

РЕГЛАМЕНТ ЮНСИТРАЛ – СТАРЕЙШИНА В МИРЕ АРБИТРАЖНЫХ РЕГЛАМЕНТОВ AD HOC



Илья Никифоров¹,
управляющий партнер
«Егоров, Пугинский,
Афанасьев и партнеры»,
Санкт-Петербург

В последнее время в отечественном арбитражном сообществе активно заговорили об арбитраже ad hoc – как в связи с последними поправками в законодательстве, так и из-за неясности судьбы ad hoc в России в целом. Что же такое ad hoc – неужели это действительно суд без правил? Нет, правила у «эдхоков» есть. Нужно напомнить, что важнейшим глобальным документом, регламентирующим деятельность арбитражей ad hoc, является Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ. Многие договоры о защите капиталовложений между Россией и странами дальнего зарубежья предполагают рассмотрение споров между инвестором и принимающим государством, а равно договаривающимися сторонами по данным правилам.

В конце 2000-х годов мне довелось принимать участие в сессиях рабочей группы по подготовке новой редакции Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, известной ныне как пересмотренный Регламент 2010 года.

Интересно, что по совокупному количеству дел Регламент ЮНСИТРАЛ используется чаще, чем любые отдельно взятые правила институционального арбитража, хотя и существует как бы в тени. Полагаю, отсутствие привязки к определенному арбитражному институту приводит к тому, что имидж этого инструмента проигрывает в сравнении с его практическим значением. Чтобы убедиться, обратимся к истории Регламента и исследованиям о статистике его использования.

История Регламента ЮНСИТРАЛ

Положения Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ (Комиссии ООН по праву международной торговли, www.uncitral.org) 1976 года

¹ Адвокат, преподаватель юридического факультета СПбГУ. Принимал участие в деятельности рабочей группы по подготовке пересмотренного Регламента ЮНСИТРАЛ в качестве наблюдателя от ИВА (Международной ассоциации юристов). Адвокатское бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры» – юридическая фирма, представляющая интересы бизнеса в странах бывшего СССР. В материале изложены собственные взгляды автора, которые могут не совпадать с позицией бюро и его адвокатов.

можно считать самыми популярными правилами третейского разбирательства в мире. Изначальная версия Регламента — долгожитель международного арбитража: этот инструмент служил практически единственным известным источником для процессов *ad hoc* почти целых 35 лет, до принятия его новой редакции в 2010 году. Регламент широко применяется и сейчас — в случаях, когда разбирательства происходят из «старых» контрактов. Используется он и для инвестиционного арбитража — арбитражные оговорки с отсылкой к Регламенту можно найти в межправительственных соглашениях о поощрении и защите капиталовложений. Особенно часто прибегают к этому механизму для разрешения коммерческих споров в крупных инфраструктурных проектах, концессионных соглашениях и подобных начинаниях. Насколько широко?

Обратимся к статистике. Около половины дел, проходящих через Постоянную палату третейского суда в Гааге (Permanent Court of Arbitration) — межправительственную организацию, находящуюся в Гааге и выполняющую по умолчанию функцию назначения компетентного органа по Регламенту, — это инвестиционные споры¹. Обзор 200 крупнейших процессов международного арбитража² позволяет установить, что по популярности эти правила *ad hoc* не уступают регламентам ведущих постоянно действующих арбитражных институтов мира. Регламент применяется почти в четверти масштабных разбирательств в обоих секторах арбитража, будучи столь же популярен, как и Регламент ICC (Международной торговой палаты) применительно к коммерческим спорам, и процедура ICSID в инвестиционном арбитраже.

Многие арбитражные институты не только ведут разбирательства по собственным канонам,

¹ См. документ ООН А/CN.9/665, п. 47–50.

² Лучшие против лучших: крупнейшие процессы в международном торговом арбитраже, действующие лица и исполнители // Третейский суд. — 2006. — № 6; 2007. — № 1, 2; Никифоров И. В. Хроники международного арбитража. Лучшие против лучших: раунд второй // Третейский суд. — 2008. — № 4–6; Goldhaber M. D. Arbitration Scorecard // American Lawyer Focus Europe. 2009, July 01. В этих обзорах рассматриваются дела в международном коммерческом и инвестиционном арбитраже, в которых цена иска превышает соответственно 200 и 100 млн долл.

но и предлагают административную поддержку процесса по правилам ЮНСИТРАЛ. Больше того, этот текст используется в качестве ориентира или отправной точки для составления «домашних» регламентов — правил арбитражного разбирательства постоянно действующих арбитражных учреждений. Так, например, этот документ послужил образцом для Международного арбитражного регламента Международного центра по урегулированию конфликтов (International Center for Dispute Resolution, ICDR)³, который впервые был составлен в 1986 году.

Эволюция Регламента

Практика международного арбитража не стоит на месте. Развивается законодательство в этой сфере, появляются новые международные соглашения и трансформируются классические подходы. Еще в 2006 году было решено, что Регламент 1976 года нуждается в модернизации в связи с изменениями, которые произошли за 30 лет в праве и практике международного арбитража (в частности, в документе следовало отразить использование электронных средств связи). Целью ревизии стало повышение процессуальной эффективности, при этом изначально структуру текста, его концепцию и стиль изложения считали целесообразным сохранить. Проект прошел три чтения и принял окончательный вид в феврале 2010 года.

25 июня 2010 года на сессии в Нью-Йорке ЮНСИТРАЛ утвердила пересмотренный Регламент, который вступил в силу с 15 августа⁴. «Старые» арбитражи будут проходить по документу 1976 года. Если ссылка на Регламент включена в арби-

³ ICDR создан под эгидой Американской ассоциации арбитража (США) и выполняет функции ее международного арбитражного органа. В случае если арбитражная оговорка во внешнеэкономическом контракте предусматривает разрешение спора по правилам Американской ассоциации арбитража, такое разбирательство передается Центру по его международному регламенту; собственно правила арбитража Американской ассоциации арбитража рассчитаны на применение при рассмотрении внутренних споров.

⁴ Аутентичный русский текст можно найти на сайте организации по ссылке <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-r.pdf>. Там же доступны версии на английском и других языках.

травное соглашение, заключенное после 15 августа 2010 года⁵, предполагается применение новых правил. Разумеется, стороны всегда могут согласовать использование конкретного варианта правил.

Новеллы пересмотренного Регламента 2010 года

Включены положения на случай арбитража со множественностью лиц и соединения арбитражных разбирательств. Однако нет указаний относительно объединения процессов, возникающих из нескольких взаимосвязанных договоров, например подряда и субподряда, — такой механизм при необходимости придется прописывать в арбитражных оговорках каждого контракта. Доработаны вопросы предварительных обеспечительных мер. Критерии, которыми следует руководствоваться третейскому суду при вынесении подобных распоряжений, установлены в п. 3 ст. 26 Регламента⁶:

1. отсутствие предварительных обеспечительных мер увеличивает риск негативных последствий, которые нельзя адекватно загладить путем присуждения убытков;
2. такие негативные последствия более существенны, чем последствия испрашиваемых ограничений;
3. существует разумная возможность того, что испрашивающая меры сторона добьется успеха в отношении существа требования.

Пересмотрены процедуры замены выбывающего арбитра исходя из необходимости скорейшего продолжения процесса. Новые правила предусматривают обязанность ответчика представить ответ на просьбу об арбитраже в течение 30 дней с момента его получения.

По Регламенту 1976 года первое заявление ответчика по существу требований можно было оттягивать до предоставления отзыва на иск, так что сторона защиты могла без ущерба для своей позиции не предпринимать никаких шагов в

третейском разбирательстве до тех пор, пока это выгодно, — иногда месяцами — оставляя истца в неведении относительно своего отношения к обоснованности заявленных требований и лишая его возможности тщательно проработать контраргументы.

Целый ряд нововведений касается процессуальных гарантий для сторон, причем они ориентированы не только на превенцию злоупотреблений самих сторон, но и на предотвращение безответственных или корыстных действий арбитров. Действительно, в процессе *ad hoc* стороны оказываются заложниками арбитров, которые имеют практически неограниченную свободу в организации процедуры и решении вопросов собственного вознаграждения.

Приложения к документу содержат факультативные положения: типовую арбитражную оговорку и типовое заявление о беспристрастности арбитров.

Выбор применимого материального права и процессуальные аспекты новой редакции Регламента ЮНСИТРАЛ

Подход, принятый в новой редакции Регламента, дает составу арбитров свободу в вопросе определения применимого права — как материальных, так и процессуальных норм. Положение, установленное в п. 1 новой редакции ст. 35⁷, по сути, представляет собой особую коллизионную норму⁸ для выбора материального права.

Статья 35. Применимое право, «дружеские посредники»

Арбитражный суд применяет нормы права, которые стороны согласовали как подлежащие применению при решении спора по существу. При отсутствии такого согласия сторон арби-

⁵ Кроме случаев, когда арбитражное соглашение заключено посредством принятия после 15 августа 2010 года предложения, сделанного до этой даты.

⁶ Исключение представляет приказ об обеспечении сохранности доказательств, который, как правило, не требует доказывания этих элементов.

⁷ Выбору права была посвящена ст. 33 Регламента 1976 года.

⁸ Такой подход согласуется с ГК РФ: «Особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, устанавливаются законом о международном коммерческом арбитраже» (п. 1 ст. 1186 «Определение права, подлежащего применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных лиц или гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом»).

травный суд применяет право, которое он сочтет уместным.

Арбитражный суд выносит решение в качестве «дружеского посредника» или *ex aequo et bono* лишь в том случае, если стороны прямо уполномочили арбитражный суд на это.

Во всех случаях арбитражный суд принимает решение в соответствии с условиями договора, при наличии такового, и с учетом любых торговых обычаев, применимых к данной сделке.

В первом предложении п. 1 слово «право» было заменено на «нормы права». Эта незначительная, казалось бы, модификация несет глубокую смысловую нагрузку и открывает дорогу для применения ненациональной системы права (*lex mercatoria* и т.д.). К категории «норм права» могут быть отнесены модельные законы (например, модельный ГК СНГ), проекты национальных нормативных актов и т.п. В литературе в качестве примера выбора норм права упоминается подчинение прав и обязанностей по контракту, международному соглашению (конвенции, договору), которое еще не ратифицировано либо не вступило в силу, и даже рабочим вариантам (проектам) таких документов.

Участники внешнеторгового оборота часто используют эту возможность для выбора в качестве обязательственного статута не позитивного права какого-либо политического образования, а *lex mercatoria* — транснационального обычного торгового права, то есть деловых обычаев и обыкновений международной торговли в чистом виде или негосударственных сводов правил, текстов, сборников, компилирующих юридическую практику внешнеторгового оборота.

Предложение допустить вынесение решения в отрыве от национального законодательства, руководствуясь общими принципами права, частными кодификациями, без особой на то договоренности сторон, не нашло поддержки в ходе ре-визии Регламента. В отсутствие волеизъявления сторон по вопросу материального статута арбитраж обязан избрать «право» (то есть обратиться к конкретному национальному закону), а не какие-либо иные источники⁹.

⁹ Параграфы 107–109 документа ООН А/CN.9/641.

Однако и в этой части Регламент все же был модернизирован, допустив прямой выбор права (*direct choice of law; voie directe*). Предложение сохранить классический подход правил 1976 года, то есть вменить арбитрам обязанность всегда выбирать закон традиционным путем, через коллизионные нормы, не нашло поддержки¹⁰. Третейский суд может непосредственно обратиться к правопорядку, который в силу наиболее тесной связи с существом спора или иных обстоятельств будет надлежащим применительно к конкретному правоотношению. Это относится как к материальным, так и к процессуальным нормам. В решении нет необходимости ссылаться на нормы коллизионного права, обосновывать выбор последних в качестве предварительного вопроса. Свой выбор, однако, пусть даже и «прямой», арбитры всегда должны аргументировать.

Что касается методов ведения третейского разбирательства, таких как порядок исследования доказательств или активность арбитров как координаторов процесса, то в Регламенте они прописаны лишь частично. Поэтому на стадии издания Процессуального приказа № 1 (определения формата разбирательства) уместно дополнить его ссылками на стандартные документы — кодификации лучших практик, такие как Пражские правила¹¹. Сами правила не предлагают стандартных фраз для включения в арбитражные оговорки, акт о полномочиях арбитров (*terms of reference*) и приказы третейского суда. Такая задача поставлена на будущее. На старте, в период пилотного применения автор этих строк предложил следующую формулу.

¹⁰ Генезис этого приема объясняется тем, что, в отличие от государственных судов, арбитры в международных спорах зачастую не имеют той привязки к *lex fori* (будь то право места арбитража или места нахождения арбитражного института), которая позволила бы однозначно определить национальную систему международного частного права, из которой они должны заимствовать коллизионные нормы. То есть сам выбор коллизионной нормы требует применения коллизионной нормы — а какой? Ее (коллизионное правило, положенное в основу выбора коллизионной нормы) тоже надо как-то установить. Получается замкнутый круг. Метод прямого выбора права позволяет из него выйти.

¹¹ Подробнее см.: Arbitration.ru. — 2018. — № 4; сайт, посвященный Пражским правилам: www.praguerules.com.

Для включения в договор	Стороны, намеренные прибегнуть к Правилам, могут включить в арбитражную оговорку такие фразы.	The Parties who intend to rely on Prague rules in the proceedings are advised to include the following language in the arbitration clause.
	<i>[Арбитраж / разбирательство / слушания / предоставление документов / свидетели и эксперты]</i> будут проводиться в соответствии с Правилами эффективной организации процесса в международном арбитраже (Пражские правила), действующими на дату <i>[этого соглашения / the commencement of the arbitration]</i> .	The <i>[arbitration] / [evidentiary proceedings / hearings / document production / witness testimony etc.]*</i> shall be conducted according to the relevant provisions of the Continental 'Rules on the efficient conduct of proceedings in international arbitration' Rules on Evidence (Prague Rules) as current on the date of <i>[this agreement / the commencement of the arbitration]</i> .

Будущее Регламента ЮНСИТРАЛ

Следует заключить, что Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ можно по праву считать одним из самых удачных частно-правовых инструментов в сфере альтернативного разрешения споров.

Нет сомнений, что Регламент будет существовать до тех пор, пока существует арбитраж *ad hoc*, — и развиваться вместе с ним. Сейчас экспертное сообщество работает над смежными проектами. Под эгидой ЮНСИТРАЛ сегодня действуют соответствующие рабочие группы (см. врезку).

Создание Регламента завершено, однако на подходе новые связанные с ним проекты. Рекомендую вам включиться в интересный, поучительный и живой процесс работы над ними, например обратившись в Арбитражную Ассоциацию (РАА)¹². РАА имеет статус наблюдателя при ЮНСИТРАЛ, что позволяет ее членам стать делегатами на сессии рабочей группы или пленарном заседании комиссии.

¹² Приглашенные международные неправительственные организации могут присутствовать на сессиях ЮНСИТРАЛ в качестве наблюдателей и излагать свои мнения по вопросам, в которых они обладают компетенцией или международным опытом.

Рабочая группа II – с 2000 года по наст. вр.

Арбитраж и согласительная процедура

Разработка документа, касающегося приведения в исполнение международных коммерческих мировых соглашений, достигнутых в рамках согласительной процедуры (своего рода Нью-Йоркская конвенция для медиационных соглашений). Итогом должны стать проект поправок к Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре (Типовой закон о согласительной процедуре, или Типовой закон) и проект международной конвенции.

Рабочая группа III – с 2017 года по наст. вр.

Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами

Задачи этой рабочей группы – анализ существующей практики и проблем инвестиционного арбитража, а также, если группа придет к заключению о целесообразности реформы, разработка подходящих решений. Для дальнейшего рассмотрения представлены еще две смежные темы в области арбитража:

- руководство относительно параллельных разбирательств;
- нормы этики для арбитров.

АДВОКАТСКОЕ БЮРО | **ЕГОРОВ ПУГИНСКИЙ АФАНАСЬЕВ И ПАРТНЕРЫ**



МОСКВА



САНКТ-ПЕТЕРБУРГ



КИЕВ



МИНСК



ВАШИНГТОН



ЛОНДОН

Арбитражный Регламент ЮНСИТРАЛ 2010 года Рабочая тетрадь



Илья Никифоров
управляющий партнер
АБ «Егоров, Пугинский,
Афанасьев и партнеры»,
преподаватель Санкт-Петербургского государственного университета

Автор: **Илья Никифоров** (Россия)
Дата публикации: январь 2015

Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ можно считать самыми популярными правилами третейского разбирательства в мире. Изначальная версия Регламента – своего рода долгожитель: широко применялся целых тридцать пять лет! Регламент используется как формат инвестиционного арбитража, так и разрешения коммерческих споров Третейским судом. Многие арбитражные институты, наряду с администрированием разбирательств по собственным правилам, предлагают поддержку процесса по правилам UNICITRAL.

Около половины дел, проходящих через Постоянную палату третейского суда в Гааге (Permanent Court of Arbitration) (ППТС), межправительственную организацию, находящуюся в Гааге и выполняющую по умолчанию функцию назначения компетентного органа по Регламенту, являются инвестиционными арбитражами.

При всей своей значимости Регламент не освещен подробно в отечественной литературе. Восполнить этот пробел и призвана данная публикация.

В издании представлены **постатейные материалы** к недавно пересмотренному Арбитражному Регламенту ЮНСИТРАЛ 2010 года. Публикация предлагает уникальный взгляд на процесс подготовки Регламента, который проливает свет на его **толкование и применение**.

www.epam.ru

Основу текста составляют материалы дискуссий в ходе разработки Регламента. Наглядно выполненный **сравнительный анализ** пересмотренного Регламента в редакции 2010 года с оригинальными Правилами 1976 года позволяет контрастно выявить **суть нововведений и их цель**.

Название «Рабочая тетрадь» не случайно. Подразумевается, что это издание будет представлять собой рабочий инструмент, который всегда под рукой у участников процесса. Применительно к каждой статье предусмотрены поля для записей – так **Вы можете создать свой уникальный комментарий, отражающий Ваш опыт и наблюдения**, как для себя лично, так и для фирмы, организации, в которой работаете.

Публикация включает подробную информацию о происхождении каждого из положений, а также предусматривает ссылки на официальную документацию

Толкование каждой статьи Регламента раскрыто в авторском комментарии И.В. Никифорова, который известен в международном арбитражном сообществе как международный арбитр и опытный искусный юрист-практик. От первого лица автор передает личный опыт участия в сессиях рабочей группы по подготовке новой редакции Арбитражного Регламента.

Здесь Вы также найдете обсуждение новелл, оставшихся за рамками окончательного текста, и размышления о спорных вопросах и основных проблемах, намеренно исключенных из текста Регламента.

Динамичный характер практики международного арбитража предполагает собой, что практика применения Регламента находится в постоянном развитии, таким образом, и эта книга должна быть живым, развивающимся инструментом практика.

Адвокатское бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры» является крупнейшей юридической фирмой СНГ с офисами в России, Украине, Беларуси и ассоциированными офисами в Великобритании и США.

Основанное в 1993 году Бюро оказывает полный спектр юридических услуг национальному и иностранному бизнесу, органам государственной власти, международным организациям и финансовым институтам на всей территории СНГ.

Заказы на книгу «Арбитражный Регламент ЮНСИТРАЛ 2010 года. Рабочая тетрадь» принимаются по e-mail: books@epam.ru и по факсу +7 (812) 322-96-82.

Книги Академии АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»:

- Архипов Д.А. Распределение договорных рисков в гражданском праве. Экономико-правовое исследование. – М.: Статут, 2012. – 112 с. <http://www.estatut.ru/book/653/>
- Комментарии к арбитражным регламентам ведущих арбитражных институтов / под ред. Рихарда Хлупа. – СПб.: АНО «Редакция журнала Третейский суд»; М.: Инфотропик Медиа, 2012. – 464 с. <http://www.epam.ru/publications/view/kommentarii-k-arbitrazhnyim-reglamentam-vedushchyh-institutov>
- Международный коммерческий арбитраж: Учебник / под ред. В.А. Мусина, О.Ю. Скворцова. – СПб.: АНО «Редакция журнала Третейский суд»; М.: Инфотропик Медиа, 2012. – 496 с. <http://www.epam.ru/rus/publications/view/mezhdunarodni-kommercheskii-arbitrazh>

Анонс новых изданий:

- **Типовые договоры строительного подряда Международной федерации инженеров-консультантов FIDIC**
Практика применения типовых форм «Условий контракта на сооружение объектов гражданского строительства» и их использования в инфраструктурных проектах в странах Восточной Европы и России, типовой формы «Условия контракта на поставку оборудования, проектирование и строительство для электромеханических и пусковых работ», а также аспекты типовой формы «Условия контракта для проектов типа ИПС (инжиниринг, поставки, строительство)». Все три типовые формы в актуальной редакции будут включены в книгу в качестве приложений.

Лукаш Клэе, И.В. Никифоров

www.epam.ru