
**ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ ПРОФЕССОРА
АНТОНА ВЛАДИМИРОВИЧА АСОСКОВА**

30 октября 2014 г.

СОДЕРЖАНИЕ

А.	ВВЕДЕНИЕ	3
В.	АНАЛИЗ	4
	Допускает ли российское право разрешение посредством арбитражного (третейского) разбирательства споров, касающихся (i) налоговых мер; (ii) мер по взысканию налоговых доначислений; и (iii) вопросов банкротства?	4
	Конституционная основа для решения вопроса о пределах арбитрабельности споров по российскому праву	4
	Недопустимость рассмотрения публично-правовых споров в третейских судах в рамках российского законодательства	6
	Какие споры квалифицируются в качестве публично-правовых в российском праве? ..	9
	Требуется ли в актах публичного законодательства специальное указание на неарбитрабельность публично-правовых споров?	15
	Неарбитрабельность споров, связанных с начислением и взысканием налогов и налоговых санкций	17
	Неарбитрабельность споров о принудительном исполнении решений налоговых органов и иных действий, осуществляемых государственными органами в рамках законодательства об исполнительном производстве	19
	Неарбитрабельность споров о банкротстве российских юридических лиц	21
	Неарбитрабельность споров о возмещении убытков, причиненных государством и государственными органами при осуществлении властных полномочий	23
	Превращает ли российское законодательство об иностранных инвестициях публично-правовые споры иностранных инвесторов с Российской Федерацией в арбитрабельные споры?	26
С.	ВЫВОДЫ	39
	ПРИЛОЖЕНИЕ 1	41

А. ВВЕДЕНИЕ

1. Я, Антон Владимирович Асосков, являюсь доктором юридических наук и профессором кафедры международного частного права Российской школы частного права, а также доцентом кафедры гражданского права юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова. В сферу моих научных интересов входят российское гражданское право и международное частное право. Я являюсь членом рабочей группы, организованной под эгидой Совета по кодификации гражданского законодательства при Президенте РФ, и участвовал в разработке Концепции совершенствования гражданского законодательства Российской Федерации, а также проекта изменений и дополнений Гражданского кодекса РФ (Раздел VI «Международное частное право»). Я являюсь арбитром Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ, а также имею опыт участия в качестве арбитра в разбирательствах по Арбитражному регламенту Международной торговой палаты (ICC) и Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ. Мое краткое резюме приложено к настоящему заключению (далее – «**Заключение**») в качестве Приложения 1.
2. Юридическая фирма Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP обратилась ко мне с просьбой подготовить экспертное заключение по определенным вопросам российского права в связи с разбирательством об аннулировании решений третейского суда, вынесенных по делам ППТС № АА226 АА227 и АА228, инициированным на основании Договора к Энергетической хартии (далее – «**ДЭХ**»). В частности, меня попросили высказать мнение по следующему вопросу (с оценкой содержания российского права по состоянию на 17 декабря 1994 г. с последующим его развитием вплоть до момента подготовки **Заключения**):

Допускает ли российское право разрешение посредством арбитражного (третейского) разбирательства споров, касающихся (i) налоговых мер; (ii) мер по взысканию налоговых доначислений; и (iii) вопросов банкротства?
3. Раздел В содержит мой анализ заданного мне вопроса, а в Разделе С следуют мои выводы.
4. Я изучил Промежуточные решения по вопросу о юрисдикции и принятии дела к производству, принятые 30 ноября 2009 г. по делам ППТС № АА226, АА227 и АА228.

Я также изучил Заключение Профессора Алексея Александровича Костина по некоторым вопросам арбитрабельности от 21 февраля 2006 г. и связанные с ним материалы, представленные в рамках третейских разбирательств. Тем не менее, мое Заключение ограничено описанными в нем вопросами.

5. Я независим от сторон, их представителей и арбитров третейского суда по делам ППТС № AA226, AA227 и AA228.

В. АНАЛИЗ

Допускает ли российское право разрешение посредством арбитражного (третейского) разбирательства споров, касающихся (i) налоговых мер; (ii) мер по взысканию налоговых доначислений; и (iii) вопросов банкротства?

Конституционная основа для решения вопроса о пределах арбитрабельности споров по российскому праву

6. Анализ вопроса следует начать с Конституции Российской Федерации (далее – «**Конституция**»)¹, которая имеет на территории Российской Федерации высшую юридическую силу. Законы и правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции². Конституционный Суд Российской Федерации (далее – «**Конституционный Суд**») обладает полномочиями по толкованию Конституции и проверке иных российских законов на предмет соответствия Конституции. В ходе рассмотрения соответствующих дел Конституционный Суд дает толкование нормам Конституции, выявляет действительный конституционно-правовой смысл законов и формулирует правовые позиции, которые являются обязательными для применения другими российскими судами³.

¹ Конституция была принята на референдуме 12 декабря 1993 г. и вступила в силу с 25 декабря 1993 г.

² Ч.1 ст.15 Конституции РФ (Приложение R-163).

³ Помимо Конституционного суда, в Российской Федерации существуют две основные ветви государственных судов – суды общей юрисдикции, которые разрешают в основном уголовные дела и гражданские дела с участием граждан, а также арбитражные (коммерческие) суды, которые разрешают в основном дела по коммерческим спорам с участием юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. До августа 2014 г. система судов общей юрисдикции возглавлялась Верховным Судом Российской Федерации, а система арбитражных судов – Высшим Арбитражным Судом Российской Федерации. В августе 2014 г. был создан объединенный Верховный Суд Российской Федерации, который является высшей судебной инстанцией как для системы судов общей юрисдикции, так и для системы арбитражных судов. Разбирательство в судах общей юрисдикции регулируется Гражданским процессуальным кодексом Российской Федерации (далее – «ГПК»), а

7. В Постановлении от 26 мая 2011 г. №10-П⁴ Конституционный Суд определил пределы рассмотрения различных категорий споров посредством третейского разбирательства. Это Постановление было вынесено в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда РФ о проверке конституционности ряда норм российского законодательства, которые допускали разрешение в третейских судах споров по поводу недвижимого имущества (в частности, споров об обращении взыскания на заложенные объекты недвижимости). Конституционный Суд подтвердил, что подобные споры являются гражданско-правовыми, а потому арбитражными. Одновременно Конституционный Суд сформулировал критерии, которыми следует руководствоваться для определения допустимости рассмотрения того или иного спора в третейском суде.
8. Конституционный Суд пришел к выводу о том, что добровольный отказ сторон от права на судебную защиту (права на рассмотрение дела в государственном суде) основан на принципах автономии воли и свободы договора (см. последний абзац п.2 мотивировочной части Постановления), а процессуальная диспозитивность (возможность передачи спора в третейский суд) является следствием диспозитивности в материальном (гражданском) праве (см. третий абзац п.3.1. мотивировочной части Постановления).
9. Поскольку в рамках публично-правовых отношений принципы автономии воли, свободы договора и диспозитивности не применяются (или применяются в крайне ограниченных пределах), логичным является вывод Конституционного Суда о том, что
- «...в системе действующего правового регулирования не допускается передача на рассмотрение третейского суда споров, возникающих из административных и иных публичных правоотношений...»⁵.*
10. В Постановлении от 26 мая 2011 г. №10-П Конституционный Суд также сформулировал чрезвычайно важный вывод о критериях разграничения публично-правовых споров (рассмотрение которых в третейских судах по общему правилу не

разбирательство в арбитражных судах – Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации (далее – «АПК»).

⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 26 мая 2011 г. N 10-П (Приложение АВА1).

⁵ См. второй абзац п.3.1. мотивировочной части Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 26 мая 2011 г. N 10-П (Приложение АВА1).

допускается) и частнопровых споров (которые по общему правилу могут быть переданы в третейский суд):

«Публично-правовой характер споров, определяющий невозможность их передачи на рассмотрение третейского суда, обуславливается не видом имущества (движимого или недвижимого), а спецификой правоотношений, из которых возникает спор относительно данного имущества, и составом участвующих в споре лиц»⁶.

Недопустимость рассмотрения публично-правовых споров в третейских судах в рамках российского законодательства

11. На базе описанной выше конституционно-правовой основы, российское законодательство всегда фиксировало недопустимость рассмотрения публично-правовых споров в третейских судах. Этот запрет прямо следует из главного критерия, который используется для определения пределов арбитрабельности споров в российском праве, - критерия наличия между сторонами гражданского правоотношения.

12. Ниже рассмотрим, каким образом этот критерий арбитрабельности был зафиксирован в российском законодательстве **по состоянию на 17 декабря 1994 г.**, дату подписания ДЭХ.

13. Закон Российской Федерации от 7 июля 1993 г. №5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – **«Закон о МКА 1993 г.»**) устанавливает (п.2 ст.1):

«В международный коммерческий арбитраж могут по соглашению сторон передаваться: споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей...»⁷.

⁶ См. шестой абзац п.4 мотивировочной части Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 26 мая 2011 г. N 10-П (Приложение АВА1).

⁷ Ч.2 ст.1 Закона Российской Федерации от 7 июля 1993 г. №5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (Приложение R-311). Данная норма применяется без изменений до настоящего времени. Здесь и далее, если не указано иное, выделено мной.

14. Гражданский процессуальный кодекс Российской Социалистической Федеративной Советской Республики (РСФСР) 1964 г. предусматривал (ст.27):

«В случаях, предусмотренных законом или международными договорами, спор, возникший из гражданских правоотношений, по соглашению сторон может быть передан на разрешение третейского суда, Морской арбитражной комиссии или Внешнеторговой арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате СССР»⁸.

15. Арбитражный процессуальный кодекс РФ 1992 г. устанавливал (ст.21):

«По соглашению сторон возникший или могущий возникнуть экономический спор, подведомственный арбитражному суду, до принятия дела к производству арбитражным судом может быть передан на разрешение третейского суда»⁹.

16. Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров, утвержденное Постановлением Верховного Совета РФ от 24 июня 1992 №3115-1 предусматривало (абз.1 ст.1):

«Настоящее Временное положение (далее - Положение) применяется при передаче на разрешение третейских судов споров, вытекающих из гражданских правоотношений и подведомственных арбитражному суду»¹⁰.

17. Аналогичный подход, в соответствии с которым арбитрабельными признаются только споры из гражданских правоотношений, без изменений сохранился до настоящего времени. Ниже отметим принятые после 17 декабря 1994 г. российские законодательные акты, в которых этот подход нашел свое отражение.

⁸ Ст.27 Гражданского процессуального кодекса Российской Социалистической Федеративной Советской Республики (РСФСР) 1964 г. (Приложение R-900). Этот закон советского периода применялся вплоть до введения в действие нового ГПК 2002 г. (то есть до 1 февраля 2003 г.).

⁹ Ст.21 Арбитражного процессуального кодекса РФ 1992 г. (Приложение АВА2). До введения в действие следующей редакции АПК 1995 г. (то есть до 1 июля 1995 г.) все споры с участием иностранных лиц (в том числе споры коммерческого характера) были подведомственны судам общей юрисдикции и регулировались ГПК РСФСР, если иное не было предусмотрено международным договором или соглашением сторон (см. ч.2 ст.20 АПК 1992 г.)

¹⁰ Абз.1 ст.1 Временного положения о третейском суде для разрешения экономических споров, утвержденного Постановлением Верховного Совета РФ от 24 июня 1992 №3115-1 (Приложение АВА3). Временное положение действовало до введения в действие Федерального закона от 24 июля 2002 г. №102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее – «Закон о третейских судах»), то есть до 27 июля 2002 г., и согласно абз.2 ст.1 распространялось только на внутренние третейские разбирательства.

18. Арбитражный процессуальный кодекс РФ 1995 г. предусматривал (ст.23):

«По соглашению сторон возникший или могущий возникнуть спор, вытекающий из гражданских правоотношений и подведомственный арбитражному суду, до принятия им решения может быть передан сторонами на рассмотрение третейского суда»¹¹.

19. Действующий до настоящего времени Арбитражный процессуальный кодекс РФ 2002 г. устанавливает (ч.6 ст.4):

«По соглашению сторон подведомственный арбитражному суду спор, возникающий из гражданских правоотношений, до принятия арбитражным судом первой инстанции судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, может быть передан сторонами на рассмотрение третейского суда, если иное не установлено федеральным законом»¹².

20. Закон о третейских судах предусматривает (ч.2 ст.1):

«В третейский суд может по соглашению сторон третейского разбирательства (далее также - стороны) передаваться любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений, если иное не установлено федеральным законом»¹³.

21. Действующий до настоящего времени Гражданский процессуальный кодекс РФ 2002 г. предусматривает (ч.3 ст.3):

«По соглашению сторон подведомственный суду спор, возникающий из гражданских правоотношений, до принятия судом первой инстанции судебного постановления, которым заканчивается рассмотрение гражданского дела по существу, может быть передан сторонами на рассмотрение третейского суда, если иное не установлено федеральным законом»¹⁴.

¹¹ Ст.23 Арбитражного процессуального кодекса РФ 1995 г. (Приложение АВА4). АПК 1995 г. вступил в силу с 1 июля 1995 г. Коммерческие споры с участием иностранных компаний и индивидуальных предпринимателей теперь были отнесены также к подведомственности арбитражных судов.

¹² Ч.6 ст.4 Арбитражного процессуального кодекса РФ 2002 г. (Приложение АВА5). АПК 2002 г. вступил в силу с 1 сентября 2002 г.

¹³ Ч.2 ст.1 Закона о третейских судах (Приложение R-306). Закон о третейских судах согласно его ч.3 ст.1 распространяется на внутренние третейские разбирательства.

¹⁴ Ч.3 ст.3 Гражданского процессуального кодекса РФ 2002 г. (Приложение АВА6). ГПК 2002 г. вступил в силу с 1 февраля 2003 г.

22. Таким образом, российское законодательство в качестве критерия арбитрабельности споров всегда указывало ранее и указывает сейчас на гражданско-правовой характер отношений сторон, из чего прямо следует недопустимость передачи на разрешение третейских судов любых видов публично-правовых споров.

23. Этот вывод однозначно признается в российской доктрине. Так, С.Н. Курочкин отмечает:

«Указание на гражданско-правовой характер спора как критерий его возможного разрешения посредством третейского разбирательства означает, что в системе действующего правового регулирования не допускается передача на рассмотрение третейского суда споров, возникающих из административных и иных публичных правоотношений...»¹⁵.

24. Аналогичным образом, авторы одного из ведущих учебников по международному коммерческому арбитражу, комментируя процитированный выше п.2 ст.1 Закона о МКА 1993 г., приходят к следующему однозначному выводу:

«Таким образом, если отношения между сторонами носят публично-правовой характер, то возникающий из этих отношений спор не может быть передан на разрешение международного коммерческого арбитража»¹⁶.

Какие споры квалифицируются в качестве публично-правовых в российском праве?

25. Как было описано выше (параграфы 7-10 настоящего Заключение), базовые критерии разграничения гражданско-правовых и публично-правовых споров были сформулированы Конституционным Судом в Постановлении №10-П: это (i) специфика правоотношений, из которых возникает спор, и (ii) состав участвующих в споре лиц.

26. Под «спецификой правоотношений» в российской судебной практике и доктрине понимается способ (метод) правового регулирования отношений. Гражданское (частное) право регулирует отношения равных субъектов, в рамках которых один

¹⁵ Курочкин С.А. Международный коммерческий арбитраж и третейское разбирательство. Москва, 2013. С.139 (Приложение АВА7). Здесь и далее, если не указано иное, сноски опущены.

¹⁶ Международный коммерческий арбитраж: Учебник. Под ред. проф. В.А. Мусина и проф. О.Ю. Скворцова. Санкт-Петербург, 2012. С.24 (Приложение АВА8).

субъект не имеет принудительной власти в отношении другого субъекта, то есть один субъект не может диктовать другому субъекту правила обязательного поведения или подвергать его мерам принудительного воздействия, реализуемым через механизм государственного принуждения. Такой способ правового регулирования принято называть принципом координации (согласования).

27. В противоположность этому, в публично-правовых отношениях один субъект (государство, государственный или муниципальный орган) изначально стоит над другим субъектом (физическим или юридическим лицом): первый субъект может в одностороннем порядке диктовать другому субъекту правила обязательного поведения, за несоблюдение которых применять меры принудительного воздействия, реализуемые через механизм государственного принуждения. Такой способ правового регулирования принято называть принципом субординации (подчинения).

28. Вот как это различие в «специфике правоотношений» описывается в одном из ведущих учебников по российскому гражданскому праву:

«Частное право построено на началах координации (согласования) деятельности юридически равных участников регулируемых отношений, реализующих собственные (частные) интересы, и потому представляет собой систему их децентрализованного регулирования, в значительной мере - саморегулирования. В отличие от него, публичное право построено на принципе субординации (подчинения) неравноправных субъектов, деятельность которых связана с осуществлением государственных и общественных (публичных) интересов и потому представляет собой систему централизованного регулирования соответствующих отношений»¹⁷.

29. Принцип субординации (подчинения) широко используется в качестве основного критерия для отграничения публично-правовых отношений также в российской судебной практике. Например, в Письме от 23 августа 2007 г. №ВАС-С06/ОПП-1200 ВАС РФ отмечает следующее:

«При толковании первого критерия [критерия характера правоотношения] следует учитывать, что сфера правоотношений, которые могут быть предметом третейского разбирательства, ограничена исключительно сферой гражданско-

¹⁷ Гражданское право: Учебник. в 4 т. Том 1: Общая часть. Под ред. проф. Е.А. Суханова. 3-е изд. Москва, 2008 (Приложение АВА9). Использован текст из правовой базы «Консультант Плюс».

правовых отношений. То есть, если спорные отношения возникли из административных или иных отношений, основанных на субординации сторон, на отношениях власти-подчинения, то даже несмотря на наличие соответствующего третейского соглашения, суд не вправе принять дело к своему производству и разрешить спор по существу. Если же это произойдет [третейский суд примет дело к производству и разрешит спор], то решение третейского суда не повлечет каких-либо правовых последствий, поскольку не будет легализовано государственным судом»¹⁸.

30. ВАС РФ почти дословно повторяет вывод, который ранее был сделан в российской доктрине профессором О.Ю. Скворцовым:

«Итак, область правоотношений, которые могут быть предметом третейского разбирательства, ограничена сферой гражданско-правовых правоотношений. Это означает, что если спорные правоотношения возникли из административных или иных отношений, основанных на субординации сторон, на отношениях власти-подчинения, т.е. публичных правоотношений, то, даже несмотря на наличие соответствующей третейской оговорки, третейский суд не вправе принимать дело к своему производству и разрешать спор по существу»¹⁹.

31. В рамках публично-правовых отношений, основанных на принципе субординации (подчинения) сторон, государственные и муниципальные органы принимают решения о реализации имеющихся у них властно-распорядительных полномочий, то есть принудительной власти по отношению к частным субъектам, находящимся под юрисдикцией государства (например, решения о привлечении к налоговой ответственности, о взыскании дополнительных налоговых платежей, принудительном отчуждении имущества в целях исполнения решений судебных и административных органов и т.п.) Требования, в которых оспаривается действительность и правомерность подобных решений государственных и муниципальных органов, не

¹⁸ Письмо ВАС РФ от 23 августа 2007 г. №ВАС-С06/ОПП-1200 (Приложение АВА10). Хотя выводы из этого Письма ВАС РФ, касающиеся неарбитрабельности споров по поводу недвижимого имущества, не могут более применяться как вступившие в противоречие с Постановлением Конституционного Суда №10-П, процитированное положение Письма ВАС РФ сохраняет сегодня свое значение и полностью соответствует правовым позициям из Постановления Конституционного Суда №10-П (Приложение АВА1).

¹⁹ Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. Москва, 2005. С.427 (Приложение АВА11).

могут рассматриваться в третейском суде, поскольку они вытекают из публично-правовых отношений:

«Совершенно очевидно, что к третейскому суду нельзя обратиться с требованием об обжаловании решений государственных органов или принятии ими решений: в налоговом праве – обжаловании решений о привлечении налогоплательщика к налоговой ответственности, в антимонопольном праве – наложении штрафов или издание специальных предписаний, направленных на защиту конкуренции и ограничение монополистической деятельности, в праве о недропользовании – обжаловании отказа в предоставлении лицензии на пользование недрами или решение о ее досрочном прекращении, обжаловании противоречащих законодательству стандартов, норм, правил по технологии работ, связанных с использованием недр, охраной недр, и окружающей природной среды. Процессуальным оппонентом по делам такого рода выступает государственный орган, обладающий властно-распорядительными полномочиями. Поэтому публичный характер правоотношений сторон не вызывает сомнений...»²⁰.

32. Еще один критерий разграничения гражданско-правовых и публично-правовых споров - это «состав участвующих в споре лиц». Характерным признаком всех публично-правовых отношений является то, что одной из сторон таких отношений выступает государство, муниципальное образование, либо государственные или муниципальные органы²¹.
33. Необходимо отметить, что в российской судебной практике и доктрине критерию состава участвующих в споре лиц уделяется очень большое значение. Участие государства в качестве стороны спора в совокупности с другими (описанными подробно ниже) факторами приводило российские суды к выводу о неарбитрабельности спора, несмотря на то, что в основе отношений сторон лежал гражданско-правовой договор.

²⁰ Ануров В.Н. Допустимость третейского соглашения // Третейский суд. 2005. №4. С.111-112 (Приложение АВА12).

²¹ В соответствии со ст.124 ГК РФ (Приложение АВА13) государство и муниципальные образования также могут выступать субъектами гражданско-правовых отношений, но только при условии, что они действуют «на равных началах с иными участниками этих отношений - гражданами и юридическими лицами». Таким образом, критерий специфики правоотношения (наличия принципа субординации или координации) разграничивает гражданско-правовые и публично-правовые отношения.

34. Российские суды, обращаясь к «*составу участвующих в споре лиц*» как критерию отграничения публично-правовых споров, формулируют тест «*концентрации общественно-значимых публичных элементов*». К таким значимым публичным элементам, как правило, относятся (i) наличие явно выраженного публичного интереса, (ii) участие публичного субъекта и (iii) использование бюджетных средств. Ниже приводятся наиболее характерные примеры из практики ВАС РФ:

- i. Неарбитрабельными признаются споры из государственных контрактов, несмотря на то, что в основе отношений сторон лежит договор: *«Отношения, возникающие при размещении заказов, отличает совокупность следующих особенностей: контракт заключается в публичных интересах, специальным публичным субъектом (государственным или муниципальным образованием, казенным учреждением), целью его заключения выступает удовлетворение государственных или муниципальных потребностей, финансирование этих потребностей осуществляется за счет средств соответствующих бюджетов ... Наличие в едином правоотношении такой концентрации общественно-значимых публичных элементов не позволяет признать споры, возникающие по контрактам, спорами исключительно частного характера между частными лицами, которые могут рассматриваться в частном порядке – третейскими судами»* (постановление Президиума ВАС РФ от 28 января 2014 г. №11535/13 по делу «АрбатСтрой» против Государственного казенного учреждения здравоохранения города Москвы «Производственно-техническое объединение капитального ремонта и строительства Департамента здравоохранения города Москвы»)²²;

²² Постановление Президиума ВАС РФ от 28 января 2014 г. №11535/13 (Приложение АВА14). Постановления Президиума ВАС РФ являются важным способом определения правильного толкования норм российского законодательства. Нормы российского процессуального законодательства подчеркивают особый (квази-прецедентный) статус постановлений Президиума ВАС РФ. Так, в соответствии с последним абзацем ч.4 ст.170 АПК (Приложение АВА5) арбитражные суды мотивируют свои решения ссылками не только на нормы законов и иных нормативных актов, но и на положения постановлений Президиума ВАС РФ (с августа 2014 г. – в той части, в которой такие постановления не были отменены новым объединенным Верховным Судом). Согласно п.5) ч.3 ст.311 АПК (Приложение АВА5) до августа 2014 г. определение или изменение в постановлении Президиума ВАС РФ практики применения законодательной нормы считалось новым обстоятельством, которое давало возможность для пересмотра вынесенных судебных актов по делам с участием любых других лиц, в которых та же законодательная норма была применена нижестоящими арбитражными судами с иным толкованием.

- ii. Неарбитрабельными признаются споры из договоров аренды лесных участков, несмотря на то, что в основе отношений сторон лежит договор: *«Таким образом, отношения, возникающие при передаче в аренду лесных участков, отличается совокупность следующих условий: договор заключается специальным субъектом (органами государственной власти или органами местного самоуправления); объектом аренды выступает лесной участок, находящийся в государственной или муниципальной собственности; цель заключения – обеспечение рационального, непрерывного, неистощительного лесопользования для удовлетворения потребностей общества в лесах и лесных ресурсах; арендная плата является источником пополнения как федерального бюджета, так и бюджета субъекта Российской Федерации ... При передаче лесных участков в аренду имеет место совокупность публичного интереса, публичного субъекта и бюджетных средств»* (Постановление Президиума ВАС от 11 февраля 2014 г. №11059/13 по делу Министерство по природопользованию и экологии Республики Карелия против ООО «Форест-групп»)²³;
- iii. Неарбитрабельными признаются споры, связанные с приватизацией государственного или муниципального имущества, несмотря на то, что в ходе приватизации государством (или муниципальным образованием) заключается договор купли-продажи приватизируемого имущества: *«Однако спор, возникший между фондом имущества и компанией, по своему характеру не может быть предметом третейского разбирательства, поскольку возмездному отчуждению (приватизации) подлежало имущество, принадлежащее публичному образованию (Российской Федерации) на праве собственности, правоспособность которого на распоряжение своим имуществом ограничена законодательством о приватизации»* (Постановление Президиума ВАС РФ от 10 апреля 2001 г. №3515/00 по делу Фонд имущества Калининградской области против «Финвест Лтд»)²⁴;
- iv. Неарбитрабельными признаются споры из инвестиционных контрактов о строительстве частными компаниями зданий на земельном участке, принадлежащем государству или муниципальному образованию

²³ Постановление Президиума ВАС от 11 февраля 2014 г. №11059/13 (Приложение AVA15).

²⁴ Постановление Президиума ВАС РФ от 10 апреля 2001 г. №3515/00 (Приложение AVA16).

(Постановление Президиума ВАС РФ от 03 апреля 2012 г. №17043/11 по делу ООО «АЛДЕГА» против Муниципального образования «Городское поселение Краснозаводск»)²⁵.

35. Таким образом, для квалификации спора в качестве публично-правового и неарбитрабельного в российском праве используются два критерия - (i) специфика правоотношений и (ii) состав участвующих в споре лиц. Специфика публично-правовых отношений проявляется в использовании принципа субординации (подчинения). При анализе состава участвующих в споре лиц особый акцент российскими судами делается на «концентрации общественно-значимых публичных элементов», под которыми понимаются (i) публичный интерес, (ii) участие публичного субъекта и (iii) влияние на бюджетные средства.

Требуется ли в актах публичного законодательства специальное указание на неарбитрабельность публично-правовых споров?

36. В рамках гражданско-правовых отношений арбитрабельность споров презюмируется. Для исключения возможности рассмотрения определенных категорий гражданско-правовых споров в третейских судах требуется прямой запрет в законодательном акте. Этот общий подход нашел отражение, в частности, в п.4 ст.1 Закона о МКА 1993 г.:

«Настоящий Закон не затрагивает действия *какого-либо другого закона Российской Федерации, в силу которого определенные споры не могут передаваться в арбитраж* или могут быть переданы в арбитраж только в соответствии с положениями иными, нежели те, которые содержатся в настоящем Законе»²⁶.

37. Поэтому наличие в законодательном акте, регулирующем гражданско-правовые отношения, общего указания на разрешение гражданско-правовых споров «в суде», само по себе, не исключает арбитрабельность соответствующей категории споров. Этот вывод следует также из ст.11 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – «ГК»), которая предусматривает, что по тексту ГК под термином «суд»

²⁵ Постановление Президиума ВАС РФ от 03 апреля 2012 г. №17043/11 (Приложение AVA17).

²⁶ П.4 ст.1 Закона о МКА 1993 г. (Приложение R-311).

понимаются не только государственные суды (суды общей юрисдикции и арбитражные суды), но и третейские суды²⁷.

38. Ситуация выглядит противоположным образом для актов публичного законодательства, регулирующих публично-правовые споры. К таким законодательным актам не применима норма ст.11 ГК. Это прямо следует из положений самого ГК (п.3 ст.2 ГК):

«К имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям, гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством»²⁸.

39. В отличие от гражданско-правовых отношений, неарбитрабельность споров, связанных с публично-правовыми отношениями, презюмируется, а потому не требуется специального указания в законодательстве на недопустимость передачи таких споров в третейские суды. Указание в публично-правовых нормах на судебный порядок разрешения споров и отсутствие специального разрешения на передачу публично-правовых споров в третейский суд автоматически свидетельствует о том, что российский законодатель подтверждает общий принцип неарбитрабельности публично-правовых споров, не делая из него никаких изъятий.

40. Подобный подход к толкованию российских публично-правовых норм находит широкое применение в российской судебной практике. Так, в Постановлении от 28 января 2014 г. №11535/13 по делу «АрбатСтрой», в котором ключевым выступал вопрос об арбитрабельности споров из государственных контрактов, заключенных в соответствии с Федеральным законом от 21 июля 2005 г. №94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», Президиум ВАС РФ отметил следующее:

«Совокупность правил Закона [Федерального закона от 21 июля 2005 г. №94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»] свидетельствует о том, что он является комплексным законодательным актом, содержит нормы как публичного, так и

²⁷ Ст. 11 ГК РФ (Приложение АВА13).

²⁸ П.3 ст.2 ГК РФ (Приложение АВА13).

частного права. Третейские суды Закон о размещении заказов не упоминает, используемый в нем термин «суд» не может заведомо рассматриваться в качестве собирательного понятия, охватывающего третейские суды...»²⁹.

41. Аналогичный вывод сделан Президиумом ВАС РФ в Постановлении от 11 февраля 2014 г. №11059/13 по делу «Форест-групп», в котором стоял вопрос об арбитрабельности споров из договоров аренды участков лесного фонда, регулируемых Лесным кодексом Российской Федерации, который включает преимущественно публично-правовые нормы:

«С учетом предмета регулирования Лесного кодекса определение им порядка рассмотрения споров в судебном порядке (статья 101 Лесного кодекса) не требует дополнения этого порядка специальным запретом, исключающим компетенцию третейских судов»³⁰.

- 42. Таким образом, поскольку публично-правовые споры презюмируются неарбитрабельными, в актах публичного законодательства не требуется специального указания на недопустимость передачи споров в третейские суды.**

Неарбитрабельность споров, связанных с начислением и взысканием налогов и налоговых санкций

43. Без сомнений, споры, связанные с начислением налоговыми органами дополнительных налогов и налоговых санкций, являются публично-правовыми, поскольку налицо все описанные выше критерии публично-правового спора: (i) отношения субординации (подчинения) между налоговым органом и налогоплательщиком, (ii) участие в отношении государственного органа, наделенного властно-распорядительными полномочиями, и (iii) «концентрация общественно-значимых публичных элементов» (явно выраженный публичный интерес и влияние на государственный бюджет).

44. Соответственно, данная категория публично-правовых споров не может рассматриваться и разрешаться в третейских судах. Это дополнительно подтверждается анализом российского налогового законодательства.

²⁹ Постановление Президиума ВАС от 28 января 2014 г. №11535/13 (Приложение AVA14).

³⁰ Постановление Президиума ВАС от 11 февраля 2014 г. №11059/13 (Приложение AVA15).

45. По состоянию на 17 декабря 1994 г. общие вопросы налогообложения и взыскания налогов и налоговых санкций регулировались Законом РФ от 27 декабря 1991 г. №2118-1 «Об основах налоговой системы в Российской Федерации», который предусматривал, что

«(з)ащита прав и интересов налогоплательщиков и государства осуществляется в судебном или ином порядке, предусмотренном законодательными актами Российской Федерации» (ст.17)³¹.

46. Под «иным» порядком подразумевалось право налогоплательщика обжаловать действия налогового органа в вышестоящий налоговый орган (в Российской Федерации существовала ранее и продолжает существовать в настоящее время иерархическая система налоговых органов, основанная на принципе подчиненности нижестоящих налоговых органов вышестоящим налоговым органам).

47. Часть первая Налогового кодекса Российской Федерации (далее – «НК») в первоначальной редакции, вступившей в силу с 1 января 1999 г., устанавливала, что *«(а)кты налоговых органов, действия или бездействие их должностных лиц могут быть обжалованы в вышестоящий налоговый орган (вышестоящему должностному лицу) или в суд» (ч.1 ст.138)³²*. При этом юридические лица и индивидуальные предприниматели должны были обращаться в арбитражный суд в соответствии с Арбитражным процессуальным кодексом РФ, а физические лица, не являющиеся индивидуальными предпринимателями, - в суды общей юрисдикции в соответствии с Гражданским процессуальным кодексом РФ (ч.2 ст.138). В последующем редакция ст.138 НК претерпевала некоторые корректировки, однако неизменным оставалось указание на судебный порядок обжалования актов налоговых органов, действия или бездействия их должностных лиц.

48. Неарбитрабельность налоговых споров между налоговыми органами и налогоплательщиками безоговорочно признается в российской доктрине. Так, А.И. Минина делает вывод о том, что ст.138 НК РФ не оставляет сомнений в неарбитрабельности этой категории публично-правовых споров:

³¹ Ст.17 Закона РФ от 27 декабря 1991 г. №2118-1 «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» (Приложение АВА18). Этот Закон действовал до 1 января 1999 г., когда вступила в силу часть первая Налогового кодекса РФ.

³² Ч.1 ст.138 части первой Налогового кодекса Российской Федерации (Приложение АВА19).

«...в ряде законов запрет на передачу определенных видов споров в арбитраж выражен в форме их отнесения к исключительной компетенции судов или иных государственных органов. Аналогичные предписания содержатся в ст.138 Налогового кодекса РФ от 31.07.1998 №146-ФЗ (налоговые споры). Таким образом, нормы позитивного права по общему правилу довольно определенно устанавливают границы, за пределами которых третейское разбирательство недопустимо»³³.

49. Таким образом, споры, связанные с начислением налоговыми органами дополнительных налогов и налоговых санкций, являются по российскому праву неарбитрабельными и не могут быть переданы на разрешение третейских судов.

Неарбитрабельность споров о принудительном исполнении решений налоговых органов и иных действий, осуществляемых государственными органами в рамках законодательства об исполнительном производстве

50. Без сомнений, споры, связанные с принудительным исполнением решений налоговых органов и иными действиями, осуществляемыми государственными органами в рамках законодательства об исполнительном производстве, являются публично-правовыми, поскольку налицо все описанные выше критерии публично-правового спора, а именно: (i) отношения субординации (подчинения) между государственным органом, осуществляющим принудительное исполнение (налоговым органом или судебным исполнителем) и должником (налогоплательщиком), (ii) участие в отношении государственного органа, наделенного властно-распорядительными полномочиями, и (iii) «концентрация общественно-значимых публичных элементов» (явно выраженный публичный интерес и влияние на государственный бюджет).

51. Соответственно, данная категория публично-правовых споров не может рассматриваться и разрешаться в третейских судах. Это дополнительно подтверждается анализом российского законодательства об исполнительном производстве.

³³ Минина А.И. Объективная арбитрабельность в законодательстве, доктрине и арбитражной практике России // Актуальные проблемы российского права. 2014. №1 (Приложение AVA20). Использован текст из правовой базы «Консультант Плюс».

52. По состоянию на 17 декабря 1994 г. вопросы исполнительного производства регулировались Гражданским процессуальным кодексом РСФСР 1964 г., поскольку судебные исполнители состояли при судах общей юрисдикции первой инстанции³⁴.

53. Ст.428 Гражданского процессуального кодекса РСФСР 1964 г. предусматривала возможность обжалования действий судебного исполнителя только в суде общей юрисдикции, при котором состоит судебный исполнитель:

«На действия судебного исполнителя по исполнению решения или на отказ в совершении таких действий взыскателем или должником может быть подана жалоба, а прокурором принесен протест. Жалоба и протест подаются в суд, при котором состоит судебный исполнитель или судье, вынесшему решение, в течение 10 дней со дня совершения действия судебным исполнителем или со дня, когда указанным лицам, не извещенным о времени и месте совершения действия, стало о нем известно»³⁵.

54. В соответствии с Федеральным законом от 21 июля 1997 г. №118-ФЗ «О судебных приставах» была создана в качестве отдельного государственного органа Федеральная служба судебных приставов, которой были переданы полномочия по принудительному исполнению судебных решений и иных документов, подлежащих принудительному исполнению. В тот же день был принят Федеральный закон от 21 июля 1997 г. №119-ФЗ «Об исполнительном производстве», в соответствии с которым действия судебного пристава-исполнителя могут быть обжалованы только в государственном арбитражном суде (если исполнительный лист был выдан государственным арбитражным судом), либо в суде общей юрисдикции (во всех остальных случаях) (п.1 ст.90):

«На действия судебного пристава-исполнителя по исполнению исполнительного документа, выданного арбитражным судом, или отказ в совершении указанных действий, в том числе на отказ в отводе судебного пристава-исполнителя, взыскателем или должником может быть подана жалоба в арбитражный суд по месту нахождения судебного пристава-исполнителя в 10-дневный срок со дня совершения действия (отказа в совершении действия).

³⁴ Ст.348 Гражданского процессуального кодекса РСФСР 1964 г. (Приложение АВА21). Положения ГПК РСФСР 1964 г. об исполнительном производстве применялись до 5 ноября 1997 г.

³⁵ Ст.428 Гражданского процессуального кодекса РСФСР 1964 г. (Приложение АВА21).

Во всех остальных случаях жалоба на совершение исполнительных действий судебным приставом-исполнителем или отказ в совершении таких действий, в том числе на отказ в отводе судебного пристава-исполнителя, подается в суд общей юрисдикции по месту нахождения судебного пристава-исполнителя также в 10-дневный срок со дня совершения действия (отказа в совершении действия).

Течение этого срока для лица, не извещенного о времени и месте совершения исполнительного действия (об отказе в совершении действия), начинается со дня, когда указанному лицу стало об этом известно»³⁶.

55. Аналогичные правила предусматривает действующий в настоящее время Федеральный закон от 2 октября 2007 г. №229-ФЗ «Об исполнительном производстве» (ст.128):

«Постановления должностного лица службы судебных приставов, его действия (бездействие) по исполнению исполнительного документа могут быть оспорены в арбитражном суде либо суде общей юрисдикции, в районе деятельности которого указанное лицо исполняет свои обязанности»³⁷.

56. Таким образом, споры, связанные с принудительным исполнением решений налоговых органов и иными действиями, осуществляемыми государственными органами в рамках законодательства об исполнительном производстве, являются по российскому праву неарбитрабельными и не могут быть переданы на разрешение третейских судов.

Неарбитрабельность споров о банкротстве российских юридических лиц

57. Дела о признании российского юридического лица банкротом (дела о банкротстве) также всегда относились в российском праве к числу неарбитрабельных. При этом под делом о банкротстве понимается процедура, в которой суд устанавливает неспособность юридического лица удовлетворить требования своих кредиторов и вводит специальные процедуры восстановления платежеспособности должника или

³⁶ П.1 ст.90 Федерального закона от 21 июля 1997 г. №119-ФЗ «Об исполнительном производстве» (Приложение РМЕ-1671). Этот закон, как и Федеральный закон от 21 июля 1997 г. №118-ФЗ «О судебных приставах» (Приложение АВА22), вступил в силу с 5 ноября 1997 г. и применялся до 1 февраля 2008 г.

³⁷ Ст.128 Федерального закона от 2 октября 2007 г. №229-ФЗ «Об исполнительном производстве» (Приложение АВА23).

ликвидирует должника под контролем назначенного судом арбитражного управляющего³⁸. Дело о банкротстве также охватывает вопрос о формировании реестра конкурсных кредиторов (включении или невключении тех или иных претензий кредиторов в число признанных требований, подлежащих удовлетворению за счет конкурсной массы должника) и установлении очередности их требований.

58. В российской доктрине неарбитрабельность дел о банкротстве объясняется существенным публичным интересом:

«Изъятие подобного рода категорий дел из компетенции третейских судов объясняется их особой значимостью для экономической жизни страны и необходимостью контролирующего присутствия государства в процессах принудительного упразднения субъектов гражданского оборота»³⁹.

59. В.Н. Ануров подчеркивает, что только государственный суд может надлежащим образом защитить интересы всех кредиторов должника в рамках специальной процедуры банкротства, и только он может оценивать правомерность действий назначенного им самим арбитражного управляющего⁴⁰.

60. Таким образом, эта категория публично-правовых споров не может рассматриваться и разрешаться в третейском суде. Этот вывод также следует из российского законодательства о банкротстве, которое содержит прямое указание на недопустимость разрешения дела о банкротстве в третейском суде.

61. Закон РФ от 19 ноября 1992 г. №3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» указывал, что дела о банкротстве могут рассматривать исключительно арбитражные суды субъекта РФ по месту нахождения предприятия-должника, указанному в его учредительных документах (ч.1 ст.3)⁴¹.

³⁸ Таким образом, в настоящем разделе не анализируется вопрос арбитрабельности договорных споров в ситуации, когда в отношении одного из контрагентов государственным судом ранее была введена процедура банкротства.

³⁹ Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. Москва, 2005. С.394 (Приложение АВА11).

⁴⁰ Ануров В.Н. Допустимость третейского соглашения // Третейский суд. 2005. №4. С.125-126 (Приложение АВА12).

⁴¹ Ч.1 ст.3 Закона РФ от 19 ноября 1992 г. №3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» (Приложение АВА24). Этот Закон действовал с 1 марта 1993 г. до 1 марта 1998 г.

62. Федеральный закон от 8 января 1998 г. №6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»⁴² прямо устанавливал, что «(д)ело о банкротстве не может быть передано на рассмотрение третейского суда» (ч.3 ст.29). Данное правило сохранено без изменений в действующем в настоящее время Федеральном законе от 26 октября 2002 г. №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (ч.3 ст.33)⁴³.

63. Таким образом, споры о банкротстве российских юридических лиц всегда являлись по российскому праву неарбитрабельными и не могут быть переданы на разрешение третейских судов.

Неарбитрабельность споров о возмещении убытков, причиненных государством и государственными органами при осуществлении властных полномочий

64. В соответствии с российским правом на основе публично-правовых отношений, связанных с осуществлением государством и государственными органами властно-распорядительных полномочий, может также возникнуть гражданско-правовое (деликтное) требование потерпевшего частного лица к государству о возмещении убытков, причиненных неправомерными действиями государственных органов или изданием противоречащих закону актов. Этот специальный вид деликта урегулирован в ст.16 и 1069 ГК РФ:

«Статья 16. Возмещение убытков, причиненных государственными органами и органами местного самоуправления

Убытки, причиненные гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов, в том числе издания не соответствующего закону или иному правовому акту акта государственного органа или органа местного самоуправления, подлежат возмещению Российской Федерацией, соответствующим субъектом Российской Федерации или муниципальным образованием

Статья 1069. Ответственность за вред, причиненный государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами

⁴² Ч.3 ст.29 Федерального закона от 8 января 1998 г. №6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (Приложение АВА25). Этот Закон действовал с 1 марта 1998 г. до 2 декабря 2002 г.

⁴³ Ч.3 ст. 33 Федерального закона от 26 октября 2002 г. №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (Приложение RME-776).

Вред, причиненный гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления либо должностных лиц этих органов, в том числе в результате издания не соответствующего закону или иному правовому акту акта государственного органа или органа местного самоуправления, подлежит возмещению. Вред возмещается за счет соответственно казны Российской Федерации, казны субъекта Российской Федерации или казны муниципального образования»⁴⁴.

65. Однако публично-правовая основа этого вида деликта, в котором неизбежно требуется оценка правомерности властно-распорядительных действий российских государственных органов (или их бездействия), приводит к тому, что в соответствии с преобладающей точкой зрения данный вид спора также считается неарбитрабельным по российскому праву⁴⁵.

66. Данная точка зрения наиболее подробно обоснована в работе проф. О.Ю. Скворцова:

«Убытки могут быть причинены тому или иному субъекту гражданского права «лицом публичного права», т.е. государственным органом или должностным лицом в процессе осуществления таковым лицом властных или иных публично-значимых функций или при участии публичного органа в гражданском обороте. Не случайно, что в связи с этим в ГК РФ сформулирована отдельная норма (ст.16), которая

⁴⁴ С.16 и ст.1069 ГК РФ (Приложение AVA13).

⁴⁵ Точка зрения о недопустимости рассмотрения третейским судом требований, в основе которых лежит оценка действительности и правомерности актов российских государственных органов, реализующих свои властно-распорядительных полномочия, находит отражение также в практике Международного коммерческого арбитражного суда (МКАС) при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (ведущего арбитражного института на постсоветском пространстве). Член Президиума МКАС профессор М.Г. Розенберг, который активно занимался обобщением и опубликованием практики МКАС, приводит в своей работе следующие примеры: *«Предметная компетенция МКАС обсуждалась, в частности, в случаях, когда часть исковых требований истца выходила за рамки гражданско-правовых отношений, споры из которых в силу Положения о МКАС могут им рассматриваться. Так, в одном из дел истцом был поставлен вопрос о незаконности исключения совместного предприятия, участником которого является истец, из соответствующего реестра. Признав, что его разрешение выходит за рамки компетенции МКАС, а без его решения не могут быть рассмотрены другие требования истца, МКАС приостановил производство по делу до получения истцом результатов рассмотрения его жалобы соответствующим административным органом или судом общей юрисдикции. При рассмотрении другого спора выяснилось, что требование истца о выплате ему дивидендов зависит от решения вопроса о правильности начисления доходов совместного предприятия за соответствующий год, спор о размере которых между совместным предприятием и налоговой инспекцией находится на разрешении суда общей юрисдикции. И в этом случае МКАС приостановил производство по делу до получения результатов рассмотрения спора в суде общей юрисдикции».* См.: Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. 5-е изд. Москва, 2007 (Приложение AVA26). Использован текст из справочной базы «Консультант Плюс».

возлагает на государственные органы и органы местного самоуправления обязанность возместить убытки, причиненные гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия). Деликтная ответственность, в том числе, и связанная с возмещением причиненных убытков, более детально урегулирована в ст.1069 ГК РФ. Отношения, складывающиеся между государственным органом (органом местного самоуправления), с одной стороны, и гражданином (юридическим лицом), регулируются в данном случае нормами гражданского законодательства. Однако, хотя указанные отношения и регулируются гражданским законодательством, по своей природе они являются публичными, поскольку обусловлены деятельностью государственных органов при осуществлении властных полномочий. Это дает основания для вывода о недопустимости передачи на рассмотрение третейского суда тех споров о взыскании убытков, которые возникли вследствие незаконных действий государственных органов и должностных лиц при реализации ими своих публично-правовых функций.

Иное дело убытки, которые вызваны действиями публичных образований в условиях гражданского оборота (при совершении сделок купли-продажи, поставки, подряда и т.д.). С точки зрения характера спорных правоотношений (гражданские правоотношения) такая категория споров вполне арбитрабельна, т.е. может быть предметом разбирательства третейским судом»⁴⁶.

67. С.И. Крупко прямо относит требования об установлении, например, факта экспроприации и требования о выплате компенсации при экспроприации к разряду публично-правовых споров, а также предлагает следующую классификацию споров с участием иностранных инвесторов на публично-правовые и частноправовые споры:

«По основанию возникновения инвестиционные споры можно разделить на две группы:

- К первой группе относятся споры, связанные с односторонними суверенными актами государства по вмешательству в инвестиционную деятельность – изменение условий осуществления инвестиционной деятельности через изменения в

⁴⁶ Скворцов О.Ю. О некоторых вопросах взыскания убытков в третейском судопроизводстве // Убытки и практика их возмещения: Сборник статей / Отв. ред. М.А. Рожкова. Москва, 2006. С.525-526 (Приложение AVA27).

законодательстве принимающего государства, экспроприация инвестиций или меры, подобные ей; иные действия государственных органов и должностных лиц, ущемляющие права инвесторов; предоставление фискальных льгот и привилегий. В данной категории споров государство в первую очередь выступает как суверен, и доминирует, таким образом, публично-правовой аспект отношений принимающего государства и иностранного инвестора. Для рассматриваемой категории споров будут характерны два вида требований. Это требования об установлении юридического факта (например, подтверждение факта ухудшения условий осуществления инвестиционной деятельности) и требования о выплате компенсации.

- Вторую группу образуют споры, связанные с инвестиционным соглашением (преддоговорные споры, толкование условий инвестиционного соглашения, неисполнение или ненадлежащее исполнение стороной обязательств по инвестиционному соглашению, изменение инвестиционного соглашения, прекращение инвестиционного соглашения). В данной категории споров на первый план выходят частноправовые правоотношения принимающего государства и иностранного инвестора и соответственно роль государства как стороны договора»⁴⁷.

68. Таким образом, в соответствии с преобладающей точкой зрения, требования инвестора к государству о возмещении убытков (выплате компенсации) в связи с неправомерными действиями (бездействием) государственных органов или изданием противоречащих закону актов считаются имеющими публично-правовую основу, а потому недопустимыми к передаче в третейский суд.

Превращает ли российское законодательство об иностранных инвестициях публично-правовые споры иностранных инвесторов с Российской Федерацией в арбитрабельные споры?

69. В Российской Федерации были приняты специальные законодательные акты, направленные на правовое регулирование иностранных инвестиций:

⁴⁷ Крупко С.И. Инвестиционные споры между государством и иностранным инвестором: Учебно-практическое пособие. Москва, 2002. С.19-20 (Приложение АВА28).

- a. Основы законодательства об иностранных инвестициях в СССР, которые были утверждены Верховным Советом СССР 5 июля 1991 г. №2302-1 (далее – «**Основы СССР**»)⁴⁸;
- b. Закон РСФСР от 4 июля 1991 г. №1545-1 «Об иностранных инвестициях в РСФСР» (далее – «**Закон 1991 г.**»)⁴⁹;
- c. Федеральный закон от 9 июля 1999 г. №160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» (далее – «**Закон 1999 г.**»)⁵⁰.

Анализ Основ СССР и Закона 1991 г.

70. Основы СССР при определении порядка разрешения споров с участием иностранных инвесторов четко различают две категории споров.

71. Во-первых, это споры между иностранными инвесторами и государством, то есть инвестиционные споры в строгом смысле этого термина:

«Споры между иностранными инвесторами и государством подлежат рассмотрению в СССР в судах, если иное не предусмотрено международными договорами СССР» (ч.1 ст.43)⁵¹.

72. Во-вторых, это споры иностранных инвесторов и предприятий с иностранными инвестициями с другими субъектами права, в том числе советскими юридическими лицами, а также советскими государственными органами, которые при этом выступают в качестве стороны в регулируемых гражданским законодательством

⁴⁸ Основы законодательства об иностранных инвестициях в СССР, утвержденные Верховным Советом СССР 5 июля 1991 г. №2302-1 (Приложение R-902, Приложение AVA29). Пределы действия этого советского закона на территории Российской Федерации до конца не ясны. После распада СССР в декабре 1991 г. акты советского законодательства продолжали применяться на территории Российской Федерации, но только в той части, в которой соответствующие вопросы не регулировались российским законодательством. В соответствии с преобладающей точкой зрения Закон РСФСР от 4 июля 1991 г. №1545-1 «Об иностранных инвестициях в РСФСР» не оставлял вопросов для регулирования Основами СССР, а потому последний советский акт следует считать фактически прекратившим свое действие на территории Российской Федерации вместе с распадом СССР.

⁴⁹ Закон РСФСР от 4 июля 1991 г. №1545-1 «Об иностранных инвестициях в РСФСР» (Приложение R-310, Приложение AVA30). Закон 1991 г. вступил в силу с 1 сентября 1991 г. и применялся до введения в действие Федерального закона от 9 июля 1999 г. №160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», то есть до 14 июля 1999 г. (Приложение R-307, Приложение AVA31).

⁵⁰ Федеральный закон от 9 июля 1999 г. №160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» (Приложение R-307, Приложение AVA31).

⁵¹ Ч.1 ст.43 Основ СССР (Приложение R-902).

отношениях, а не осуществляют властно-распорядительные полномочия от имени государства:

«Споры иностранных инвесторов и предприятий с иностранными инвестициями с советскими государственными органами, выступающими в качестве стороны в регулируемых гражданским законодательством отношениях, предприятиями, общественными организациями и другими советскими юридическими лицами, споры между участниками предприятия с иностранными инвестициями, а также споры между участниками предприятия с иностранными инвестициями и самим таким предприятием подлежат рассмотрению в СССР в судах или по договоренности сторон – в порядке третейского разбирательства, в том числе за границей, а в случаях, предусмотренных законодательными актами Союза ССР и республик, - в арбитражных судах, хозяйственных судах и других» (ч.2 ст.43)⁵².

73. Очевидно, что в настоящем деле речь идет именно о первой категории споров (инвестиционном споре в строгом смысле слова), поскольку иск предъявлен к Российской Федерации в связи с осуществлением ею своих публично-правовых функций и суверенных властно-распорядительных полномочий. В отношении этой категории споров Основы СССР предусматривают их разрешение только в государственных судах (допуская, что иной порядок рассмотрения этих споров может быть предусмотрен в международных договорах).

74. Таким образом, сами Основы СССР не превращают публично-правовые споры иностранных инвесторов с Российской Федерацией в арбитражные споры.

75. Аналогичный подход был использован в Законе 1991 г. Ст.9 Закона 1991 г., как и Основы СССР, при определении порядка разрешения споров с участием иностранных инвесторов четко различают две категории споров – инвестиционные споры в строгом смысле слова и споры между субъектами гражданско-правовых отношений.

76. Во-первых, это инвестиционные споры в строгом смысле этого термина. Закон 1991 г. подразделяет вопросы, возникающие в рамках споров об изъятии иностранных инвестиций, на два подвида:

⁵² Ч.2 ст.43 Основ СССР (Приложение R-902).

- (i) Публично-правовые вопросы, связанные с оценкой действительности и правомерности решений государственных органов об изъятии иностранных инвестиций, которая могла производиться только государственными судами (ч.3 ст.7)⁵³, и
- (ii) Гражданско-правовые вопросы определения размера, условий или порядка выплаты компенсации в связи с таким изъятием иностранных инвестиций, которое при возникновении спора ранее было признано имевшим место государственным судом⁵⁴. По общему правилу такие спорные вопросы компенсации также передавались на рассмотрение государственных судов, однако международным договором мог быть предусмотрен иной порядок разрешения этих вопросов (ч.1 ст.9)⁵⁵.

77. Во-вторых, ст.9 Закона 1991 г. говорит о спорах иностранных инвесторов и предприятий с иностранными инвестициями с другими субъектами права, в том числе российскими юридическими лицами, а также государственными органами РСФСР (при этом, как и в Основах СССР, подразумевается, что государственные органы РСФСР выступают в данном случае в качестве участников гражданско-правовых отношений):

«Споры иностранных инвесторов и предприятий с иностранными инвестициями с государственными органами РСФСР, споры между инвесторами и предприятиями с иностранными инвестициями по вопросам, связанным с их хозяйственной деятельностью, а также споры между участниками предприятия с иностранными инвестициями и самим таким предприятием подлежат рассмотрению в судах РСФСР, либо по договоренности сторон в третейском суде, а в случаях,

⁵³ «Решения органов государственного управления об изъятии иностранных инвестиций могут быть обжалованы в суды РСФСР.» (ч.3 ст.7 Закона 1991 г.) (Приложение AVA30).

⁵⁴ См. также: Нагапетьянц Р. Соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений // Внешняя торговля. 1991. №5. С.14 (Приложение AVA32): «В заключаемых с иностранными государствами соглашениях о защите капиталовложений СССР дает согласие на [...] рассмотрение [инвестиционных споров] в международных третейских судах. При этом сфера споров ограничивается лишь гражданско-правовыми вопросами (прежде всего определением размера и порядка выплаты компенсации в случае национализации капиталовложений и осуществлением перевода прибыли и иных платежей, причитающихся инвестору).»

⁵⁵ «Инвестиционные споры, в том числе споры по вопросам размера, условий или порядка выплаты компенсации разрешаются в Верховном Суде РСФСР или Высшем Арбитражном Суде РСФСР, если иной порядок не предусмотрен международным договором, действующим на территории РСФСР.» (ч.1 ст.9 Закона 1991 г.) (Приложение AVA30).

предусмотренных законодательством, - в органах по рассмотрению хозяйственных споров» (ч.2 ст.9)⁵⁶.

78. Выделение в ст.9 Закона 1991 г. двух видов споров (инвестиционных споров в строгом смысле слова и споров между субъектами гражданско-правовых отношений) подчеркивается в российской доктрине:

«...сохраняет значение ст.9 Закона 1991 г. «Об иностранных инвестициях в РСФСР». Она разделяла споры с участием иностранных инвесторов на две группы. К одной группе относились собственно инвестиционные споры, в том числе по вопросам размера, условий и порядка выплаты компенсации в случае национализации или конфискации ... Другая группа охватывала споры, связанные с хозяйственной деятельностью предприятий с иностранными инвестициями»⁵⁷.

79. Как и применительно к Основам СССР, очевидно, что в настоящем деле речь идет именно о первой категории споров (инвестиционном споре в строгом смысле слова), поскольку иск предъявлен к Российской Федерации в связи с осуществлением ею своих публично-правовых функций и суверенных властно-распорядительных полномочий. В отношении этой категории споров Закон 1991 г. предусматривает их разрешение только в государственных судах (допуская, что иной порядок может быть предусмотрен в международных договорах в части вопросов размера, условий или порядка выплаты компенсации при изъятии иностранных инвестиций, которое ранее было признано имевшим место государственным судом).

80. Таким образом, Закон 1991 г. также не превращает публично-правовые споры иностранных инвесторов с Российской Федерацией в арбитражные споры.

⁵⁶ Поскольку инвестиционные споры прямо урегулированы ч. 3 ст. 7 и ч. 1 ст. 9 Закона 1991 г., очевидно, что ч. 2 ст. 9 не распространяется на такие споры (Приложение АВА30). Федеральным законом от 16 ноября 1997 г. №144-ФЗ (Приложение АВА33) нормы ст. 7 и 9 Закона 1991 г. были подвергнуты незначительным изменениям, связанным с перераспределением компетенции между различными видами российских государственных судов. Эти изменения не касались вопроса арбитражности, а потому они не анализируются в настоящем Заключении.

⁵⁷ Топорнин Б.Н. Российское право и иностранные инвестиции: актуальные проблемы // Правовое регулирование иностранных инвестиций в России. Отв. ред. А.Г. Светланов. Москва, 1995. С.30-31 (Приложение R-903).

Анализ Федерального закона об иностранных инвестициях 1999 г.

81. Закон 1999 г. содержит следующую общую формулировку о порядке разрешения различных споров с участием иностранных инвесторов:

«Спор иностранного инвестора, возникший в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации, разрешается в соответствии с международными договорами Российской Федерации и федеральными законами в суде или арбитражном суде либо в международном арбитраже (третейском суде)» (ст.10)⁵⁸.

82. Ст.10 Закона 1999 г. является типичным примером нормы декларативного характера. Она сама не формулирует нового содержательного правила арбитрабельности, а ограничивается ссылкой на надлежащий механизм разрешения споров, предусмотренный другими правовыми инструментами. Такая разновидность норм известна в российском праве под названием «*бланкетные нормы*».

83. Бланкетные нормы широко распространены в российских законодательных актах – в особенности тех из них, которые носят комплексный характер, то есть объединяют правовые нормы из различных отраслей права (например, гражданско-правовые и административно-правовые нормы). Закон 1999 г. является именно таким законом комплексного характера.

84. Вот как бланкетные нормы описываются в фундаментальной работе советского периода по общей теории права, которая позднее легла в основу российской доктрины:

«По способу изложения элементов юридической нормы различаются три приема: прямой, ссылочный и бланкетный. В зависимости от этого выделяются и соответствующие разновидности юридических норм, в том числе прямые, ссылочные и бланкетные.

При прямом изложении все элементы нормы прямо формулируются в данной статье нормативного акта.

⁵⁸ Ст. 10 Закона 1999 г. (Приложение AVA31).

При ссылочном изложении отдельные элементы нормы не формулируются в данной статье; в ней делается отсылка к другой норме, где содержатся нужные предписания. Этот прием изложения применяется для установления связи между частями нормативного материала и для избежания повторений.

При бланкетном изложении отдельные элементы норм тоже прямо не формулируются, но недостающие элементы восполняются не какой-либо точно указанной нормой, а правилами определенного вида, которые со временем могут изменяться. Иными словами, здесь как бы дается «открытый бланк», ссылка на вид правил.

... Бланкетное изложение позволяет не только устранить ненужные повторения, но и обеспечить стабильность правового регулирования при изменении текущего законодательства (правил)»⁵⁹ (выделено в оригинале).

85. Аналогичная классификация правовых норм используется и в современных российских работах по общей теории права:

«По способам изложения возможны три варианта соотношения нормы права и статьи нормативного акта: 1) прямой способ – норма права непосредственно излагается в статье нормативного акта; 2) отсылочный (ссылочный) способ – статья нормативного акта, не излагая всей нормы права, отсылает к другой статье этого же нормативного акта ...; 3) бланкетный способ – статья отсылает не к конкретной статье, а к целому виду других нормативных актов, правил...»⁶⁰.

86. Профессор М.Н. Марченко описывает особенности бланкетных норм следующим образом:

«Бланкетные нормы отличаются от других правовых норм тем, что они устанавливают правила поведения лишь в самой общей форме, никак не конкретизируя их. Что же касается конкретизации этих правил, то она содержится

⁵⁹ Алексеев С.С. Общая теория права: в 2-х томах. Том II. Москва, 1982. С.283-284 (Приложение AVA34).

⁶⁰ Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права: учебник. Москва, 2004 (Приложение AVA35).
Использован текст из правовой базы «Консультант Плюс».

в специальных нормативных правовых актах, существующих отдельно от бланкетных норм. На них указывается в рассматриваемых нормах»⁶¹.

87. Бланкетный характер ст.10 Закона 1999 г. предопределяется тем, что вместо прямого указания на форумы, компетентные разрешать споры с участием иностранных инвесторов, в ней абстрактно перечисляются все возможные виды органов, способные выносить обязательные решения (суды общей юрисдикции, арбитражные суды и третейские суды) и указывается, что эти органы будут обладать компетенцией на разрешение споры лишь *«в соответствии с международными договорами Российской Федерации и федеральными законами».*

88. Таким образом, **вопрос об арбитрабельности спора (то есть допустимости разрешения того или иного вида спора в третейском суде) в самом Законе 1999 г. не решается – вместо этого предлагается обращаться к другим российским законам и международным договорам Российской Федерации.**

89. Чтобы проиллюстрировать отличие бланкетной нормы ст.10 Закона 1999 г. от норм прямого изложения, можно процитировать ст.22 Федерального закона от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции»:

«Споры между государством и инвестором, связанные с исполнением, прекращением и недействительностью соглашений, разрешаются в соответствии с условиями соглашения в суде, в арбитражном суде или в третейском суде (в том числе в международных арбитражных институтах)»⁶².

90. В отличие от ст.10 Закона 1999 г., эта норма не отсылает к другим российским законам или международным договорам, а прямо уполномочивает стороны включать в соглашение о разделе продукции арбитражную оговорку о рассмотрении споров в определенном третейском суде или пророгационную оговорку о рассмотрении споров в определенном государственном суде.

91. Декларативный характер норм Закона 1999 г. (включая норму ст.10) подчеркивается многими российскими авторами:

⁶¹ Марченко М.Н. Проблемы общей теории государства и права: учебник: в 2 томах. Том 2. Право. 2-е изд. Москва, 2007. С.585 (Приложение АВА36).

⁶² Ст.22 Федерального закона от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции» (Приложение АВА37).

«Однако вызывает сожаление, что многие его нормы [нормы Закона 1999 г.] носят лишь декларативный либо бланкетный характер и нормативно ничего не добавляют к правовому регулированию иностранных инвестиций. Вместо пустых по содержанию статей в Закон необходимо включить нормы, которые эффективно защищали бы иностранные инвестиции»⁶³.

92. В этой же статье авторы оценивают содержание ст.10 Закона 1999 г. следующим образом:

«Статья 10 Закона об иностранных инвестициях декларирует, что «спор иностранного инвестора, возникший в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации, разрешается в соответствии с международными договорами Российской Федерации и федеральными законами в суде или арбитражном суде либо в международном арбитраже (третейском суде)». По сути, она обуславливает право инвестора на разрешение его спора наличием международного договора или наличием соответствующего положения в федеральном законе»⁶⁴.

93. Профессор М.М. Богуславский отмечает, что ст.10 Закона 1999 г. носит «слишком общий характер»⁶⁵.

94. Другой исследователь, В.В. Силкин, делает вывод о том, что содержание ст.10 Закона 1999 г. исчерпывается общей отсылкой к российскому процессуальному законодательству, в том числе в отношении порядка разрешения инвестиционных споров в строгом смысле слова:

«Статья 10 Федерального закона об иностранных инвестициях содержит «гарантию обеспечения надлежащего разрешения спора, возникшего в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации иностранным инвестором. Эта гарантия состоит в том, что спор иностранного инвестора, возникший в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории РФ, разрешается в

⁶³ Фархутдинов И.З., Данельян А.А., Магомедов М.Ш. Национально-правовое регулирование иностранных инвестиций в России // Закон. 2013. №1 (Приложение АВА38). Использован текст из правовой базы «Консультант Плюс».

⁶⁴ Там же.

⁶⁵ Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. Под ред. проф. А.С. Комарова. Москва, 2001. С. 135 (Приложение АВА39). Автор главы 4 – проф. М.М. Богуславский.

соответствии с международными договорами РФ и федеральными законами в суде или арбитражном суде, либо в международном арбитражном (третейском) суде. Иными словами, в вопросах процессуальной право- и дееспособности иностранных инвесторов и правил подведомственности и подсудности по спорам с их участием делается отсылка к федеральному законодательству по вопросам гражданского и арбитражного процесса (т.е. к Гражданскому процессуальному кодексу РФ и Арбитражному процессуальному кодексу РФ), а также к Закону РФ «О международном коммерческом арбитраже».

... Федеральный закон об иностранных инвестициях не выделяет инвестиционные споры в отдельную категорию и, соответственно, каких-либо особых правил подсудности и подведомственности для них не устанавливает. Следовательно, в отношении инвестиционных споров, как и споров, возникающих между инвесторами и равными им по статусу субъектами, следует руководствоваться предусмотренными арбитражным процессуальным законодательством общими правилами подсудности и подведомственности»⁶⁶.

95. Таким образом, сам Закон 1999 г. не превращает публично-правовые споры иностранных инвесторов с Российской Федерацией в арбитрабельные споры.

Анализ законодательных актов об инвестиционной деятельности

96. Помимо описанного выше специального законодательства об иностранных инвестициях, в российском праве существовали ранее и существуют в настоящее время законодательные акты об инвестиционной деятельности. К их числу относятся:

- a. Основы законодательства об инвестиционной деятельности в СССР, которые были утверждены постановлением Верховного Совета СССР от 10 декабря 1990 г. №1820-1⁶⁷;

⁶⁶ Силкин В.В. Прямые иностранные инвестиции в России: правовые формы привлечения и защиты. Москва, 2003. С.180-182 (Приложение АВА40).

⁶⁷ Основы законодательства об инвестиционной деятельности в СССР, которые были утверждены постановлением Верховного Совета СССР от 10 декабря 1990 г. №1820-1 (Приложение АВА41). Этот советский закон вступил в силу 1 января 1991 г. Пределы его действия на территории Российской Федерации до конца не ясны. После распада СССР в декабре 1991 г. акты советского законодательства продолжали применяться на территории Российской Федерации, но только в той части, в которой соответствующие вопросы не регулировались российским законодательством. В соответствии с преобладающей точкой зрения Закон РСФСР от 26 июня 1991 г. №1488-1 «Об инвестиционной деятельности в РСФСР» не оставлял вопросов для регулирования Основами законодательства об

- б. Закон РСФСР от 26 июня 1991 г. №1488-1 «Об инвестиционной деятельности в РСФСР»⁶⁸;
- с. Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. №39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»⁶⁹ (далее перечисленные выше три законодательных акта об инвестиционной деятельности совместно именуются **«Законы об инвестиционной деятельности»**).

97. Российскими специалистами были высказаны различные точки зрения относительно того, могут ли Законы об инвестиционной деятельности применяться для правового регулирования иностранных инвестиций. Если первоначально преобладала точка зрения о том, что Законы об инвестиционной деятельности являются *lex generalis* по отношению к специальным законам об иностранных инвестициях (которые рассматривались как *lex specialis*), то в современной российской доктрине доминирует точка зрения, в соответствии с которой Законы об инвестиционной деятельности могут применяться только к особым отношениям, связанным с капитальным строительством (возведением зданий, строений и иных объектов недвижимости), вне зависимости от того, является ли инвестор иностранным или российским.

98. Наиболее подробно этот вопрос описывается в работе профессора И.З. Фархутдинова:

«Возникает такой естественный вопрос, как же соотносится Федеральный закон от 9 июля 1999 г. №39-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» с Федеральным законом от 25 февраля 1999 г. №160-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» и с Законом РСФСР от 26 июня 1991 г. «Об инвестиционной деятельности в РСФСР», который действует в части, непротиворечащей последнему.

инвестиционной деятельности в СССР, а потому последний советский акт следует считать фактически прекратившим свое действие на территории Российской Федерации вместе с распадом СССР.

⁶⁸ Закон РСФСР от 26 июня 1991 г. №1488-1 «Об инвестиционной деятельности в РСФСР» (Приложение АВА42). Этот Закон вступил в силу 18 июля 1991 г. Закон формально не отменен, однако он не подлежит применению в части, противоречащей Федеральному закону от 25 февраля 1999 г. №39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений».

⁶⁹ Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. №39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» (Приложение АВА43). Этот Закон вступил в силу с 1 марта 1999 г. и действует до настоящего времени.

*Два последних законодательных акта, если следовать их преамбуле, направлены на правовое обеспечение инвестиционного процесса вообще, т.е., стало быть, призваны играть роль *lex generalis* относительно Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации». Исходя из этой логики следует применять закрепленные в этих двух предыдущих актах нормы для восполнения пробелов в Законе об иностранных инвестициях.*

*... Представляется, что прав В.В. Силкин, считающий вслед за Н.Г. Дорониной и Н.Г. Семилютиной неправомерным возведение в разряд *lex generalis* Закона об инвестиционной деятельности, осуществляемой в форме капитальных вложений в отношении специального инвестиционного закона. Н.Г. Доронина и Н.Г. Семилютина впервые высказали точку зрения, что Закон об инвестиционной деятельности в РСФСР вообще не применим к определению правового режима иностранных инвестиций. Он, как и его поздний аналог – Закон об инвестиционной деятельности от 25 февраля 1999 г., исходит из устаревшей концепции, когда понятия «инвестиции», «инвестирование», «инвестор» связывались исключительно с правоотношениями в сфере капитального строительства.*

... В таком случае получается, что Федеральный закон от 9 июля 1999 г. «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» выступает единственным универсальным федеральным законом, прямо и непосредственно регламентирующим иностранные инвестиции на территории нашей страны. Другие федеральные законы относятся к кругу специальных источников правового обеспечения иностранной инвестиционной деятельности в различных сферах. С этой точкой зрения, думается, следует согласиться»⁷⁰.

99. Таким образом, в соответствии с преобладающей на сегодня точкой зрения Законы об инвестиционной деятельности не подлежат применению в рассматриваемой ситуации, поскольку спор не связан с вопросами капитального строительства (возведением на территории Российской Федерации зданий, строений или иных объектов недвижимости).

100. Тем не менее, даже если придерживаться позиции о том, что Законы об инвестиционной деятельности могут применяться для решения вопросов, не

⁷⁰ Фархутдинов И.З. Международное инвестиционное право и процесс: учебник. Москва, 2014. С.130-131 (Приложение AVA44).

урегулированных в специальных законодательных актах об иностранных инвестициях (то есть применяться в качестве *lex generalis*), то положения этих законов не дают оснований для превращения публично-правовых споров иностранных инвесторов с Российской Федерацией в арбитражные споры.

101. Этот вывод основан на том, что Законы об инвестиционной деятельности включают бланкетные нормы о порядке разрешения споров между субъектами инвестиционной деятельности, отсылая по этому вопросу к российскому процессуальному законодательству:

а. Основы законодательства об инвестиционной деятельности в СССР 1990 г. включают следующую бланкетную норму:

«Споры, возникающие в результате осуществления инвестиционной деятельности, рассматриваются соответственно судом, государственным арбитражем и третейским судом» (п. 3 ст.23)⁷¹;

б. Закон РСФСР 1991 г. «Об инвестиционной деятельности в РСФСР», включает следующую бланкетную норму:

«Споры, возникающие при осуществлении инвестиционной деятельности, рассматриваются в порядке, установленном законодательством, действующим на территории РСФСР» (ч.4 ст.16)⁷²;

в. Аналогичную бланкетную норму содержит Федеральный закон 1999 г. «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»:

«Споры, связанные с инвестиционной деятельностью, осуществляемой в форме капитальных вложений, разрешаются в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, международными договорами Российской Федерации» (ч.2 ст.17)⁷³.

⁷¹ П.3 ст. 23 Основ законодательства об инвестиционной деятельности в СССР 1990 г. (Приложение АВА41).

⁷² Ч.4 ст.16 Закона РСФСР 1991 г. «Об инвестиционной деятельности в РСФСР» (Приложение АВА42).

⁷³ Ч.2 ст.17 Федерального закона 1999 г. «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» (Приложение АВА43).

102. Таким образом, Основы законодательства об инвестиционной деятельности в СССР 1990 г., Закон РСФСР 1991 г. «Об инвестиционной деятельности в РСФСР», а также Федеральный закон 1999 г. «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» также не превращают публично-правовые споры иностранных инвесторов с Российской Федерацией в арбитражные споры.

С. ВЫВОДЫ

103. Российское законодательство всегда фиксировало недопустимость рассмотрения любого вида публично-правовых споров в третейских судах. Этот запрет прямо следует из главного критерия арбитражности споров - критерия гражданско-правового характера отношений сторон.

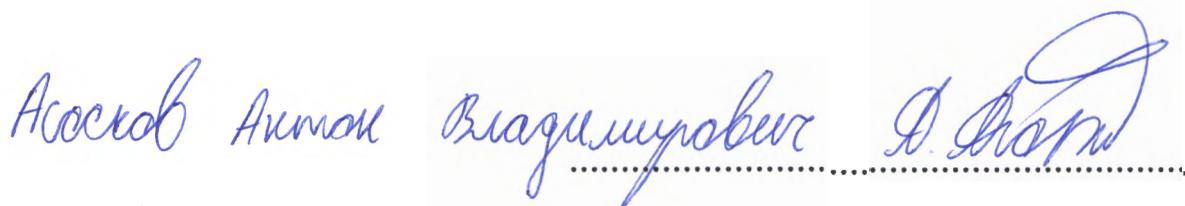
104. Для квалификации спора в качестве публично-правового и неарбитражного в российском праве используются два критерия - (i) специфика правоотношений, из которых возникает спор, и (ii) состав участвующих в споре лиц. Специфика публично-правовых отношений проявляется в использовании принципа субординации (подчинения). При анализе состава участвующих в споре лиц особый акцент российскими судами делается на «концентрации общественно-значимых публичных элементов», под которыми понимаются (i) публичный интерес, (ii) участие публичного субъекта и (iii) влияние на бюджетные средства.

105. Споры, связанные с начислением налоговыми органами дополнительных налогов и налоговых санкций, споры, связанные с принудительным исполнением решений налоговых органов и иными действиями, осуществляемыми государственными органами в рамках законодательства об исполнительном производстве, а также споры о банкротстве всегда являлись неарбитражными по российскому праву.

106. Ни российские законодательные акты об иностранных инвестициях (Основы законодательства об иностранных инвестициях в СССР 1991 г., Закон РСФСР 1991 г. «Об иностранных инвестициях в РСФСР», Федеральный закон 1999 г. «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»), ни российские законодательные акты об инвестиционной деятельности (Основы законодательства об инвестиционной деятельности в СССР 1990 г., Закон РСФСР 1991 г. «Об инвестиционной деятельности в РСФСР», Федеральный закон 1999 г. «Об

инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений») не превращают публично-правовые споры иностранных инвесторов с Российской Федерацией в арбитрабельные споры.

107. Мнение, высказанное в настоящем Заключении, основано на моем внутреннем убеждении и является результатом независимого исследования и анализа заданных мне вопросов.



Асосков Антон Владимирович А. Асосков

АНТОН ВЛАДИМИРОВИЧ АСОСКОВ

Москва, 30 октября 2014 г.

ПРИЛОЖЕНИЕ 1

АНТОН ВЛАДИМИРОВИЧ АСОСКОВ РЕЗЮМЕ

Я являюсь доктором юридических наук и профессором кафедры международного частного права Российской школы частного права, а также доцентом кафедры гражданского права юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова.

Мой адрес: Российская Федерация, 107258, г. Москва, Б-р Маршала Рокоссовского, д.39, корп.1, кв. 80.

В 1998 г. я с отличием окончил Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова. В 1998-2000 гг. я обучался в Российской школе частного права и в 2000 г. с отличием защитил магистерскую диссертацию по теме «Правовой статус юридических лиц, действующих за пределами своего национального государства». В 2001 г. я защитил диссертацию на соискание ученой степени кандидата юридических наук по теме «Методы регулирования правового статуса юридических лиц, действующих на территории иностранных государств». В 2009-2010 гг. я получил грант и прошел стажировку в Институте зарубежного и международного частного права им. Макса Планка (г. Гамбург, Германия). В 2012 г. я защитил диссертацию на соискание ученой степени доктора юридических наук по теме «Нормообразующие факторы, влияющие на содержание коллизионного регулирования договорных обязательств».

С 2001 г. я являюсь преподавателем кафедры гражданского права юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова, где читаю лекционные курсы по международному частному праву, а также веду занятия по гражданскому праву России. С 2008 г. я являюсь профессором кафедры международного частного права Российской школы частного права, где читаю курсы по юридическим лицам и договорным обязательствам в международном частном праве.

В 2008 г. я стал членом рабочей группы, организованной под эгидой Совета по кодификации гражданского законодательства при Президенте РФ, и участвовал в разработке Концепции совершенствования гражданского законодательства, а также проекта изменений и дополнений Гражданского кодекса РФ (Раздел VI «Международное частное право»).

С 2001 г. я был докладчиком, а в 2009 г. стал арбитром Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ. Я являюсь арбитром Международного арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Республики Казахстан, третейским судьей Арбитражной комиссии при ОАО «ММВБ-РТС» (российской фондовой бирже) и Третейского суда при Ассоциации российских банков. Я участвовал в более чем 60 международных арбитражных разбирательствах, в том числе по Арбитражному Регламенту Международной Торговой Палаты (ICC) и Арбитражному Регламенту ЮНСИТРАЛ.

В 2011-2013 гг. я работал консультантом московского офиса международной юридической фирмы «Дебевейз энд Плимpton ЛЛП» по вопросам международного коммерческого арбитража и судебных разбирательств. Кроме того, с 2000 по 2009 гг. я являлся начальником юридического отдела одной из ведущих российских геофизических компаний (ОАО «Центральная геофизическая экспедиция»), а с 1997 по 2000 гг. работал юристом совместного российско-сингапурского предприятия «Алджеок».

С 2009 г. я являюсь членом редакционной коллегии Вестника международного коммерческого арбитража - ведущего российского журнала по вопросам международного коммерческого арбитража.

Я также являюсь автором следующих монографий:

- «Венская конвенция ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров: комментарий к положениям, определяющим сферу действия», Москва, 2013 г.
- «Основы коллизионного права», Москва, 2012 г.;
- «Коллизионное регулирование договорных обязательств», Москва, 2012 г.;
- «Правовые формы участия юридических лиц в международном обороте», Москва, 2003 г.;

Я являюсь автором более 60 статей в юридических журналах по тематике российского гражданского права, сравнительного правоведения и международного частного права, включая следующие:

- Раздел «Russian Federation» в: European Encyclopedia of Private International Law. In 3 Vol. Eds. J. Basedow, F. Ferrari, P. de Miguel Asensio и G. Rühl. Будет опубликована в начале 2015 г.
- Реформа раздела VI «Международное частное право» Гражданского кодекса РФ // Хозяйство и право. 2014. №2
- Are Russian Courts Able to Keep Control over the Unruly Horse? The Long-Awaited Guidance of the Russia's Highest Commercial Court on the Concept of Public Policy // Journal of International Arbitration. 2013. №5 (в соавторстве с А. Кучер)
- England and Russia: Resolving Jurisdictional Disputes // Law Society Gazette. 22 April 2013 (в соавторстве с R. Cox, T. Nesterchuk)
- Допустимость соглашений об исключении оспаривания решений международного коммерческого арбитража, вынесенных на территории России // Liber Amicorum в честь 50-летия А.Н. Жильцова. Трансграничный торговый оборот и право. Научн. Редакторы А.И. Муранов, В.В. Плеханов. Москва, 2013
- Влияние статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод на третейское разбирательство // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2013. №9
- Президиум ВАС РФ определил подходы к понятию публичного порядка: краткий комментарий к Информационному письму от 26 февраля 2013 г. №156 // Вестник международного коммерческого арбитража. 2013. №1
- Асимметричные оговорки о порядке разрешения споров: проблемы, порожденные Постановлением Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 19 июня 2012 г. №1831/12 // Третейский суд. 2012. №5
- 2011 Review of Russian Court Practice Pertaining to International Commercial Arbitration // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. №1 (в соавторстве с А. Кучер и А. Ядыкиным)
- Пределы действия судебных и третейских решений по кругу лиц // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2012. №2

- Влияют ли положения двустороннего договора о правовой помощи на процедуру арбитражного разбирательства, проводимого на территории страны – участницы такого международного договора? // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. №2
- Комментарий к Правилам о беспристрастности и независимости третейских судей, утвержденным Торгово-промышленной палатой Российской Федерации // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. №1
- Судебное вмешательство в разрешение вопроса о компетенции арбитража на начальных стадиях арбитражного разбирательства // Международный коммерческий арбитраж. 2008. №4
- Комментарий к Рекомендациям Ассоциации международного права о применении доктрин *lis pendens* и *res judicata* в отношении арбитража: основные положения и перспективы использования в российской практике // Международный коммерческий арбитраж. 2008. №2
- Параллельные разбирательства в государственном суде и международном коммерческом арбитраже: связан ли проводимый в России международный коммерческий арбитраж актами иностранных государственных судов стран, с которыми Россия имеет договоры о взаимном признании и приведении в исполнение судебных решений? // Международный коммерческий арбитраж. 2007. №3
- Вопросы международного арбитража в новом обзоре Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ: поиск правильных решений // Международный коммерческий арбитраж. 2006. №2