арбитрабельными. Более того, можно сделать вывод, что на практике арбитражные оговорки включаются в договоры о государственных закупках, регулируемые английским правом, с увеличивающейся частотой. Так, возможность

---

[4] См., например, дело Salford Estates (No 2) Ltd v Altomart Ltd (No 2) [2014] EWCA Civ 1575.

рассмотрения споров в арбитраже предусматривают составленные Министерством торговли Великобритании типовые условия поставки товаров для нужд органов исполнительной власти и других публичных организаций [5], а также некоторые стандартные условия договоров строительного подряда для государственных нужд.

Бразилия

14. В соответствии с бразильским законодательством арбитрабельными являются любые споры, касающиеся прав, которые могут иметь денежную оценку, то есть любые имущественные споры.[6] В 2015 году в бразильское законодательство были внесены изменения, которые прямо подтвердили возможность передачи в арбитраж споров, стороной которых являются государственные органы и компании с государственным участием.

15. Однако, как отмечают комментаторы,[7] и до прямого подтверждения возможности рассмотрения таких споров арбитражем, бразильские суды последовательно исходили из арбитрабельности соответствующих споров.

16. Еще в 1999 году в деле *Serveng CivilSan S/A – Empresas Associadas de Engenharia and Andrade Guttierez S/A v. Tribunal de Contras do Districto Federal* такой подход был подтвержден апелляционным судом. Спор возник из договора на реконструкцию систем водоснабжения и канализациии города Бразилиа – столицы Бразилии. Нижестоящий суд решил, что соответствующий спор не может рассматриваться в арбитраже, однако с ним не согласился апелляционный суд по федеральному округу. Апелляционный суд признал, что стороной договора является государственная компания и работы затрагивают публичный интерес, но договорные споры между сторонами не затрагивают этот интерес и могут быть рассмотрены в арбитраже.[8]

17. В 2005 году этот подход был подтвержден Верховным судом Бразилии в деле *AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda v. Companhia Estadual de Energia Eletrica – CEEE*, сторонами которого были частная электоэнергетическая компания и компания,

---

[5] См., например, http://www.hse.gov.uk/sellingtohse/ и http://www.hse.gov.uk/sellingtohse/tandcgoods.pdf.

[6] Law No. 9.307 of 23 September 1996.

[7] de Oliveira, Leonardo V.P., Arbitrability under the new Brazilian arbitration act: a real change, Arbitration International, 2016, vol. 33, Issue 2, pp. 295-316.

[8] Writ of Mandamus (Mandado de Seguranca) No. 1998002003066-9, Especial Counsel of the Distrito Federal Court of Appeal, Reporting Judge Nancy Andrighi, decided on 18 May 1999, published in the official gazzette on 18 August 1999.

принадлежащая бразильскому штату Риу-Гранди-ду-Сул. Бразильская госкомпания провела публичный тендер на закупку электроэнергии и заключила договор с частной компанией, предусматривающий рассмотрение споров арбитражем Международной торговой палаты. Утверждая, что договор был нарушен, госкомпания обратилась в бразильский государственный суд, ссылаясь на то, что как государственная компания она не могла без разрешения законодателя отказаться от исключительной компетенции государственных судов рассматривать соответствующие споры. Однако Верховный суд отметил, что споры, связанные с хозяйственной деятельностью государственной компании (например, с торговлей с целью извлечения прибыли или производственной деятельностью) являются арбитрабельными; неарбитрабельными являются только споры, связанные с реализацией ею публичных полномочий, например, с осуществлением публично-правового регулирования.[9]

18. В 2008 Верховный суд пришел к такому же выводу в деле *TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A v. Ministro de Estado da Ciencia e Tecnologia*. В этом деле истец оспаривал решение Министра науки и технологий Бразилии расторгнуть договор, заключенный между истцом и компанией, принадлежащей бразильскому федеральному правительству, предусматривающий оказание истцом услуг по эксплуатации и управлению морским портом. Истец ссылался на то, что соответствующий спор должен был быть рассмотрен в арбитраже. Верховный суд Бразилии согласился с истцом, отметив, что если «публичное лицо» действует как частное, то спор не может быть признан неарбитрабельным. Суд особо подчеркнул, что признание такого спора неарбитрабельным будет означать создание запрета, который не предусмотрен законодательством.[10]

19. В 2011 году Верховный суд Бразилии еще раз подтвердил арбитрабельность подобных споров в деле *Companhia Paranaense de Gas Natural – COMPAGAZ v. Consorcio Carioca Passarelli*. Государственная компания, поставляющая газ потребителям, заключила с консорциумом договор на поставку газа, который содержал арбитражную оговорку. Затем госкомпания оспорила арбитражную оговорку в суде, ссылаясь на природу правоотношений по договору. Верховный суд признал спор арбитрабельным, указав на

---

[9] Special Appeal (Recurso Especial) No. 612.439/RS, Second Chamber of the Superior Court of Justice, Reporting Justice Joao Otavio de Noronha, decided on 25 October 2005, published in the Brazzilian official gazette on 14 September 2006.

[10] Writ of Mandamus (Mandado de Seguranca) No. 11308/DF, First Section of the Superior Court of Justice , Reporting Judge Luiz Fux, decided on 9 April 2008, published in the Brazilian official gazette on 19 May 2008.

то, что он касается определения финансового и экономического баланса интересов сторон договора, связанного с нарушением сроков начала поставок, а значит, является имущественным.[11]

Китайская Народная Республика

20. Критерии арбитрабельности указаны в статье 2 Закона КНР «Об арбитраже» от 31.08.1994[12], а именно: договорные споры и иные имущественные споры между равными субъектами (гражданами, юридическими лицами и иными организациями) могут рассматриваться посредством арбитража.

21. В статье 3 Закона КНР «Об арбитраже» приведены две категории неарбиртабельных споров: (1) споры, затрагивающие личные права, а именно, споры о браке, споры об усыновлении (удочерении), наследственные споры, и (2) споры между государственными органами или споры, в которых одна из сторон является государственным органом, то есть административные споры.

22. В качестве примера из судебной практики споров первой катгеории можно привести Ответ Верховного Народного Суда КНР (2009) *Min Si Ta Zi No. 33* об отказе в признании и приведении в исполнение арбитражного решения монгольского арбитража, так как предметом спора были наследственные отношения.

23. Также в силу статьи 77 Закона КНР «Об арбитраже» его действие не распространяется на трудовые споры и споры, связанные с договорами в области сельского хозяйства.

24. Законодательство Китайской Народной Республики не запрещает китайским компаниям с государственным участием участвовать в арбитраже.

---

[11] Special Appeal (Recurso Especial) No. 904.813/PR, Third Chamber of the Superior Court of Justice, Reporting Justice Nancy Andrighi, decided on 20 November 2011, published in the Brazilian official gazette on 28 February 2012.

[12] http://en.pkulaw.cn.ezproxy.cityu.edu.hk/display.aspx?cgid=301395&lib=law

Приложение 2

Обзор законодательства и судебной практики отдельных стран по вопросу арбитрабельности споров с участием публичного субъекта

1. В настоящем обзоре анализируются законодательства и судебная практика отдельных государств по вопросу об арбитрабельности споров, участниками которых являются субъекты публичного права, а также споров, связанных с использованием публичного (бюджетного) финансирования.

2. В обзоре рассматриваются законодательство и судебная практика Англии и Уэльса (параграфы 4-11), Соединенных Штатов Америки (параграфы 12-16), Финляндии (параграфы 17-19), Франции (параграфы 20 - 37) и Швеции (параграфы 38-40).

3. Приведенный обзор показывает, что практика большинства стран не признает неарбитрабельными договорные споры, стороной которых является публичный субъект. Насколько нам известно, с учетом проведенного анализа законодательства и практики, ни одно из рассматриваемых государств не признает неарбитрабельным договорные споры, которые опосредованно связаны с использованием бюджетных средств. Наиболее известным примером государства, ограничивающего арбитрабельность споров с участием публичного субъекта, является Франции. Однако во Франции, по общему правилу, на рассмотрение внутреннего арбитража не могут быть переданы только споры с участием публичных образований и учреждений, а также связанные с публичным порядком, что прямо установлено Гражданским кодексом. При этом применительно к международному коммерческому арбитражу должна учитываться, в случае если она применима, Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (стороной которой является и Российская Федерация), допускающая передачу в арбитраж споров с участием публичных субъектов.

Англия и Уэльс

4. Общее правило о возможности передачи споров в арбитраж закреплено в английском Законе об арбитраже 1996 г. (далее “Закон об арбитраже”). В соответствии с данным принципом свобода сторон в выборе средств разрешения

споров может быть ограничена только в той мере, в которой это необходимо для защиты публичного интереса (статья 1(b) Закона об арбитраже).

5. Одним из таких ограничений являются правила о неарбитрабельности споров, то есть о «вопросах, которые не могут быть предметом арбитражного разбирательства» – данная формулировка используется, в частности, в Статье 81(1) Закона об арбитраже, предусматривающей сохранение правил общего права о неарбитрабельности, и Статье 103(3), указывающий на неарбитрабельность в качестве одного из оснований для отказа в признании или приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией 1958 г.

6. В соответствии с этим арбитражное соглашение, предусматривающее отнесение неарбитрабельного спора в арбитраж, является неисполнимым. При этом Закон об арбитраже не содержит определения или критериев, которыми должен руководствоваться суд, относя те ли иные вопросы к категории арбитрабельных или неарбитрабельных, равно как и примеров таких вопросов.

7. Следовательно, английские суды обладают определенной свободой усмотрения при разрешении вопроса об арбитрабельности споров. Главным принципом, которым при этом руководствуются английские суды, в целом демонстрирующие явно выраженный про-арбитражный подход, является принцип автономии воли сторон.

8. Ведущим прецедентом в этой области является дело Fulham Football Club (1987) Limited v Sir David Richards and The Football Association Premier League Limited [2011] EWCA Civ 855. В данном деле Апелляционный суд Англии и Уэльса, соглашаясь с возможностью передачи в арбитраж исков акционеров об ущемлении их прав (против компаний, акционерами которых они являются), указал на следующие факторы, которые необходимо оценить для разрешения вопроса об арбитрабельности спора:

   a) Присутствует ли в ситуации «*такая степень государственного участия и публичного интереса, которая делает неприемлемым рассмотрение* [спора] *каким-либо иным путем, кроме как в ходе судебного процесса*»; и

   b) Затрагивает ли спор права третьих лиц.

9. На практике английские суды используют данные критерии ограничительно, относя к неарбитрабельным крайне узкий круг споров. Например, суды относят к

неарбитрабельным следующие категории споров, затрагивающие права третьих лиц: (1) споры, связанные с ликвидацией юридических лиц и банкротством; (2) споры, возникающие из соглашений, заключаемых при разводе супругов, и регулирующих вопросы выплаты алиментов; (3) споры из соглашений, исключающих или ограничивающих доступ работника к суду по трудовым спорам; и (4) споры о передаче титула на недвижимость.

10. В соответствии с этим тот факт, что в споре присутствует значительный публичный элемент, например, в ситуации, когда предметом спора являются бюджетные средства, сам по себе не означает его неарбитрабельности. Аналогичным образом, статус сторон также не влияет на оценку арбитрабельности предмета спора между ними.

11. Споры, возникающие из договоров о государственных закупках, не подпадают ни под одно из исключений и являются арбитрабельными. Более того, можно сделать вывод, что на практике арбитражные оговорки включаются в договоры о государственных закупках, регулируемые английским правом, с увеличивающейся частотой. Так, возможность рассмотрения споров в арбитраже предусматривают составленные Министерством торговли Великобритании типовые условия поставки товаров для нужд органов исполнительной власти и других публичных организаций, а также некоторые стандартные условия договоров строительного подряда для государственных нужд.

Соединенные Штаты Америки

12. В судебной практике США имеет место подход, согласно которому запрет на рассмотрение отдельных типов споров в арбитраже (придания им характера неарбитрабельности) должен следовать из намерения законодателя при урегулировании определенных общественных отношений, т.е. при отсутствии явно выраженного запрета на рассмотрение спора в арбитраже он является вполне арбитрабельным. Само по себе наличие публичного элемента в споре не означает, что такие категории споров являются неарбитрабельными – в судебной практики США имеются многочисленные примеры, когда связанные с публичным элементом

споры (например, антимонопольные споры; споры, связанные с регулированием рынка ценных бумаг и иные) успешно рассматриваются в арбитраже[1].

13. Большое значение для понимания того, как суды в США относятся к вопросу арбитрабельности, имеет разделение правовой системы на федеральное право и право штатов[2]. Суды склонны определять арбитрабельность на федеральном уровне: федеральное законодательство имеет преимущественную юридическую силу при решении вопроса о том, является ли спор арбитрабельным. Даже если по праву конкретного штата спор не является арбитрабельным, это не препятствует его рассмотрению в арбитраже, если федеральное законодательство противоречит законодательству штата и допускает арбитрабельность спора[3]. Наличие общего (судебного) права приводит к тому, что границы арбитрабельности споров в США зачастую определяются путем судебного толкования законодательных актов, которые могут не содержать четкого перечня неарбитрабельных споров[4].

14. При определении арбитрабельности спора суды обязаны руководствоваться целями Федерального арбитражного акта США (системообразующего нормативного правового акта в сфере арбитража) и со "здоровым подходом" относиться к федеральной политике, благоприятствующей арбитражу – т.е. препятствия для арбитрабельности спора должны толковаться ограничительно и не вредить арбитражу в целом[5].

15. Данная про-арбитражная федеральная политика должна, тем не менее, быть соотнесена (сбалансирована) с федеральной политикой, ставящей во главу угла право на рассмотрение спора в государственном суде. Однако последняя из

---

[1] *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985); *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974); *Rodriquez de Quijas v. Shearson/Am. Express, Inc.*, 490 U.S. 477 (1989).

[2] Своеобразным также является широкое понимание арбитрабельности в США, что охватывает помимо привычного для европейских правопорядков вопроса о том, является ли допустимым рассмотрение конкретного типа споров в арбитраже, также действительность и объем арбитражного соглашения (см. *AT&T Techs., Inc. v. Communications Workers*, 475 U.S. 643 (1986); *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995). См. также критику данного подхода, воспринятого в Проекте Третьего свода права США по международному коммерческому арбитражу (Restatement (Third) U.S. Law of International Commercial Arbitration): Gary Born, International Commercial Arbitration (Second Edition, Kluwer Law International), p. 954-955. Иной отличительной особенностью права США является то, что категория неарбитрабельных "внутренних" споров (без международно-правового элемента) значительно шире, чем категория неарбитрабельных споров, рассматриваемых в международном коммерческом арбитраже. См. также Gary Born, International Commercial Arbitration (Second Edition, Kluwer Law International), p. 956.

[3] *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1 (1984); Alison Brooke Overby, Arbitrability of Disputes under the Federal Arbitration Act, 71 Iowa L. Rev. 1137, 1142 (1986).

[4] Gary Born, International Commercial Arbitration (Second Edition, Kluwer Law International), p. 963-964.

[5] *Moses H. Cone Memorial Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24 (1983).

названных политик не запрещает рассмотрение в арбитраже требований, основанных на федеральных правовых актах (возможно, с высокой концентрацией публично-правового элемента), если это (1) охватывается арбитражным соглашением и (2) Конгресс (федеральный орган законодательной власти США) "не продемонстрировал явного намерения ограничить отказ от права на рассмотрение иска в государственном суде" [6]. Намерение законодателя определяется путем буквального, системного и исторического толкования[7], и спор считается арбитрабельным, пока Конгресс явно не продемонстрировал обратного намерения[8]. Бремя доказывания неарбитрабельности спора лежит на стороне, возражающей против возможности рассмотрения спора в арбитраже, и неарбитрабельность не может быть просто косвенно выведена из схемы законодательного регулирования[9].

16. Суды США применяют доктрину "вторичной оценки" ("*second look*") при решении вопросов арбитрабельности: осознавая, что рассмотрение спора в арбитраже может не в полной мере отразить цели, преследуемые законодателем при принятии императивных правовых норм, имеющих особую значимость, государственные суды, тем не менее, не препятствуют арбитражу и не презюмируют, что арбитры пойдут вразрез с интересами законодателя, а дают им возможность рассмотреть спор и сохраняют за собой возможность применить "вторичную правовую оценку" в рамках процедур отмены или приведения арбитражного решения в исполнение[10].

Финляндия

17. Законодательство Финляндии никак не ограничивает право сторон, заключающих коммерческие контракты с привлечением бюджетного (государственного) финансирования, предусмотреть оговорку о рассмотрении споров из таких контрактов третейским судом. Законодательство Финляндии строго ограничивает право стороны третейского (арбитражного) разбирательства требовать отмены /

---

[6] *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, 628 (1985).

[7] *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, 628 (1985).

[8] *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, 639-40 n.21 (1985); *Shearson/Am. Express, Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220, 226-27 (1987).

[9] *Rodriquez de Quijas v. Shearson/Am. Express, Inc.*, 490 U.S. 477, 483 (1989); *CompuCredit Corp. v. Greenwood*, 132 U.S. 665 (2012).

[10] См.: *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985); *Simula, Inc. v. Autoliv, Inc.*, 175 F.3d 716, 723 n.4 (9th Cir. 1999); *George Fischer Foundry Sys., Inc. v. Adolph H. Hottinger Maschinenbau GmbH*, 55 F.3d 1206, 1210 (6th Cir. 1995); *Life of Am. Ins. Co. v. Aetna Life Ins. Co.*, 744 F.2d 409 (5th Cir. 1984). Цит. по Gary Born, International Commercial Arbitration (Second Edition, Kluwer Law International), p. 952; 979.

отказа в приведении в исполнение арбитражного решения по основаниям, которые она не заявляла при рассмотрении спора третейским судом.

18. Процедура арбитража в Финляндии регулируется положениями Закона об арбитраже (967/1992).[11] Согласно статье 2 финского Закона об арбитраже, на рассмотрение третейского суда может быть передан любой гражданский или коммерческий спор, который теоретически может быть урегулирован соглашением сторон. То есть, если требования сторон(ы) в силу закона могут быть удовлетворены только государственным судом или иным компетентным органом власти, то споры по таким требованиям не могут быть преданы на рассмотрение третейского суда (например, требования о пресечении недобросовестной конкуренции). Аналогична ситуация, когда стороной спора является публичный субъект, выступающий не как равная сторона гражданско-правовых или коммерческих отношений, а реализующий свои публичные властные полномочия (например, в административных делах). В законодательстве Финляндии, как и в практике финских судов, не встречается примеров ограничения права сторон, заключающих коммерческие контракты с привлечением бюджетного (государственного) финансирования, передать споры из таких контрактов на разрешение третейского суда.

19. Согласно статье 40 финского Закона об арбитраже, решение внутреннего (не международного) третейского суда может быть отменено государственным судом Финляндии в случае, если рассмотренные требования не могли быть предметом арбитражного разбирательства согласно законам Финляндии (как указано в предыдущем параграфе). В то же время, в силу параграфа 2 статьи 41 финского Закона об арбитраже (применимого по аналогии), сторона третейского разбирательства не вправе требовать в государственном суде отмены арбитражного решения по основаниям нарушения процедуры, если она не заявляла о них при рассмотрении спора третейским судом. Таким образом можно заключить, что, если сторона сама инициировала третейское разбирательство, она не вправе в дальнейшем ссылаться на неарбитрабильность такого спора и требовать отмены / отказа в приведении в исполнение вынесенного по спору арбитражного решения.

[11] Текст финского Закона об арбитраже (967/1992) с изменениями от 1999, 2002 и 2015 годов, на английском языке http://www.finlex.fi/sv/laki/kaannokset/1992/en19920967.pdf

Франция

20. Общие правила арбитрабельности споров установлены в статьях 2059, 2060 и 2061 Французского Гражданского Кодекса.

21. В соответствии со статьей 2059 Французского Гражданского Кодекса:

> «*Все лица могут заключать арбитражные соглашения в отношении прав, которыми они могут свободно распоряжаться*».

22. В соответствии со статьей 2060 Французского Гражданского Кодекса:

> «*Никто не может заключать арбитражные соглашения по вопросам статуса и правоспособности лиц; дел, связанных с разводом и с раздельным проживанием супругов или споров с участием государственных органов или учреждений и в целом – споров, затрагивающих публичный порядок*».

23. В соответствии со статьей 2061 Французского Гражданского Кодекса:

> «*Кроме случаев, оговоренных в законе, арбитражное соглашение в договорах, заключенных в связи с осуществлением трудовой деятельности, является действительным*».

24. Вышеназванные статьи очерчивают категории неарбитрабельных споров и суды не обладают широкой свободой усмотрения по данному вопросу. Кроме того, вопросами, отнесенными к исключительной юрисдикции государственных судов, являются уголовные и налоговые споры, а также споры о банкротстве[12].

25. Чуть большей свободой суды обладают при решении вопроса арбитрабельности «споров, затрагивающих публичный порядок» (ст. 2060). Тем не менее, судейское усмотрение и здесь ограничено уже устоявшейся практикой, последовавшей за решением Кассационного Суда Франции по делу *Тиссо*[13]. В этом деле Кассационный Суд постановил, что арбитры могут выносить решения по спорам, затрагивающим вопросы публичного порядка, в том числе оценивать, имеется ли нарушение публичного порядка, при условии, что сам арбитраж или арбитражное решение не приведет к нарушению публичного порядка[14].

---

[12] E. Loquin, *L'arbitrage du Commerce International*, Lextenso éditions, 2015, § 81, стр. 79-80.

[13] *Кассационный суд,* Палата по коммерческим спорам, 28 ноября 1950 г. *Tissot*: *Bull. civ*., III, n° 355; D. 1951, стр. 170.

[14] *Апелляционный суд Парижа*, 19 мая 1993 г., *Labinal, Rev. arb.* 1993, стр. 645, Ch. Jarrosson. По вопросу внутреннего арбитража: Апелляционный суд Парижа, 16 июня 1998 *Rev. arb.* 1999,стр. 333, L. Idot.

26. Само арбитражное разбирательство также может нарушать публичный порядок, если полномочия арбитров вытекают из незаконного основания. Например, это случай, когда договор незаконен, а стороны просят арбитров оценить исполнение ими этого договора или истолковать его без оценки законности самого договора. В данной ситуации публичный порядок будет нарушен, так как соглашение сторон вынуждает арбитров вынести решение на основании незаконного договора. Однако если арбитры среди прочего уполномочены разрешить вопрос о действительности договора, а, следовательно, и на вынесение о его недействительности на основании его незаконности, спор будет арбитрабельным и не нарушит публичного порядка.

27. Так, в деле *JC. Decaux* (решения Апелляционного суда Парижа от 22 мая 1982 г. и Кассационного суда от 21 октября 1981 г.) две компании создали совместное предприятие. Его создание было незаконным, так как нарушало антимонопольное законодательство. Между двумя компаниями возник спор по поводу деятельности совместного предприятия. Согласно арбитражной оговорке, содержавшейся в уставе предприятия, спор был передан на рассмотрение арбитрам, уполномоченным рассматривать любые споры об исполнении обязательств сторон, вытекающих из деятельности совместного предприятия. Французские государственные суды впоследствии отменили решение арбитров, так как совместное предприятие было незаконным. Вынесение решения на основании арбитражной оговорки, содержащейся в уставе незаконной компании, нарушает публичный порядок.

28. В научной литературе в целом отмечается, что французское право развивается в сторону более свободного толкования в пользу про-арбитражного подхода[15].

29. С учетом изложенного выше споры из договора, предполагающего использование государственных средств, который сам по себе не нарушает требований закона, по общему правилу арбитрабельны (при условии, что обе его стороны уполномочены передавать споры в арбитраж согласно французскому законодательству об арбитраже).

30. Правомочия публичных образований на передачу споров в арбитраж различаются в контексте внутреннего и международного арбитража. Споры из договоров, заключаемых между публичным образованиями и другими французскими

[15] E. Loquin, *L'arbitrage du Commerce International*, Lextenso éditions, 2015, § 83, стр. 80.

сторонами, не могут быть переданы на рассмотрение внутреннего арбитража, за исключением случаев, когда соответствующее публичное учреждение, занимающиеся промышленной или коммерческой деятельностью, имеет специальное разрешение Правительства на включение арбитражных оговорок в определенные договоры. Споры из договоров, заключенных между публичными образованиями и иностранными сторонами, напротив, могут свободно передаваться в международный арбитраж.

31. Один из распространенных сценариев, в котором возникает вопрос о публичном элементе, это договорные отношения, включающие использование государственных средств. Вероятно, что хотя бы одна из сторон договора, предполагающего использование государственных средств, попадает в одну из двух категорий: (1) публичные органы и учреждения[16], и (2) публичные учреждения, занимающиеся промышленной или коммерческой деятельностью[17] (совместно – «публичные образования»)[18].

32. Французским Гражданским Кодексом установлен следующий общий принцип: «все лица могут заключать арбитражные соглашения в отношении прав, которыми они могут свободно распоряжаться».

33. Из этого принципа есть исключения:

«Никто не может заключать арбитражные соглашения по вопросам, касающимся […] споров с участием государственных органов или учреждений и в целом – споров, затрагивающих публичный порядок. Однако, некоторые категории публичных учреждений, занимающихся промышленной или торговой деятельностью, могут быть уполномочены декретом Правительства на заключение арбитражных соглашений».

34. Таким образом, публичные образования могут заключать арбитражные соглашения о передаче своих споров на рассмотрение внутреннего арбитража, только когда они

[16] Публичные образования, созданные для осуществления традиционных суверенных и социальных функций государства (например, государство, территориальные образования).

[17] Публичные образования, созданные для производства и продажи товаров и услуг, чьи ресурсы формируются главным образом за счет средств, поступающих от потребителей (например, государственные компании).

[18] *Суд по разрешению споров о подсудности*, 17 ноября 2010 г., Fondation G. Letten Saugstad c/ Inserm, Rev. arb., 2010, стр. 275

уполномочены на это явно выраженным образом[19]. Так, допускается включение арбитражных оговорок в договоры о государственных закупках, заключенные государством или территориальным образованием, с целью уменьшения их операционных расходов, однако в каждом конкретном случае необходимо специальное разрешение, оформляемое отдельным декретом Правительства.

35. Что касается международного арбитража, Европейская Конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 г. (в тех случаях, когда она применима) превалирует над статьей 2060 Французского Гражданского Кодекса. В соответствии со статьей 2 Конвенции:

> «[…] *юридические лица, которые по применимому к ним праву, считаются «юридическими лицами публичного права» уполномочены на заключение действительных арбитражных соглашений*».

36. Таким образом, публичные образования свободны в заключении соглашений о передаче споров в международный арбитраж.

37. Важно отметить, что в данном случае арбитрабельность ограничена именно по субъективному признаку, то есть соответствующие ограничения действуют именно в отношении определенных публичных образований и это ограничение прямо установлен – законом (Гражданским кодексом).

Швеция

38. В Законе Швеции «Об арбитраже» вопрос арбитрабельности решен достаточно простым образом, а именно все вопросы, по которым стороны могут достичь соглашения, признаются арбитрабельными. Сам Закон «Об арбитраже» не определяет круга таких споров, за одним исключением: споры с участием потребителей не могут быть предметом арбитражного рассмотрения.

39. Ориентиром могут служить и иные законодательные акты, содержащие ограничения по арбитрабельности. Например, законодательство об интеллектуальной собственности, устанавливает ограничения по вопросу арбитрабельности споров о действительности патентов, товарных знаков и прочих объектов интеллектуальной собственности. Корпоративным законодательством также устанавливается, что соглашения, влекущие нарушение прав миноритарных

[19] *Государственный совет*, 3 марта 1989, *AREA*, n° 79532, *Rev. arb.*, 1989 стр.. 215; D. Foussard, "*Le juge administratif et l'arbitrage (Remarques à propos de l'arrêt AREA du 3 mars 1989)*", *Rev. arb.*, 1989, стр.167.

акционеров, считаются неарбитрабельными в силу того, что затрагивают интересы третьих лиц, не являющихся стороной арбитражного соглашения. Неарбитрабельны в Швеции также и трудовые, семейные и уголовные дела. В то время как вопросы уголовного наказания не являются арбитрабельными, вопросы компенсации ущерба, наступившего вследствие совершения преступления, вполне могут быть предметом исследования арбитража.

40. Отметим, что если спор является лишь частично арбитрабельным, состав арбитража вправе вынести решение по тем вопросам спора, которые являются арбитрабельными.