



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
13 January 2014
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Сорок седьмая сессия
Нью-Йорк, 7-25 июля 2014 года

Урегулирование коммерческих споров

**Руководство ЮНСИТРАЛ по Конвенции о признании
и приведении в исполнение иностранных арбитражных
решений (Нью-Йорк, 1958 год)**

Записка Секретариата

Добавление

[Статья II(2)]

С. Арбитражная оговорка или арбитражное соглашение, содержащееся в обмене документами

а. Обмен

47. В соответствии со статьей II(2) соглашение будет также считаться удовлетворяющим требованию в отношении "письменной формы", если оно будет содержаться в обмене письмами или телеграммами. Как отметил один из судов Германии, важнейшее значение в контексте требования относительно обмена документами, предусмотренного в Нью-Йоркской конвенции, имеет взаимная основа; иными словами, взаимная передача документов⁸².

48. Окружной суд Соединенных Штатов по округу Колумбия подтвердил, что для установления факта наличия "письменного соглашения" по смыслу статьи II(2) Конвенции односторонних действий той или иной стороны

⁸² Oberlandesgericht [OLG] Frankfurt, Germany, 26 June 2006, 26 Sch 28/05; Bayerisches Oberstes Landesgericht [BayObLG], Germany, 12 December 2002, 4 Z Sch 16/02.



недостаточно⁸³. В ходе рассмотрения этого дела противоположная сторона ни в какой форме не ответила на письма, содержавшие арбитражные соглашения.

49. В контексте инвестиционных споров, рассматриваемых в арбитражном порядке, Апелляционный суд второго округа США подтвердил, что требование относительно обмена документами по смыслу статьи II Конвенции выполняется путем включения в двусторонний инвестиционный договор предложения об урегулировании споров в арбитражном порядке и его последующего принятия инвестором в рамках просьбы о проведении арбитражного разбирательства⁸⁴.

b. Неисчерпывающий перечень документов

50. Хотя в статье II(2) прямо говорится только лишь об "обмене письмами или телеграммами", считается общепризнанным, что положения статьи II(2) охватывают обмен любыми документами и не только письмами и телеграммами. Большинство судов признают, что арбитражные соглашения, содержащиеся в обмене документами или иными письменными сообщениями, будь то в физическом или электронном виде, удовлетворяют требованию, установленному в статье II(2)⁸⁵.

51. Например, канадский суд при вынесении постановления относительно действительности арбитражного соглашения в соответствии со статьей V(1)(a) подтвердил, что "соглашение в письменной форме", согласно статье II(2), может иметь разные форматы и эту формулировку следует толковать с функциональной и прагматичной точек зрения⁸⁶.

52. И действительно, на своей тридцать девятой сессии в июле 2006 года ЮНСИТРАЛ прямо рекомендовала применять статью II(2), "учитывая, что предусмотренные в ней обстоятельства не являются исчерпывающими"⁸⁷.

⁸³ *Moscow Dynamo v. Alexander M. Ovechkin*, District Court, District of Columbia, United States of America, 18 January 2006, 05-2245 (EGS).

⁸⁴ *Republic of Ecuador v. Chevron Corp. (US)*, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 17 March 2011, 10-1020-cv (L), 10-1026 (Con). См. также статуты об урегулировании требований между США и Ираном в арбитражном порядке, признаваемые "соглашением в письменной форме", в *Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran v. Gould Inc., Gould Marketing, Inc., Hoffman Export Corporation, and Gould International, Inc.*, Court of Appeals, Ninth Circuit, United States of America, 23 October 1989, 88-5879/88-5881.

⁸⁵ Об обмене телексами и факсами см.: *Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Federal Tribunal, Switzerland, 16 January 1995; *C.S.A. v E. Corporation*, Court of Justice of Geneva, Switzerland, 14 April 1983, 187. Об обмене электронными сообщениями с подтверждением по факсу см.: *Great Offshore Ltd v Iranian Offshore Engineering & Construction Co*, Supreme Court, Civil Appellate Jurisdiction, India, 25 August 2008, Arbitration Petition No. 10 of 2006.

⁸⁶ *Sheldon Proctor v. Leon Schellenberg*, Court of Appeal of Manitoba, Canada, 11 December 2002.

⁸⁷ Рекомендация, касающаяся толкования пункта 2 статьи II и пункта 1 статьи VII Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, совершенной в Нью-Йорке 10 июня 1958 года (2006 год), пункт 1. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/61/17)*, пункты 177-181 и Приложение II; размещены по адресу www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/A2E.pdf. Уже в 2005 году в подготовленной ЮНСИТРАЛ Конвенции Организации Объединенных Наций об

Далее, в подтверждение этого ЮНСИТРАЛ на той же сессии внесла поправку в Типовой закон об арбитраже в целях разъяснения, что "требование о заключении арбитражного соглашения в письменной форме удовлетворяется электронным сообщением (...)"⁸⁸. В соответствии с рекомендацией ЮНСИТРАЛ в Испании недавно было принято решение, согласно которому перечень документов, изложенных в статье II, не является исчерпывающим и поэтому арбитражное соглашение, заключенное с помощью электронных средств связи, удовлетворяет требованию относительно "письменной формы"⁸⁹.

53. Некоторые комментаторы также полагают, что описанные в статье II(2) обстоятельства не являются исчерпывающими, исходя из используемого в этой статье слова "включает"⁹⁰.

***с. Применяется ли требование относительно подписи
к обмену документами***

54. В отношении случаев, когда арбитражное соглашение содержится в обмене документами, в тексте статьи II(2) не содержится конкретного требования относительно подписания сторонами арбитражного соглашения.

55. Федеральный суд Швейцарии подтвердил, что в том случае, если арбитражное соглашение содержится в обмене документами, требование относительно подписания не применяется⁹¹. Аналогичным образом, при вынесении решения согласно статье 7 Закона об арбитраже, принятого в Индии в 1996 году (в которой воспроизводится статья II(2) Конвенции), Верховный суд Индии признал действительным арбитражное соглашение, содержащееся в

использовании электронных сообщений в международных договорах предусматривалось ее применение согласно статье 20 Конвенции в отношении использования электронных сообщений в связи с заключением или исполнением соглашения, подпадающего под действие Нью-Йоркской конвенции. См. резолюцию 60/21, принятую Генеральной Ассамблеей 23 ноября 2005 года и касающуюся Конвенции Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах, размещено по адресу www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf.

⁸⁸ Статья 7(4) (вариант I) Типового закона ЮНСИТРАЛ об арбитраже (с поправками, внесенными в 2006 году).

⁸⁹ High Court of Justice of Cataluña, Spain, 15 March 2012, RJ 2012/6120.

⁹⁰ См., например, Toby Landau, Salim Moollan, *Article II and the Requirement of the Form*, in ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 189, at 244-247 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008); Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Arbitration Agreements in Online Business to Business Transactions*, in LIBER AMICORUM K.-H. BOCKSTIEGEL 355 (2001), at 358-362. Если подходить к этому вопросу по справедливости, то сам по себе этот аргумент не является определяющим, поскольку не подкрепляется вариантами Конвенции на других официальных языках. Например, в варианте на французском языке используется выражение "*On entend par "convention écrite"*", под которым подразумевается, скорее, определение понятия "письменное соглашение", а не исчерпывающий перечень.

⁹¹ *Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Federal Tribunal, Switzerland, 16 January 1995; *Tradax Export SA v Amoco Iran Oil Company*, Federal Tribunal, Switzerland, 7 February 1984.

неподписанном договоре, которым обменялись стороны⁹². Этот подход применялся во многих странах⁹³.

56. Вместе с тем в некоторых случаях были приняты решения не приводить в исполнение неподписанные арбитражные соглашения, которыми стороны обменялись с использованием телекса⁹⁴.

57. *Материалы подготовительной работы* и формулировка статьи II(2) поддерживают подход, согласно которому требование относительно подписания не применяется к обмену документами. Разработчики Нью-Йоркской конвенции были заинтересованы в принятии гибко сформулированного требования относительно "письменной формы", с тем чтобы учесть реалии предпринимательской практики⁹⁵. Именно поэтому было проведено различие между "арбитражной оговоркой [...] или арбитражным соглашением, подписанным сторонами" "или" "содержащимся в обмене письмами или телеграммами".

СТАТЬЯ II(3)

58. В случае наличия письменного соглашения, как оно определяется в соответствии со статьей II(1) и (2), статья II(3) обязывает национальные суды направлять стороны в арбитраж по просьбе, по крайней мере, одной из сторон, если суд не сочтет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.

⁹² *M/S Unissi (India) Pvt Ltd v Post Graduate Institute of Medical Education and Research*, Supreme Court, India, 1 October 2008, Civil Appeal No. 6039 of 2008.

⁹³ *Not Indicated v. Not Indicated*, Supreme Court, Austria, 21 February 1978, X Y.B. COM. ARB. 418 (1985), at 418-419; *Standard Bent Glass Corp. v. Glassrobots OY*, Court of Appeals, Third Circuit, United States of America, 20 June 2003, 02-2169. См. также, на этапе приведения арбитражного решения в исполнение: *Landgericht [LG] Zweibrücken*, Germany, 11 January 1978, 6.0 H 1/77; *Oberlandesgericht [OLG] Schleswig*, Germany, 30 March 2000, 16 SchH 05/99.

⁹⁴ См., например, *Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anonima Comercial Industrial Financeira Imobiliaria y Agropecuaria v. Moinho Paulista Ltd*, Superior Court of Justice, Brazil, 17 May 2006, SEC 866, решение подтверждено в рамках *Oleaginosa Moreno Hermanos Sociedad Anónima Comercial Industrial Financeira Imobiliaria y Agropecuaria v Moinho Paulista Ltda.*, Superior Court of Justice, Brazil, 7 March 2007, Motion for Clarification on SEC 866.

⁹⁵ *Материалы подготовительной работы*, Конференция Организации Объединенных Наций по международному торговому арбитражу, Замечания правительств и организаций, касающиеся проекта конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, E/2822/Add.4 (Соединенное Королевство); *Материалы подготовительной работы*, Конференция Организации Объединенных Наций по международному торговому арбитражу, краткие отчеты о тринадцатом заседании, E/CONF.26/SR.13 (представитель Гаагской конференции по международному частному праву); *Материалы подготовительной работы*, доклад Комитета по исполнению международных арбитражных решений, E/AC.42/SR.7 (Швеция, Индия); *Материалы подготовительной работы*, Конференция Организации Объединенных Наций по международному торговому арбитражу, краткие отчеты о девятом заседании, E/CONF.26/SR.9 (представитель Германии), стр. 3 англ. текста.

А. Общие принципы

а. Обязательство направлять стороны в арбитраж

59. В статье II(3) предусматривается, что "суд Договаривающегося государства, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили письменное соглашение, предусматриваемое настоящей статьей, должен [...] направить стороны в арбитраж [...]". Как отметил Верховный суд Канады, цель и задача статьи II(3) заключаются в укреплении обязательства по приведению в исполнение арбитражных соглашений⁹⁶.

60. В *Материалах подготовительной работы* сфера охвата обязательства судов направлять стороны в арбитраж не рассматривается. Формулировка "направить стороны в арбитраж" заимствована из Женевского протокола, в соответствующем разделе которого предусматривается, что "суды Договаривающихся Сторон [...] должны отослать стороны, по ходатайству любой из них, к решению арбитров"⁹⁷. Эта формулировка была предложена делегацией Швеции на Нью-Йоркской конференции и утверждена после внесения дополнительных изменений редакционным комитетом⁹⁸.

61. Под словом "должен" в статье II(3) суды понимают, что они обязаны направлять в арбитраж и вопрос об этом не может быть оставлен на их усмотрение⁹⁹. На практике суды применяют два разных подхода к выполнению своего обязательства по направлению сторон в арбитраж.

62. Первый подход нашел поддержку в системах гражданского права и заключается в том, что компетенция судов не признается при наличии арбитражного соглашения. Например, французский и швейцарский суды приняли целый ряд решений, согласно которым в соответствии со статьей II

⁹⁶ *GreCon Dimter Inc. v. J.R. Normand Inc. and Scierie Thomas-Louis Tremblay Inc.*, Supreme Court, Canada, 22 July 2005, 30217.

⁹⁷ Женевский протокол об арбитражных оговорках, статья 4.

⁹⁸ *Материалы подготовительной работы*, Конференция Организации Объединенных Наций по международному торговому арбитражу, краткий отчет о двадцать первом заседании, E/CONF.26/SR.21, стр. 17-23 англ. текста; *Материалы подготовительной работы*, Конференция Организации Объединенных Наций по международному торговому арбитражу, рассмотрение проекта конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, E/CONF.26/L.59.

⁹⁹ См., например, *Renusagar Power Co Ltd v General Electric Company and anor*, Supreme Court, India, 16 August 1984; *Shin-Etsu Chemical Co Ltd v Aksh Optifibre Ltd and anor*, Supreme Court, India, 12 August 2005; *Ishwar D. Jain v. Henri Courier de Mere*, Court of Appeals, Seventh Circuit, United States of America, 3 April 1995, 94-3314; *Aasma et al. v. American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association Inc. (USA)*, Court of Appeals, Sixth Circuit, United States of America, 29 August 1996, 94-3881, 94-3883; *InterGen N.V. (Netherlands) v. Grina (Switzerland)*, Court of Appeals, First Circuit, United States of America, 22 September 2003, 03-1056; *Ingosstrakh v. Aabis Rederi Sovfrakht*, City Court of Moscow, Former USSR, 6 May 1968, I Y.B. COM. ARB. 206 (1976); *Louis Dreyfus Corporation of New York v. Oriana Soc. di Navigazione S.p.a.*, Court of Cassation, Italy, 27 February 1970, 470, I Y.B. COM. ARB. 189 (1976); *Nile Cotton Ginning Company v. Cargill Limited*, Court of Appeal of Cairo, Egypt, 29 June 2003, 92-7876.

Конвенции наличие арбитражного соглашения лишало национальные суды компетенции, и поэтому они направляли стороны в арбитраж¹⁰⁰.

63. Второй подход, получивший поддержку в большинстве систем общего права, предусматривает прекращение судебного производства, что позволяет судам выполнить свое обязательство по приведению в исполнение арбитражных соглашений. Например, Федеральный суд Австралии при толковании статьи 7(2) Закона Австралии о международном арбитраже с учетом статьи II(3) Конвенции постановил, что формулировку "должен направить стороны в арбитраж" [...] не следует толковать как обязывающую стороны проводить арбитражное разбирательство¹⁰¹. Суд пояснил, что, скорее, судам следует прекратить судебное производство, но они не могут заставить стороны обращаться в арбитраж, если они этого не пожелают.

64. Оба подхода согласуются с обязательством судов Договаривающихся сторон Конвенции направлять стороны в арбитраж.

65. В некоторых странах суды издавали даже запреты на возбуждение исков в пользу арбитража. В частности, английский Апелляционный суд постановил, что такие запреты, направленные на обеспечение выполнения сторонами арбитражного соглашения, не нарушают положений Нью-Йоркской конвенции¹⁰².

b. Необходимость ходатайства сторон

66. Согласно статье II(3) суды обязаны направлять стороны в арбитраж "по просьбе одной из сторон".

67. В статье II(3) четко не указано, может ли суд направлять стороны в арбитраж в отсутствие такой просьбы. Однако поскольку арбитраж по определению предусматривает согласие, стороны всегда могут отказаться от заключенного ими ранее арбитражного соглашения. Если ни одна из сторон не заявляет о наличии арбитражного соглашения, то суд в силу своих полномочий не будет направлять стороны в арбитраж, а, скорее, будет настаивать, как следствие, на своей компетенции¹⁰³. В таких случаях суды зачастую считают, что стороны отказались от своего права на арбитражное разбирательство.

68. Например, суды США, как правило, признают отказ сторон от права на арбитражное разбирательство в случаях, когда они "существенным образом"

¹⁰⁰ *Société Sysmode S.A.R.L. et Société Sysmode France v Société Metra HOS et Société SEMA*, Court of Appeal of Paris, 8 December 1988; *Les Trefileries & Ateliers de Commercys v. Société Philipp Brothers France et Société Derby & Co Limited*, Court of Appeal of Nancy, 5 December 1980. См. также: *Fondation M v Banque X*, Federal Tribunal, Switzerland, 29 April 1996.

¹⁰¹ *Hi-Fert Pty Ltd v. Kuikiang Maritime Carriers Inc.*, Federal Court, Australia, 26 May 1998, NG 1100 & 1101 of 1997. See also: *Westco Airconditioning Ltd v Sui Chong Construction and Engineering Ltd*, Court of First Instance, High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Hong Kong, 3 February 1998, No. A12848.

¹⁰² *Aggeliki Charis Compania Maritima SA v. Pagnan SpA*, Court of Appeal, England and Wales, 17 May 1994; *Midgulf International Ltd v. Groupe Chimiche Tunisien*, Court of Appeal, England and Wales, 10 February 2010, A3/2009/1664; A3/2009/1664(A); A3/2009/1664(B); A3/2009/1664(C).

¹⁰³ См., например, *British Telecommunications Plc v SAE Group Inc*, High Court of Justice, England and Wales, 18 February 2009, HT-08-336, [2009] EWHC 252 (TCC).

участвуют в разбирательстве или же когда они стремятся добиться признания недействительности арбитражного соглашения в судах другой страны¹⁰⁴. При оценке того, можно ли считать поведение сторон отказом от их права на арбитраж, один из судов Бразилии постановил, что такой отказ должен быть четко выражен, т.е. все стороны должны действовать таким образом, который однозначно указывает на их желание отказаться от арбитражного соглашения¹⁰⁵.

69. В *Материалах подготовительной работы* говорится о том, что разработчики Нью-Йоркской конвенции рассматривали вероятность того, что в ходе разбирательства в национальных судах стороны не упомянут о существовании арбитражного соглашения. Действительно, составители Конвенции намеренно исключили формулировку "по собственной инициативе" из предыдущей редакции статьи II(3) с целью предоставить сторонам более широкую свободу действий и сохранить для сторон возможность отказаться от своего права на урегулирование того или иного конкретного спора в арбитражном порядке¹⁰⁶.

с. Вопросы, в отношении которых заключено соглашение

70. Согласно статье II(3) обязательство направлять стороны в арбитраж касается только "вопроса[-ов], по которому[-ым]" заключено соглашение в письменной форме по смыслу пунктов 1 и 2 статьи II.

71. Апелляционный суд Англии указал, что в соответствии с Законом об арбитраже, принятом в Англии в 1975 году, и Нью-Йоркской конвенцией суды "обязаны направлять спор в арбитраж, если этот спор касается любого из вопросов, которые должны урегулироваться в арбитражном порядке"¹⁰⁷. При толковании слова "вопрос" Федеральный суд Австралии руководствовался тем, что Конвенция направлена на содействие урегулированию в арбитражном порядке, и постановил, что этот термин имеет "широкий смысл" и не ограничивается, для целей положений статьи 7(2)(b) Закона об арбитраже Австралии (аналогичной статье II(3) Конвенции), вопросами, возникающими в связи с исковыми заявлениями сторон¹⁰⁸.

¹⁰⁴ *Anna Dockeray v. Carnival Corporation*, District Court, Southern District of Florida, Miami Division, United States of America, 11 May 2010, 10-20799; *Apple & Eve LLC v. Yantai North Andre Juice Co. Ltd.*, District Court, Eastern District of New York, United States of America, 27 April 2009, 07-CV-745 (JFB)(WDW).

¹⁰⁵ *Companhia Nacional de Cimento Portland – CNCP v CP Cimento e Participações S/A*, Court of Justice of Rio de Janeiro, Brazil, 18 September 2007, Civil Appeal 24.798/2007. Сравнить с *L'Aiglon S/A v Têxtil União S/A*, Superior Court of Justice, Brazil, 18 May 2005, SEC 856 (supra [A/CN.9/814/Add.1] para. 22), в ходе разбирательства по которому Высший суд постановил, что участие в арбитражном разбирательстве приравнивается к согласию на арбитраж.

¹⁰⁶ *Материалы подготовительной работы*, Конференция Организации Объединенных Наций по международному торговому арбитражу, краткие отчеты о двадцать четвертом заседании, E/CONF.26/SR.24.

¹⁰⁷ *Kammgarn Spinnerei GmbH v. Nova (Jersey) Knit Ltd*, Court of Appeal, England, 2 April 1976.

¹⁰⁸ *Casaceli v. Natuzzi S.p.A. (formerly known as Industrie Natuzzi S.p.A.)*, Federal Court, Australia, 29 June 2012, NSD 396 of 2012. See also: *CTA International Pty Ltd v. Sichuan*

72. При рассмотрении вопроса о том, подпадает ли тот или иной спор или конкретное требование под обязательство направлять стороны в арбитраж, национальные суды проводят анализ сферы охвата арбитражного соглашения¹⁰⁹. Например, один из австралийских судов принял решение о прекращении производства в соответствии со статьей 7(2) Закона об арбитраже (направленной на осуществление статьи II(3) Нью-Йоркской конвенции), руководствуясь широкой формулировкой арбитражного соглашения, охватывавшей "любые споры, возникающие в связи с настоящим соглашением или его исполнением (...)". Суд пришел к выводу о том, что под сферу охвата арбитражного соглашения подпадали требования, касавшиеся исполнения этого соглашения¹¹⁰. С другой стороны, в случае, когда стороны добровольно исключили некоторые вопросы из сферы охвата своего арбитражного соглашения, суды будут направлять их в арбитраж только в случаях, когда спор не будет касаться исключенных вопросов¹¹¹.

73. Аналогичным образом, при принятии решения относительно целесообразности направления спора в арбитраж в соответствии с Федеральным законом об арбитраже и Конвенцией, Апелляционный суд Соединенных Штатов одиннадцатого округа рассматривал вопрос о том, касается ли спор соответствующих трудовых соглашений, возник ли он в связи с этими соглашениями или каким-либо образом связан с ними. Суд определил, что заявления о незаконном лишении свободы, умышленном причинении морального ущерба, преднамеренном уничтожении доказательств, вторжении в личную жизнь и искажении фактов в целях мошенничества не зависели от трудовых взаимоотношений сторон и поэтому не подпадают под сферу охвата арбитражной оговорки¹¹².

d. Временные и ограничительные меры

74. Обязанность направлять стороны в арбитраж не предусматривает временные и ограничительные меры, если только эти меры не оговариваются непосредственно в арбитражном соглашении. Большинство судов в силу своей компетенции назначают обеспечительные или временные меры в поддержку арбитража по ходатайству одной из сторон, несмотря на наличие арбитражного соглашения¹¹³.

Changhong Electric Co., Supreme Court of Victoria, Australia, 6 September 2002, 4278 of 2001.

¹⁰⁹ *Nicola v. Ideal Image Development Corporation Inc.*, Federal Court, Australia, 16 October, NSD 1738 of 2008; *Commonwealth Development, Corp v. Montague*, Supreme Court of Queensland, Australia, 27 June 2000, Appeal No 8159 of 1999, DC No 29 of 1999.

¹¹⁰ *CTA International Pty Ltd v. Sichuan Changhong Electric Co.*, Supreme Court of Victoria, Australia, 6 September 2002, 4278 of 2001.

¹¹¹ *Société Générale Assurance Méditerranéenne - G.A.M. v Société FSA-RE et S.A. Garantie Assistance*, Court of Appeal of Paris, France, 14 March 2008, 07/16773.

¹¹² *Jane Doe v. Princess Cruise Lines, LTD., a foreign corporation, d.b.a. Princess Cruises*, Court of Appeals, Eleventh Circuit, United States of America, 23 September 2011, 10-10809.

¹¹³ *Hi-Fert Pty Ltd v. Kuikiang Maritime Carriers Inc.*, Federal Court, Australia, 26 May 1998, NG 1100 & 1101 of 1997; *Société Fieldworks-INC v Société Erim, S.A. Logic Instrument et Société ADD-on Computer Distribution (A.C.D.)*, Court of Appeal of Versailles, France, 4 July 1996, 3603/96, 3703/96, 3998/96; *Toyota Services Afrique (TSA) v Société Promotion de*

75. Например, один из французских судов подтвердил, что наличие арбитражного соглашения не препятствует назначению по ходатайству сторон срочных временных мер, не требующих вынесения постановления по существу спора¹¹⁴. Австралийский Федеральный суд принял аналогичное постановление, согласно которому наличие применимой арбитражной оговорки не препятствует подаче той или иной стороной ходатайства о вынесении судебного запрета или освобождении от ответственности¹¹⁵.

76. Комментаторы подтверждают, что компетенция национальных судов в отношении назначения временных мер не нарушает Нью-Йоркскую конвенцию, поскольку не влечет последствий для существования спора¹¹⁶.

В. Приведение в исполнение арбитражных соглашений согласно статье II(3)

77. Положения статьи II(3) обязывают национальные суды направлять стороны в арбитраж, если они только не сочтут, что соответствующее соглашение "недействительно, утратило силу или не может быть исполнено".

78. Ни в *материалах подготовительной работы*, ни в тексте Конвенции не указывается стандартный подход к рассмотрению арбитражного соглашения, который должен при этом применяться национальными судами, а также не разъясняются более подробно термины "недействительно, утратило силу или не может быть исполнено".

а. Стандартный подход к рассмотрению

79. В Нью-Йоркской конвенции не затрагивается вопрос о стандартном подходе к рассмотрению арбитражных соглашений в соответствии со статьей II(3)¹¹⁷.

80. В прецедентном праве просматриваются две тенденции. Некоторые суды проводят подробное рассмотрение арбитражного соглашения, чтобы определить, соответствует ли оно формулировке "недействительно, утратило

Représentation Automobiles (PREMOTO), Supreme Court, Côte d'Ivoire, OHADA, 4 December 1997, Arrêt n°317/97.

¹¹⁴ *Société Fieldworks-INC v Société Erim, S.A. Logic Instrument et Société ADD-on Computer Distribution (A.C.D.)*, Court of Appeal of Versailles, France, 4 July 1996. Принятый во Франции в 2011 году новый закон об арбитраже ограничивает компетенцию французских судов в отношении назначения временных мер, позволяя назначать их только в период до образования третейского суда: см. статью 1449 Гражданско-процессуального кодекса Франции.

¹¹⁵ *Electra Air Conditioning BV v. Seeley International Pty Ltd*, Federal Court, Australia, 8 October 2008, SAD 16 of 2008.

¹¹⁶ Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, *Article II, supra* [A/CN.9/814/Add.1] note 15, at 139-144.

¹¹⁷ Аналогичный вывод можно сделать на основе прецедентного права в отношении статьи 8 Типового закона ЮНСИТРАЛ об арбитраже, см. UNCITRAL, 2012 DIGEST OF CASE LAW ON THE MODEL LAW ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Article 16 (2012), at 75-76, para. 3, по адресу www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf.

силу или не может быть исполнено", тогда как другие суды проводят лишь ограниченное или *prima facie* рассмотрение, которое может принимать разные формы и иметь разные отличительные черты.

81. Поскольку положения Конвенции не запрещают судам рассмотрение арбитражного соглашения по принципу *prima facie*¹¹⁸ или всестороннее рассмотрение вопроса о его существовании и действительности, ни один из этих двух подходов не может быть признан нарушающим Нью-Йоркскую конвенцию.

82. Подход, предусматривающий подробное рассмотрение, получил поддержку в ряде стран, в частности в Италии и Германии.

83. Кассационный суд Италии постановил, что положения статьи II(3) позволяют национальным судам определять действительность и действительность арбитражного соглашения, отметив при этом, что рассмотрение вопроса о действительности арбитражного соглашения относится к неотъемлемым полномочиям внутренних судов¹¹⁹.

84. Суды Германии, хотя и не ссылаясь прямо на Конвенцию, также проводят всестороннее рассмотрение арбитражного соглашения, чтобы определить, следует ли направлять стороны в суд. При этом суды руководствуются Гражданско-процессуальным кодексом Германии, в котором четко предусмотрено, что на этапе до образования третейского суда сторона может обратиться в суд с просьбой установить, является ли арбитражное разбирательство допустимым¹²⁰. Например, Федеральный верховный суд Германии в соответствии со статьей 1032 Гражданско-процессуального кодекса в полном объеме рассмотрел арбитражное соглашение, предусматриваемое стандартным договором с потребителем. Суд постановил, что несмотря на принцип "компетенция/компетенция", суд более низкой инстанции допустил ошибку, ограничив рассмотрение арбитражного соглашения, поскольку компетенция суда не может быть ограничена соглашением сторон. Подтвердив, что арбитражное соглашение отвечает формальным и материально-правовым требованиям немецкого права, суд направил стороны в арбитраж¹²¹. Немецкие комментаторы подтверждают, что суды Германии придерживаются такого же подхода в контексте Нью-Йоркской конвенции¹²².

¹¹⁸ Такой подход отражен в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об арбитраже, в статье 8(1), в котором точно воспроизводится текст статьи II(3) Конвенции: Frédéric Bachand, *Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?*, 22 ARB. INT'L 463 (2006).

¹¹⁹ *Heraeus Kulzer GmbH v. Dellatorre Vera SpA*, Court of Cassation, Italy, 5 January 2007, 35.

¹²⁰ См. статью 1032 Гражданско-процессуального кодекса (ГПК), размещено по адресу: www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p3471.

¹²¹ Bundesgerichtshof [BGH], Germany, 13 January 2005, III ZR 265/03.

¹²² Dorothee Schramm, Elliott Geisinger, Philippe Pinsolle, *Article II*, in RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS: A GLOBAL COMMENTARY ON THE NEW YORK CONVENTION 37, at 99-100 (H. Kronke, P. Nacimiento, D. Otto, N.C. Port eds., 2010); Peter Huber, *Arbitration Agreement and Substantive Claim Before Court*, in ARBITRATION IN GERMANY: THE MODEL LAW IN PRACTICE 139, at 143-144, para. 15 (K.-H. Böckstiegel, S. Kröll and P. Nacimiento eds., 2007).

85. В других странах рассмотрение арбитражного соглашения сводится к ограниченному анализу с целью подтвердить *prima facie*, что соглашение не соответствует формулировке "недействительно, утратило силу или не может быть исполнено"¹²³.

86. Например, во Франции суды применяют подход, предусматривающий рассмотрение арбитражного соглашения по принципу *prima facie*. Поэтому национальные суды не могут проводить подробный анализ арбитражного соглашения и должны направлять стороны в арбитраж, если только арбитражное соглашение не является явно недействительным¹²⁴.

87. Аналогичным образом, Верховный суд Индии при определении подхода к рассмотрению арбитражных соглашений руководствовался духом Нью-Йоркской конвенции и заложенной в ней концепцией содействия приведению в исполнение арбитражных решений. В рамках рассмотрения дела *Sin-Etsu* Верховный суд постановил, что, хотя ничего в формулировке положений статьи II(3) не "указывает на то, по какому принципу – *ex facie* или *prima facie* – должно рассматриваться арбитражное соглашение, требование рассматривать соглашение только по принципу *prima facie* в большей степени соответствует цели Нью-Йоркской конвенции, заключающейся в содействии оперативному арбитражному разбирательству без такого вмешательства судебных органов, которого можно избежать"¹²⁵. Суд подчеркнул, что пересмотр арбитражного соглашения по принципу *prima facie* на этапе до вынесения арбитражного решения позволит ускорить арбитражное разбирательство и обеспечить при этом на справедливой основе возможность

¹²³ См. доводы в поддержку подхода, предусматривающего первоначальное рассмотрение, в R. Doak Bishop, Wade M. Coriell, Marcelo Medina, *The 'Null and Void' Provision of the New York Convention*, in ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 275, at 280-286 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008); Yas Banifatemi, Emmanuel Gaillard, *Negative Effect of Competence-Competence – The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators*, in ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE 257 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008); FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (E. Gaillard, J. Savage eds., 1996), at 407-408. *Contra*, см. Jean-François Poudret, Gabriel Cottier, *Remarques sur l'application de l'article II de la Convention de New York (Arrêt du Tribunal Fédéral du 16 janvier 1995)*, 13 ASA BULL. 383 (1995), at 388-389.

¹²⁴ *Legal Department du Ministère de la Justice de la République d'Irak v Société Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Société Finmeccanica et Société Armamenti E Aerospazio*, Court of Appeal of Paris, France, 15 June 2006; *SA Groupama transports v Société MS Régine Hans und Klaus Heinrich KG*, Court of Cassation, France, 21 November 2006, 05-21.818; *Ste A.B.S. American Bureau of Shipping v Copropriété Maritime Jules Verne et autres*, Court of Appeal of Paris, France, 4 December 2002; *Société Generali France Assurances et al. v Société Universal Legend et al.*, Court of Cassation, France, 11 July 2006, 05-18.681. В принятом во Франции в 2011 году новом законе об арбитраже подтверждено, что даже *prima facie* обжалование судами арбитражного соглашения ограничено по срокам после вынесения решения арбитражным судом (см. статью 1448 Гражданско-процессуального кодекса Франции).

¹²⁵ *Shin-Etsu Chemical Co. Ltd (Japan) v Aksh Optifibre Ltd. & Anr. (Ind)*, Supreme Court, India, 12 August 2005, Appeal (civil) 5048 of 2005; Emmanuel Gaillard, Yas Banifatemi, *Prima Facie Review of Existence, Validity of Arbitration Agreement*, N.Y.L.J. (December 2005), at 3. См. также *JS Ocean Liner LLC v MV Golden Progress, Abhoul Marine LLC*, High Court of Bombay, India, 25 January 2007.

обжаловать арбитражное решение после завершения всех процедур разбирательства.

88. В Венесуэле Верховный суд, руководствуясь принципом "компетенция/компетенция" и статьей II(3) Конвенции, пришел к выводу о том, что он не может проводить подробный анализ арбитражного соглашения, но должен ограничиться предварительным анализом, позволяющим выяснить, соответствует ли арбитражное соглашение формулировке "недействительно, утратило силу или не может быть исполнено". Верховный суд также постановил, что применяя принцип *prima facie*, судам следует ограничиться рассмотрением вопроса о том, заключено ли арбитражное соглашение в письменной форме, и не следует анализировать вопрос о том, согласилась ли та или иная сторона на арбитражное разбирательство¹²⁶.

89. Подход *prima facie* был также признан на Филиппинах, где были приняты Специальные судебные правила альтернативного урегулирования споров ("Специальные правила АУС"), которые представляют собой руководящие указания Верховного суда, имеющие обязательную силу для судов более низкой инстанции. В правиле 2.4 Специальных правил АУС прямо предусматривается рассмотрение по принципу *prima facie* в целях определения того, соответствует ли арбитражное соглашение формулировке "недействительно, утратило силу или не может быть исполнено"¹²⁷.

90. В ряде стран суды применяют подход, предусматривающий рассмотрение по принципу *prima facie*, однако ограничивают сферу его применения конкретными ситуациями или вопросами.

91. Например, швейцарские суды применяют подход *prima facie* в случаях, когда в арбитражном соглашении в качестве места проведения арбитражного разбирательства указывается Швейцария¹²⁸. Федеральный суд Швейцарии постановил, что в таком случае рассмотрение судом ограничивается установлением *prima facie* факта существования и действительности арбитражной оговорки¹²⁹. С другой стороны, в случае, если арбитражное соглашение предусматривает проведение арбитражного разбирательства за пределами Швейцарии, то, по мнению Федерального суда Швейцарии, он

¹²⁶ *Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. v. Oceanlink Offshore A.S.*, Supreme Court of Justice, Venezuela, 10 November 2011, Exp. No. 09-0573, XXXVI Y.B. COM. ARB. 496 (2011).

¹²⁷ Правило 2.4 Специальных правил АОС. См. ARBITRATION IN THE PHILIPPINES UNDER THE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION ACT OF 2004 R.A. 9285 155 (E. Lizares ed., 2011), at 200-212, paras. 11.01-11.02.

¹²⁸ См. доводы в поддержку решения о необходимости применения такого подхода ко всем арбитражным соглашениям в: Emmanuel Gaillard, *La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence*, in GLOBAL REFLECTIONS ON INTERNATIONAL LAW, COMMERCE AND DISPUTE RESOLUTION – LIBER AMICORUM IN HONOUR OF ROBERT BRINER 311 (G. Aksen et al eds., 2005).

Contra: Jean-François Poudret, Gabriel Cottier, *Remarques sur l'application de l'Article II de la Convention de New York*, 13 ASA BULL. 383 (1995).

¹²⁹ *Fondation M v Banque X, Federal Tribunal*, Switzerland, 29 April 1996.

имеет право проводить подробное рассмотрение вопроса о существовании и действительности арбитражного соглашения¹³⁰.

92. В Канаде суды применяют подход *prima facie* к рассмотрению арбитражного соглашения, однако ограничили сферу рассмотрения фактическими вопросами. Как следствие, канадские суды вправе подробно рассматривать арбитражное соглашение в том случае, если вопрос о компетентности арбитров относится к "вопросу[-ам] права". Этот принцип был установлен Верховным судом Канады в ходе рассмотрения дела *Dell*. Разработав две концепции в отношении стандартного подхода к рассмотрению арбитражного соглашения, суд постановил, что в статье II(3) Конвенции не предусматривается обязанность суда выносить решение относительно соответствия арбитражного соглашения формулировке "недействительно, утратило силу или не может быть исполнено" до вынесения соответствующего решения арбитрами. Далее суд пришел к выводу о том, что, как правило, "любое оспаривание компетентности арбитра должно урегулироваться в первую очередь арбитром" в соответствии с принципом "компетенция/компетенция"¹³¹. Хотя Верховный суд Канады со всей очевидностью принял подход *prima facie* к пересмотру в качестве общего правила, он затем ограничил полномочия арбитров в отношении вынесения решений, касающихся их компетентности, фактами дела, поддержав, тем самым, компетенцию судов в отношении вынесения решений, касающихся компетентности арбитров по вопросам права, и рассмотрением вопроса о том, не является ли оспаривание компетентности арбитров своего рода уловкой.

93. В Англии суды поддерживают принцип, согласно которому первыми решение относительно своей компетентности должны выносить непосредственно сами арбитры, однако при этом определенным образом ограничивают действие этого принципа. В исходном решении по делу *Fiona Trust*¹³² Апелляционный суд Англии установил, что "в целом будет правильным предоставить арбитрам право первыми выносить решение относительно подсудности конкретного спора их юрисдикции". Однако суд также постановил, что в рамках своей юрисдикции суды сохраняют за собой право определять, существовало ли арбитражное соглашение. Опираясь на решение по делу *Fiona Trust*, Высокий суд в рамках разбирательства по делу *Albon* разъяснил, что, несмотря на компетентность арбитражного суда в отношении определения того, было ли арбитражное соглашение когда-либо заключено в соответствии с принципом "компетенция/компетенция", такой принцип "не препятствует вынесению решения по этому вопросу непосредственно судом"¹³³. Суд постановил, что до приостановления

¹³⁰ *Compagnie de Navigation et Transports SA v MSC Mediterranean Shipping Company SA*, Federal Tribunal, Switzerland, 16 January 1995; Federal Tribunal, Switzerland, 25 October 2010, 4 A 279 / 2010.

¹³¹ *Dell Computer Corporation v. Union des consommateurs and Olivier Dumoulin*, Supreme Court, Canada, 13 July 2007.

¹³² *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov*, Court of Appeal, England and Wales, 24 January 2007, 2006 2353 A3 QBCMF, upheld by *Fili Shipping Co Ltd and others v Premium Nafta Products Ltd and others*, House of Lords, England and Wales, 17 October 2007.

¹³³ *Albon (t/a NA Carriage Co) v. Naza Motor Trading Sdn Bhd*, High Court of Justice, England and Wales, 29 March 2007, HC05C02150, [2007] EWHC 665 (Ch).

судебного производства и направления сторон в арбитраж в соответствии со статьей 9(1) Закона об арбитраже от 1996 года¹³⁴ суду следует убедиться в том, что i) существует действительное арбитражное соглашение и ii) спор подпадает под его сферу охвата. При рассмотрении этой двухэтапной процедуры в ходе разбирательства по делу *Berezovsky* Апелляционный суд постановил, что разбирательство будет приостановлено, если ходатайствующее лицо докажет, на балансе вероятных причин, что арбитражное соглашение существовало и, по всей очевидности, охватывало вопросы, в связи с которыми возник спор¹³⁵.

94. На практике, как только суд убеждается в том, что арбитражное соглашение существует и спор подпадает под сферу его охвата в соответствии с статьей 9(1) Закона об арбитраже 1996 года, он выносит постановление о прекращении производства согласно статье 9(4) Закона об арбитраже 1996 года (придающей силу статье II(3) Конвенции), если только он не сочтет, что арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено¹³⁶. Согласно решению Высокого суда по делу *A v. B*, судам следует проводить анализ издержек, чтобы определить, должен ли вопрос о том, соответствует ли арбитражное соглашение формулировке "недействительно, утратило силу или не может быть исполнено", рассматриваться арбитражным судом или же обычными судами¹³⁷. По мнению суда, это будет "во многом зависеть от того, насколько решение этого вопроса будет связано с фактическими обстоятельствами, влияющими на материальные права и обязанности сторон, уже вовлеченных в спор, и от того, может ли судебное рассмотрение быть ограничено относительно конкретными вопросами или же оно, скорее всего, будет широко охватывать материально-правовые вопросы, по которым возник спор между сторонами. В последнем случае наиболее подходящим судом для разрешения вопросов компетентности, скорее всего, будет арбитражный суд, при условии, что он придерживается принципа "компетенция/компетенция". Такой подход последовательно применяется¹³⁸.

95. В Соединенных Штатах Америки в отношении вопроса о подходе к рассмотрению арбитражного соглашения суды исходят из того, какой суд –

¹³⁴ Статья 9(1) Закона об арбитраже, принятого в Англии в 1996 году, придает силу положениям статьи II. В ней предусматривается следующее: "Сторона арбитражного соглашения, в отношении которой возбуждается судебное разбирательство (будь то путем заявления требования или встречного требования) по вопросу, который согласно соглашению должен передаваться в арбитраж, может (при условии уведомления других участников разбирательства) ходатайствовать в суде, в котором было возбуждено производство, о прекращении производства, если оно касается этого вопроса".

¹³⁵ *Joint Stock Company 'Aeroflot-Russian Airlines' v. Berezovsky & Ors*, Court of Appeal, England and Wales, 2 July 2013, [2013] EWCA Civ 784.

¹³⁶ *Golden Ocean Group Ltd v. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*, High Court of Justice, England and Wales, 16 May 2013, [2013] EWHC 1240; *Joint Stock Company 'Aeroflot-Russian Airlines' v. Berezovsky & Ors*, Court of Appeal, England and Wales, 2 July 2013, [2013] EWCA Civ 784.

¹³⁷ *A v. B.*, High Court of Justice, England and Wales, 28 July 2006, 2005 FOLIO 683, [2006] EWHC 2006 (Comm).

¹³⁸ *Joint Stock Company 'Aeroflot-Russian Airlines' v. Berezovsky & Ors*, Court of Appeal, England and Wales, 2 July 2013, [2013] EWCA Civ 784; *Golden Ocean Group Ltd v. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*, High Court of Justice, England and Wales, 16 May 2013, [2013] EWHC 1240.

обычный или арбитражный – обладает "главными полномочиями" по определению действительности арбитражного соглашения. Основным прецедентом в этом контексте является решение, принятое Верховным судом по делу *First Options*, хотя в нем и не цитируются положения Нью-Йоркской конвенции¹³⁹.

96. В ходе рассмотрения дела *First Options* Верховный суд признал презумпцию, согласно которой решение относительно компетентности арбитражного суда выносит обычный суд, если только стороны прямо не договорились передать этот вопрос в арбитражный суд в рамках своего арбитражного соглашения. При этом Верховный суд постановил, что как только суд убеждается в существовании действительного арбитражного соглашения, отвечающего требованиям как Федерального закона об арбитраже, так и Конвенции, презумпция толкуется в пользу арбитражного суда¹⁴⁰.

97. Суды Соединенных Штатов пришли к выводу о том, что стороны соглашались предоставлять арбитрам право определять, существует ли арбитражное соглашение и является ли оно действительным, если в арбитражном регламенте прямо предусматривались такие действия арбитров. Например, Апелляционный суд второго округа постановил, что ссылка на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ является "очевидным и безошибочным свидетельством намерения сторон" поручить арбитрам решение вопроса об их компетенции¹⁴¹. Такое "ясное и очевидное свидетельство" также следует из арбитражных соглашений, в которых указывается, что "любой и все" споры регулируются в арбитражном порядке¹⁴².

98. В отсутствие очевидного и однозначного доказательства намерения сторон Верховный суд в рамках дела *Prima Paint* постановил, что если требование касается "составления" арбитражного соглашения, то признается компетенция судов¹⁴³. Последующие решения в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией принимались с учетом таких же доводов¹⁴⁴. При этом суды определили, что к вопросу о "составлении" арбитражного соглашения

¹³⁹ *First Options of Chicago Inc. v. Kaplan*, Supreme Court, United States of America, 22 May 1995, 514 U.S. 938 (1995). See also William Park, *The Arbitrability Dicta in First Options v. Kaplan: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?*, 12 ARB. INT'L 137 (1996), reprinted 11 INT'L ARB. REP. 28 (1996).

¹⁴⁰ *First Options of Chicago Inc. v. Kaplan*, Supreme Court, United States of America, 22 May 1995, 514 U.S. 938 (1995).

¹⁴¹ *Republic of Ecuador v. Chevron Corp. (US)*, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 17 March 2011, 10-1020-cv (L), 10-1026 (Con). Аналогичные доводы в отношении Арбитражных правил AAA см. также в: *JSC Surgutneftegaz v. President and fellows of Harvard College*, District Court, Southern District of New York, United States of America, 3 August 2005, 04 Civ. 6069 (RCC).

¹⁴² *Oriental Republic of Uruguay, et al. v. Chemical Overseas Holdings, Inc., Chemical Overseas Holdings, Inc. and others v. Republica Oriental del Uruguay, et al.*, District Court, Southern District of New York, United States of America, 24 January 2006, XXXI Y.B. COM. ARB. 1406 (2006).

¹⁴³ *Prima Paint Corporation v. Flood & Conklin MFG*, Supreme Court, United States of America, 12 June 1967, 388 U.S. 395 (87 S.Ct. 1801, 18 L.Ed.2d 1270).

¹⁴⁴ См., например, *Phoenix Bulk Carriers Ltd. V. Oldendorff Carriers GmbH & Co., KG*, District Court, Southern District of New York, United States of America, 6 November 2002, XXVIII Y.B. COM. ARB. 1088 (2003), at 1091.

относятся возражения, касающиеся как существования договора, содержащего арбитражное соглашение, так и действительности этого арбитражного соглашения, и поэтому решения в их отношении должны выноситься обычными судами¹⁴⁵. Например, в ходе разбирательства по делу *Sphere Drake* Апелляционный суд Второго округа постановил, что если "одна из сторон утверждает, что договор является недействительным, и предоставляет определенные доказательства этого, то этой стороне необязательно утверждать непосредственно, что содержащаяся в этом договоре арбитражная оговорка является недействительной, и сторона имеет право на суд [рассмотрение этого вопроса в обычном суде]"¹⁴⁶. Аналогичным образом, в рамках дела *Nanosolutions* Окружной суд по округу Колумбия, руководствуясь решением Верховного суда по делу *Buckeye*, постановил, что "решения относительно возражений [непосредственно] против действительности арбитражного соглашения могут быть вынесены настоящим Судом"¹⁴⁷. Однако при рассмотрении вопроса о действительности арбитражного соглашения суды проводят "весьма поверхностный анализ" в соответствии с "активной федеральной политикой в поддержку арбитража", заложенной в Федеральном законе об арбитраже, направленном на осуществление Нью-Йоркской конвенции¹⁴⁸.

99. С другой стороны, когда суды США сталкивались с возражениями против действительности договора в целом, они направляли стороны в арбитраж в соответствии как с Нью-Йоркской конвенцией, так и с Федеральным законом об арбитраже¹⁴⁹.

¹⁴⁵ *The Canada Life Assurance Company v. The Guardian Life Insurance Company of America*, District Court, Southern District of New York, United States of America, 22 January 2003; *Guang Dong Light Headgear Factory v. ACI International, Inc.*, District Court, District of Kansas, United States of America, 10 May 2005, 03-4165-JAR; *Dedon GMBH and Dedon Inc. v. Janus et CIE*, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 6 January 2011, 10-4331.

¹⁴⁶ *Sphere Drake Insurance Limited v. Clarendon America Insurance Company*, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 28 August 2001, 00-9464, XXVII Y.B. COM. ARB. 700 (2002), at 707.

¹⁴⁷ *Nanosolutions, LLC et al. v. Rudy Prajza, et al.*, District Court, District of Columbia, United States of America, 2 June 2011, 10-1741.

¹⁴⁸ *Bautista v. Star Cruises and Norwegian Cruise Line, Ltd.*, District Court, Southern District of Florida, United States of America, 14 October 2003, 03-21642-CIV. See also *Agnelo Cardoso v. Carnival Corporation*, District Court, Southern District of Florida, United States of America, 15 March 2010, 09-23442-CIV-GOLD/MCALILEY; *Boston Telecommunications Group, Inc. et al. v. Deloitte Touche Tohmatsu, et al.*, District Court, Northern District of California, United States of America, 7 August 2003, C 02-5971 JSW.

¹⁴⁹ *Prima Paint Corporation v. Flood & Conklin MFG*, Supreme Court, United States of America, 12 June 1967, 388 U.S. 395 (87 S.Ct. 1801, 18 L.Ed.2d 1270); *Sphere Drake Insurance Limited v. Clarendon America Insurance Company*, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 28 August 2001, 00-9464, XXVII Y.B. COM. ARB. 700 (2002); *Nanosolutions, LLC et al. v. Rudy Prajza, et al.*, District Court, District of Columbia, United States of America, 2 June 2011, 10-1741; *Ascension Orthopedics, Inc. v. Curasan AG*, District Court, Western District of Texas, Austin Division, United States of America, 20 September 2006, A-06-CA-424 LY.

**b. Рассмотрение вопроса о существовании и действительности
"соглашения в письменной форме" в судах**

100. Согласно статье II(3) национальные суды обязаны направлять стороны в арбитраж, "если [они не найдут], что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено".

101. По мнению судов Соединенных Штатов, перечисленные в статье II(3) основания, позволяющие не направлять стороны в арбитраж, являются исчерпывающими¹⁵⁰. Аналогичным образом один из индийских судов постановил, что согласно статье II(3) существуют только три причины для отказа в приведении арбитражного соглашения в исполнение: 1) соглашение недействительно; 2) соглашение утратило силу; и 3) соглашение не может быть исполнено¹⁵¹.

102. С другой стороны, Апелляционный суд США по второму округу определил, что рассмотрение вопроса о существовании арбитражного соглашения до направления спора на рассмотрение арбитров относится к его юрисдикции¹⁵². При вынесении этого постановления Суд не ссылаясь на какие-либо исключения, предусмотренные в статье II(3).

i. "Недействительно"

103. В статье II(3) Конвенции не содержится положений, касающихся правового стандарта для определения, является ли арбитражное соглашение недействительным. По мнению некоторых судов, этот вопрос необходимо решать в соответствии с применимым муниципальным правом, будь то *lex fori*¹⁵³ или применимое право в соответствии с коллизионными нормами, содержащимися в статье V(1)(a) Конвенции¹⁵⁴.

104. Суды Соединенных Штатов и затем английские суды по их примеру определили значение формулировки "недействительно" как "не имеющее юридической силы"¹⁵⁵. На практике они применили международный стандарт,

¹⁵⁰ *Lindo (Nicaragua) v. NCL (Bahamas), Ltd. (Bahamas)*, Court of Appeals, Eleventh Circuit, United States of America, 29 August 2011, 10-10367; *Aggarao (Philippines) v. MOL Ship Management Company Ltd. (Japan)*, *Nissan Motor Car Carrier Company, Ltd., trading as Nissan Carrier Fleet (Japan)*, *World Car Careers (Lebanon)*, Court of Appeals, Fourth Circuit, United States of America, 16 March 2012, 10-2211.

¹⁵¹ *Gas Authority of India Ltd v SPIE-CAPAG SA and ors*, High Court of Delhi, India, 15 October 1993, Suit No. 1440, IA No. 5206. См. также в Канаде: *Automatic Systems Inc. v. Bracknell Corporation*, Court of Appeal of Ontario, Canada, 17 February 1994.

¹⁵² *Dedon GMBH and Dedon Inc. v. Janus et CIE*, Court of Appeals, Second Circuit, United States of America, 6 January 2011, 10-4331.

¹⁵³ Piero Bernardini, *Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause*, in IMPROVING THE EFFICIENCY OF ARBITRATION AGREEMENTS AND AWARDS: 40 YEARS OF APPLICATION OF THE NEW YORK CONVENTION, 1998 ICCA CONGRESS SERIES 197 (Albert Jan van den Berg ed., 1998).

¹⁵⁴ Federal Supreme Court, Switzerland, 21 March 1995, 5C.215/1994/lit.

¹⁵⁵ *Rhone Mediterranee Compagnia Francese v. Lauro*, Court of Appeals, Third Circuit, United States of America, 6 July 1983, 82-3523. См. также: *Albon (t/a NA Carriage Co) v. Naza Motor Trading Sdn Bhd*, High Court of Justice, England and Wales, 29 March 2007, HC05C02150, [2007] EWHC 665 (Ch); *Golden Ocean Group Ltd v. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*, High Court of Justice, England and Wales, 16 May 2013, [2013] EWHC 1240.

предусматривающий использование защитных положений в рамках договорного права. В соответствии с устоявшейся юридической практикой суды Соединенных Штатов вынесли постановление в отношении основания "недействительно" согласно "стандартным защитным положениям, предусматривающим обстоятельства, освобождающие от ответственности за нарушение договора, которые могут применяться на нейтральной основе на международном уровне, такие, как мошенничество, ошибки, принуждение и добровольный отказ от прав"¹⁵⁶. Суды Соединенных Штатов придерживались узкого толкования этих международных стандартов в контексте "общей политики, направленной на приведение в исполнение арбитражных соглашений"¹⁵⁷. Например, суды отклонили положение о недействительности и невозможности исполнения арбитражного соглашения как противоречащее публичной политике Соединенных Штатов на том основании, что это защитное положение "не может применяться нейтрально на международном уровне и, более того, оно не перевешивает политику, направленную на поддержку арбитража"¹⁵⁸.

105. Кроме того, стороны предпринимают попытки лишить юридической силы арбитражные соглашения и уклониться от своего обязательства по урегулированию в арбитражном порядке, утверждая, что основной договор, содержащий соглашение, является недействительным. Подавляющее большинство судов проводит разграничение между недействительностью договора и недействительностью арбитражного соглашения в соответствии с принципом раздельности, применяемым к арбитражному соглашению, — именуемым иногда принципом автономии.

106. В ходе рассмотрения дела *Fiona Trust* Апелляционный суд Англии прекратил проводимое им судебное производство в соответствии со статьей 9(1) Закона об арбитраже 1996 года (придающей силу статье II(1) Нью-Йоркской конвенции), поскольку ходатайствующее лицо заявляло о недействительности договора в целом, однако не возразило против действительности арбитражного соглашения¹⁵⁹. Руководствуясь главным

¹⁵⁶ *St. Hugh Williams v. NCL (Bahamas) LTD., d.b.a. NCL.*, Court of Appeals, Eleventh Circuit, United States of America, 9 July 2012, 11-12150; *Allen v. Royal Caribbean Cruise, Ltd.*, District Court, Southern District of Florida, United States of America, 29 September 2008, 08-22014.

¹⁵⁷ *Rhone Mediterranee Compagnia Francese v. Lauro*, Court of Appeals, Third Circuit, United States of America, 6 July 1983, 82-3523; *Anna Dockeray v. Carnival Corporation*, District Court, Southern District of Florida, Miami Division, United States of America, 11 May 2010, 10-20799; *Oriental Commercial and Shipping (UK) v. Rosseel, N.V. (Belgium)*, District Court, Southern District of New York, United States of America, 4 March 1985, 84 Civ. 7173 (PKL).

¹⁵⁸ *Allen v. Royal Caribbean Cruise, Ltd.*, District Court, Southern District of Florida, United States of America, 29 September 2008, 08-22014. See also: *Aggarao (Philippines) v. MOL Ship Management Company Ltd. (Japan)*, *Nissan Motor Car Carrier Company, Ltd., trading as Nissan Carrier Fleet (Japan)*, *World Car Careers (Lebanon)*, Court of Appeals, Fourth Circuit, United States of America, 16 March 2012, 10-2211; *Ledee (Puerto Rico) v. Ceramiche Ragno (Italy)*, Court of Appeals, First Circuit, United States of America, 4 August 1982, 684 F.2d 184, 82-1057. О защитном положении, касающемся недобросовестности, см.: *Rizalyn Bautista, et al. v. Star Cruises, et al.*, Court of Appeals, Eleventh Circuit, United States of America, 15 July 2005, 03-15884.

¹⁵⁹ *Fiona Trust & Holding Corp. v. Privalov*, Court of Appeal, England and Wales, 24 January 2007, 2006 2353 A3 QBCMF, подтверждено решением по делу *Fili Shipping Co Ltd and*

образом принципом раздельности, Апелляционный суд постановил, что заявление о недействительности договора в целом, но не конкретно арбитражного соглашения, будет рассматриваться арбитрами. Аналогичным образом, нидерландский суд постановил, что "действительность арбитражного соглашения устанавливается отдельно, независимо от действительности основного договора, в отношении которого было решено обращаться в арбитраж, даже если и соглашение, и договор содержатся в одном документе"¹⁶⁰. Высокий суд Мадраса аналогичным образом прямо сослался на "доктрину раздельности" и направил стороны в арбитраж на том основании, что "истцы не могут не принять во внимание арбитражную оговорку и ссылаться на юрисдикцию гражданского суда лишь на том основании, что даже согласно мнению ответчиков лежащее в основе соглашение является недействительным"¹⁶¹.

107. Доктрина раздельности нашла поддержку большинства стран¹⁶², арбитражных учреждений¹⁶³, в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об арбитраже¹⁶⁴ и наиболее авторитетных комментаторов, по мнению которых арбитражное соглашение является соглашением в рамках соглашения¹⁶⁵.

ii. "Утратило силу"

108. Как правило, суды рассматривают критерий "утратило силу" в рамках более широкой формулировки "недействительно, утратило силу или не может быть исполнено" без каких-либо дополнительных различий. Однако, исходя из соответствующей правовой практики, формулировка "утратило силу" охватывает случаи, когда арбитражное соглашение перестает применяться к сторонам или их спору¹⁶⁶.

109. Например, при обстоятельствах, когда стороны отказались от своего права на арбитражное разбирательство, открыв судебное производство, один из

others v Premium Nafta Products Ltd and others, House of Lords, England and Wales, 17 October 2007.

¹⁶⁰ *Claimant v. Ocean International Marketing B.V., et al*, Court of First Instance of Rotterdam, Netherlands, 29 July 2009, 194816/HA ZA 03-925.

¹⁶¹ *Ramasamy Athappan and Nandakumar Athappan v Secretariat of Court, International Chamber of Commerce*, High Court of Madras, India, 29 October 2008. См. также *Oberlandesgericht [OLG] Celle*, Germany, 8 Sch 3/01, 2 October 2001.

¹⁶² См., например, Международное частное право Швейцарии, глава 12, статья 178(3), Закон об арбитраже Колумбии, статья 5; Закон об арбитраже Франции, статья 1447; Закон об арбитраже Англии, статья 7; Закон об арбитраже Австралии, глава VI, статья 16; Закон об арбитраже Бразилии, статья 8; Закон об арбитраже Китая, статья 19.

¹⁶³ Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, статья 23(1); Арбитражный регламент МТП, статья 6(4); Арбитражный регламент ЛСМА, статья 23(1).

¹⁶⁴ В статье 16(1) Типового закона ЮНСИТРАЛ об арбитраже предусматривается, что "арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, толкуется как соглашение, не зависящее от других условий договора. Вынесение арбитражным судом решения о недействительности договора не влечет за собой *ipso jure* недействительности арбитражной оговорки". Список стран, принявших законодательство на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ об арбитраже, размещен в Интернете по адресу www.uncitral.org.

¹⁶⁵ R. Doak Bishop, Wade M. Coriell, Marcelo Medina, *The 'Null and Void' Provision of the New York Convention*, *supra* note 1234, at 278.

¹⁶⁶ См., например, *Golden Ocean Group Ltd v. Humpuss Intermoda Transportasi TBK Ltd & anr*, High Court of Justice, England and Wales, 16 May 2013, [2013] EWHC 1240.

индийских судов постановил, что арбитражное соглашение утратило силу в соответствии со статьей 45 Закона об арбитраже Индии от 1996 года, в которой воспроизводятся положения статьи II(3) Конвенции¹⁶⁷. Соответственно, суд отказался направлять в арбитраж стороны, подавшие многочисленные гражданские и уголовные иски в индийские суды.

110. Французский суд пришел к выводу, что он обладает компетенцией рассматривать споры, поскольку истек указанный срок для образования арбитражного суда, отклонив тем самым довод об очевидной неприменимости арбитражного соглашения согласно статье II Конвенции. Суд постановил, что арбитражное соглашение утратило силу и пришел к выводу о том, что он обладает компетенцией рассматривать спор без каких-либо ссылок на Конвенцию¹⁶⁸.

111. В качестве примера еще одного подхода к заявлению об утратившем силу арбитражном соглашении можно привести решение по делу *Westco*, вынесенное Высоким судом Гонконга. Одна из сторон утверждала, что вследствие несоблюдения процессуальных условий на этапе до открытия арбитражного производства арбитражное соглашение утратило силу. Высокий суд отклонил этот довод и направил стороны в арбитраж¹⁶⁹.

iii. "Не может быть исполнено"

112. Под формулировкой "не может быть исполнено", как правило, понимаются случаи, когда арбитражное производство не может быть открыто¹⁷⁰. Как пояснил один из индийских судов, руководствуясь положениями статьи 45 Закона об арбитраже Индии от 1996 года (в которой воспроизводятся положения статьи II(3) Конвенции), "формулировка "не может быть исполнено" по сути означает прекращение обязательств вследствие невозможности их выполнения. Если после заключения договора договорная обязанность не может быть выполнена или осуществлена в силу непредвиденных обстоятельств, договор становится ничтожным"¹⁷¹.

113. Как следует из прецедентного права, в отношении арбитражного соглашения признавалось, что оно не может быть исполнено, если арбитражное соглашение имело "патологический" характер, т.е. главным образом в следующих двух случаях: i) если положения арбитражного

¹⁶⁷ *Ramasamy Athappan and Nandakumar Athappan v Secretariat of Court, International Chamber of Commerce*, High Court of Madras, India, 29 October 2008. См. также выдержки в пункте 67.

¹⁶⁸ *Société Gefu Kuchenboss GmbH & CO.KG et Société Gefu Geschäfts-Und Verwaltungs GmbH v Société Coréma*, Court of Appeal of Toulouse, France, 9 April 2008.

¹⁶⁹ *Westco Airconditioning Ltd v Sui Chong Construction & Engineering Co Ltd*, Court of First Instance, High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Hong Kong, 3 February 1998, A12848.

¹⁷⁰ Stefan Kröll, *The 'Incapable of Being Performed' Exception in Article II(3) of the New York Convention*, in *ENFORCEMENT OF ARBITRATION AGREEMENTS AND INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS – THE NEW YORK CONVENTION 1958 IN PRACTICE* 323, at 326 (E. Gaillard, D. Di Pietro eds., 2008).

¹⁷¹ *Ramasamy Athappan and Nandakumar Athappan v Secretariat of Court, International Chamber of Commerce*, High Court of Madras, India, 29 October 2008. См. также ссылки, указанные в пункте 67.

соглашения были составлены нечетко и не содержали достаточных указаний, позволяющих переходить к арбитражному разбирательству, и ii) если в арбитражном соглашении назначалось несуществующее арбитражное учреждение.

114. Например, руководствуясь статьей 44 Закона об арбитраже Индии от 1996 года (имплементирующей статьи I и II Конвенции), индийский суд отказал в приведении в исполнение арбитражной оговорки, предусматривающей "применение Дурбанского арбитражного и английского права"¹⁷². Суд постановил, что это арбитражное соглашение является "совершенно неясным, двусмысленным и противоречивым". Аналогичным образом, Федеральный суд Швейцарии отказал в приведении в исполнение арбитражной оговорки, предусматривающей проведение арбитражного разбирательства "через посредство Американской арбитражной ассоциации или любого другого американского суда", на том основании, что положения арбитражного положения не были достаточно четкими, чтобы однозначно исключить юрисдикцию государственных судов в соответствии со статьей II(3) и швейцарским правом¹⁷³.

115. В случаях, если в арбитражном соглашении назначалось несуществующее арбитражное учреждение, суд Соединенных Штатов, невзирая на это, направлял стороны в арбитраж согласно статье II(3) Конвенции и Федеральному закону об арбитраже. В обоснование своего решения суд указал на то, что в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ, ссылка на который содержалась в арбитражном соглашении, предусматривался метод образования третейского суда в отсутствие предварительной договоренности сторон, и отклонил заявление истца о том, что соглашение не может быть исполнено¹⁷⁴.

116. В России Высший арбитражный суд Российской Федерации постановил, что для того, чтобы арбитражное соглашение могло быть приведено в исполнение в соответствии с Конвенцией, оно должно содержать четкую формулировку, свидетельствующую об истинных намерениях сторон направить спор на разбирательство в арбитражное учреждение¹⁷⁵. Другой российский суд постановил, что арбитражное соглашение "не может быть исполнено" по смыслу статьи II(3) Конвенции, поскольку оно не являлось стандартной арбитражной оговоркой согласно Регламенту ЮНСИТРАЛ, и поэтому невозможно было сделать вывод о том, что стороны договорились

¹⁷² *Swiss Singapore Overseas Enterprises Pvt Ltd v M/V African Trader*, High Court of Gujarat, India, 7 February 2005, Civil Application No. 23 of 2005.

¹⁷³ Федеральный суд, Швейцария, 25 октября 2010 года, 4A279/2010. Из рассмотрения этого дела не ясно, проводил ли Федеральный суд анализ арбитражного соглашения в контексте положения "не может быть исполнено", поскольку в рамках решения был сделан вывод о том, что арбитражное соглашение является недействительным согласно положению "недействительно, утратило силу или не может быть исполнено".

¹⁷⁴ *Travelport Global Distribution Systems B.V. v. Bellview Airlines Limited*, District Court, Southern District of New York, United States of America, 10 September 2012, 12 Civ. 3483(DLC).

¹⁷⁵ *Tula Ammunition Factory (Russia) v Sporting Supplies International (USA)*, Highest Arbitrazh Court, Russia, 27 July 2011, VAS-7301/11.

применять этот Регламент¹⁷⁶. Также было отмечено, что такого назначающего органа, как "Председатель Международной торговой палаты", не существует.

117. Другие суды применяли подход, направленный на содействие проведению арбитражных разбирательств, и толковали неясные или непоследовательные формулировки арбитражных соглашений таким образом, чтобы поддержать эти соглашения. Например, французские суды привели в исполнение арбитражное решение, вынесенное под эгидой Арбитражного суда Торговой палаты Югославии несмотря на содержащуюся в арбитражном соглашении формулировку, предусматривавшую проведение арбитражного разбирательства под эгидой несуществующего учреждения, а именно "Белградской торговой палаты". По мнению суда, стороны намеревались обратиться в Арбитражный суд Торговой палаты Югославии, штаб-квартира которого находится в Белграде¹⁷⁷. Аналогичные доводы использовались в Швейцарии¹⁷⁸, Германии¹⁷⁹ и Гонконге¹⁸⁰, где суды пришли к выводу о том, что преимущественную силу должно иметь намерение сторон урегулировать свой спор в арбитражном порядке.

¹⁷⁶ *ZAO UralEnergoGaz (Russia) v OOO ABB Electroengineering (Russia)*, Ninth Arbitrazh Court of Appeal, Russia, 24 June 2009, No. A40-27854/09-61-247.

¹⁷⁷ *Epoux Convert v. Société Droga*, Court of Appeal of Paris, France, 14 December 1983, 1994 REV. ARB. 483.

¹⁷⁸ Federal Tribunal, Switzerland, 8 July 2003, 129 III 675.

¹⁷⁹ Kammergericht [KT] Berlin, 15 October 1999, XXVI Y.B. COM. ARB. 328 (2001).

¹⁸⁰ *Lucky Goldstar International Limited v. Ng Moo Kee Engineering Limited*, High Court, Supreme Court of Hong Kong, Hong Kong, 5 May 1993, XX Y.B. COM. ARB. 280 (1995).