

Перевод - Харламова Елизавета, Чумаков Руслан, Еременко Мария, Кучин Роман,  
Пастушкова Мария, Орловская Анжелика, 2023

## Великобритания



## Верховный суд (2020)



Michaelmas Term [2020] UKSC 38

*On appeal from: [2020] EWCA Civ 574*

**Enka Insaat Ve Sanayi AS (Ответчик)**

**v**

**Insurance Company Chubb (Заявитель жалобы)**

Lord Kerr

Lord Sales

Lord Hamblen

Lord Leggatt

Lord Burrows

**РЕШЕНИЕ ВЫНЕСЕНО**  
**Верховный суд (2020)**



**9 октября 2020**

**Слушания проходили 27 и 28 июля 2020 г.**

*Заявитель жалобы*

David Bailey QC  
Toby Landau QC  
Marcus Mander  
Clara Benn  
(Instructed by Kennedys  
Law LLP (London))

*Ответчик*

Robin Dicker QC  
David Joseph QC  
Niranjan Venkatesan  
(Instructed by Shearman &  
Sterling LLP (London))

## LORD HAMBLEN и LORD LEGGATT: (с которыми согласился Lord Kerr)

### I. Введение

1. В тех случаях, когда международный коммерческий контракт содержит соглашение о разрешении споров в арбитраже, при возникновении спора используются по меньшей мере три системы национального права. К ним относятся: право, применимое к договору; право, регулирующее арбитражное соглашение; и право, регулирующее арбитражное разбирательство. Правом, регулирующим существо спора, как правило, является право, применимое к договору, из которого возник спор. Право, регулирующее арбитражное разбирательство, как правило, является правом «местонахождения» арбитража, которое обычно является местом, выбранным для арбитража в арбитражном соглашении. Эти две системы права могут отличаться друг от друга. Каждая из них также может отличаться от права, регулирующего действительность и сферу действия арбитражного соглашения.

2. Центральный вопрос в этой жалобе касается того, какая система национального права регулирует действительность и сферу действия арбитражного соглашения, когда право, применимое к содержащему его договору, отличается от права места арбитражного разбирательства.

3. Это вопрос, который уже давно разделяет суды и комментаторов, как в нашей стране, так и на международном уровне. С одной стороны, есть те, кто говорит, что право, регулирующее договор, в целом должно регулировать и арбитражное соглашение, которое, хотя и является делимым, является частью этого договора. С другой стороны, есть те, кто говорит, что право выбранного места арбитража также должно в целом регулировать арбитражное соглашение. Апелляционные суды принимали решения по обеим точкам зрения: *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA* [2012] EWCA Civ 638; [2013] 1 WLR 102 и *C v D* [2007] EWCA Civ. 1282 г.; [2008] Bus LR 843.

4. В своем решении по настоящему делу [2020] EWCA Civ 574 Апелляционный суд счел, что «настало время попытаться навести некоторый порядок и ясность в этой области права» (пункт 89), и постановил, что, если не было явного выбора права, которое должно регулировать арбитражное соглашение, общее правило должно заключаться в том, что арбитражное соглашение регулируется правом места нахождения арбитража, как вопросом подразумеваемого выбора, с учетом только каких-либо конкретных особенностей дела, демонстрирующих веские основания для обратного (пункт 91).

5. В этой апелляционной жалобе апеллянт утверждает, что этот вывод является неправомерным и ошибочным, и что правильный подход заключается в том, что при отсутствии веских доказательств обратного, выбор права для договора является выбором этого права для регулирования арбитражного соглашения. Заявитель жалобы утверждает, что в настоящем деле стороны выбрали российское право для

регулирования договора строительного подряда между ними, и что подразумевается, что арбитражное соглашение, включенное в этот договор, будет регулироваться российским правом и не отменяется их выбором Лондона в качестве места арбитража.

6. Если этот вопрос будет решен в его пользу, апеллянт продолжит утверждать, что Апелляционный суд был неправ, выдав судебный запрет на возбуждение дела в России в связи с предполагаемым нарушением арбитражного соглашения. Доводы апеллянта заключаются в том, что, поскольку арбитражное соглашение регулируется российским правом, российские суды являются наиболее благоприятным местом для решения вопроса о том, применимо ли арбитражное соглашение к иску, который апеллянт подал против ответчика в России, и что, исходя из соображений вежливости или осмотрительности, английские суды не должны вмешиваться в это разбирательство путем вынесения запрета на подачу иска.

## II. Фактические обстоятельства

### (A) Договор строительного подряда

7. 1 февраля 2016 года в результате пожара была серьезно повреждена электростанция, расположенная в Березовской в России. Заявителем («Chubb Russia») является российская страховая компания, которая застраховала владельца электростанции, компанию, которая сейчас называется ПАО «Юнипро» («Юнипро»), от такого ущерба. Chubb Russia входит в состав Chubb Group, которая является крупнейшим в мире публичным страховщиком имущества и страхования от несчастных случаев.

8. Компанией, ответственной за проектирование и строительство электростанции по контракту, заключенному с «Юнипро» в мае 2011 года, была российская компания ЗАО «Энергопроект». Ответчик (Enka) был нанят компанией «Энергопроект» в качестве одного из многих субподрядчиков, задействованных в строительном проекте. Компания Enka является международной инженерно-строительной компанией, зарегистрированной и базирующейся в Турции, со значительным присутствием и местом деятельности в России и в других странах.

9. Договор между компаниями «Энергопроект» и Enka от 27 июня 2012 г. («Договор строительного подряда») представляет собой объемный документ объемом 97 страниц с приложениями объемом около 400 страниц. Он был выполнен в параллельной русской и английской версиях (хотя и предусматривает, что версия на русском языке имеет приоритет).

10. Договор строительного подряда содержит в статье 50 оговорку о разрешении споров следующим образом:

#### **«Разрешение споров**

50.1. Стороны обязуются добросовестно прилагать все разумные усилия для разрешения любого спора или разногласия, возникающего из настоящего

Договора или в связи с ним (включая споры относительно действительности настоящего Договора и факта его заключения (далее – «Спор») путем переговоров между собой. В случае невозможности разрешения какого-либо Спора в соответствии с настоящей статьей в течение 10 (десяти) дней с даты направления любой из Сторон Уведомления противоположной Стороне, содержащего указание на данный Спор (данный срок может быть продлен по взаимному согласию Сторон), любая Сторона может, направив письменное уведомление: передать вопрос на рассмотрение высшего руководства Исполнителя и Заказчика (в случае Подрядчика высшее руководство понимается как член правления или выше, в случае Заказчика высшее руководство понимается как генеральные директора соответствующих компаний). Стороны могут пригласить конечного потребителя на такое Собрание высшего руководства. Такое собрание должно быть проведено в течение 14 (четырнадцати) календарных дней с момента направления уведомления. Если вопрос не будет решен в течение 20 (двадцати) календарных дней с даты уведомления о передаче дела соответствующему вышестоящему руководству или более поздней даты, которая может быть единогласно согласована, Спор будет передан в международный арбитраж следующим образом:

§ Спор подлежит окончательному разрешению в соответствии с Арбитражным регламентом Международной торговой палаты,

§ Спор разрешается тремя арбитрами, назначенными в соответствии с настоящим Регламентом,

§ арбитражное разбирательство проводится на английском языке, и

§ местом арбитражного разбирательства является Лондон, Англия.

50.2. Если иное прямо не предусмотрено настоящим Договором, наличие какого-либо Спора не дает Исполнителю права приостановить выполнение Работ.

50.3. Не используется.

50.4. Не используется.

50.5. Вся остальная документация, такая как финансовая документация и сопроводительные документы к ней, должна быть представлена на русском языке».

11. 21 мая 2014 года ООО «Энергопроект» передало свои права и обязанности по договору строительного подряда компании «Юнипро» в соответствии с договором цессии, заключенным между «Энергопроект», «Юнипро» и компанией Enka. В пункте 7.5 этого соглашения стороны договорились, что споры между «Юнипро» и Enka

должны быть окончательно и исключительно разрешены арбитражем в соответствии с положениями статьи 50.1 договора строительного подряда.

12. После пожара в феврале 2016 года Chubb Russia выплатила «Юнипро» 26,1 млрд рублей (около 400 млн долларов США) по полису страхования имущества и тем самым получила право на суброгацию в отношении любых прав «Юнипро» требовать компенсации от третьих лиц за ущерб, причиненный пожаром.

*(Б) Российское судопроизводство*

13. 25 мая 2019 года компания Chubb Russia подала иск в Арбитражный суд г. Москвы против компании Епка и десяти других ответчиков, которые, по ее утверждению, несут солидарную ответственность за ущерб, причиненный пожаром. Московский суд потребовал от Chubb Russia предоставить более подробную информацию о своих требованиях, после чего 3 сентября 2019 года иски были приняты судом.

14. 17 сентября 2019 года компания Епка подала ходатайство в российский суд об оставлении иска Chubb Russia к ней без рассмотрения в соответствии со пунктом 5 статьи 148 Арбитражного процессуального кодекса, которая призвана обеспечить выполнение обязательств России по пункту 3 статьи II Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года («Нью-Йоркская конвенция») для обозначения сторон арбитража, которые согласились передать на арбитраж спор, рассматриваемый судом договаривающегося государства. Компания Епка утверждала, что иск против нее подпадает под действие арбитражного соглашения, содержащегося в статье 50.1 договора строительного подряда и, следовательно, должен быть разрешен не российскими судами, а арбитражем, проводимым в соответствии с этим положением в Лондоне. Московский суд решил рассмотреть ходатайство компании Епка одновременно с рассмотрением требований Chubb по существу на слушании, назначенном на 22 января 2020 года.

15. После этого слушания, которое проводилось еще два раза, 18 марта 2020 года судья российского разбирательства объявила о своих решениях (а) отказать в удовлетворении ходатайства компании Епка о передаче иска против нее в арбитраж и (б) отклонить иски Chubb ко всем ответчикам по существу. Причины этих решений были изложены в полном судебном акте от 6 мая 2020 года.

16. Компании Chubb и Епка подали апелляционные жалобы в российский суд (в связи с решением по существу и решением об отказе в удовлетворении заявления компании Епка соответственно).

*(В) Английское судопроизводство*

17. Между тем, 16 сентября 2019 года компания Епка подала иск в Коммерческий суд Лондона с требованием запретить Chubb продолжать судебное разбирательство в России против компании Епка на том основании, что это было

нарушением арбитражного соглашения в статье 50.1 договора строительного подряда. Компания Enka также добивалась судебного запрета в отношении других членов Chubb Group, которые, как утверждается, были «замешаны» в нарушении арбитражного соглашения компанией Chubb Russia, а именно Chubb UK Ltd, Chubb European Group SE («Chubb Europe») и конечной материнской компании Chubb Group, зарегистрированной в Швейцарии.

18. 15 октября 2019 года Carr J отказался предоставить временный судебный запрет, но дал указания об ускоренном судебном разбирательстве. Судебное разбирательство состоялось 11 и 12 декабря 2019 года в присутствии Andrew Baker J. 20 декабря 2019 года он вынес решение, отклонив претензии компании Enka ко всем ответчикам. Основная причина, по которой он сделал это, заключалась в том, что он считал подходящим местом для принятия решения о том, подпадает ли иск Chubb Russia к компании Enka под арбитражное соглашение, Арбитражный суд города Москвы, а не Английский коммерческий суд.

19. Компания Enka обратилась в Апелляционный суд за разрешением обжаловать это решение, поскольку оно касалось только компании Chubb. Ходатайство было удовлетворено 6 февраля 2020 года, а апелляция была рассмотрена 7 и 8 апреля 2020 года. 29 апреля 2020 года Апелляционный суд (Flaux, Males and Popplewell LJ) удовлетворил апелляцию компании Enka и вынес запрет на ведение параллельного судебного процесса, запрещающий Chubb Russia продолжать судебное разбирательство в России.

*(Г) Арбитражное разбирательство*

20. 10 января 2020 года компания Enka уведомила компании «Chubb Russia» и «Chubb Europe» о споре в соответствии со статьей 50 договора строительного подряда. За этим 11 марта 2020 года последовал запрос на арбитраж, поданный в Международную торговую палату («МТП»), в котором компания Enka добивалась признания требований Chubb в российском суде подпадающими под действие арбитражного соглашения и возмещения убытков.

21. 22 мая 2020 года компании Chubb и Chubb Europe подали свой отзыв на запрос об арбитраже, в котором они оспорили юрисдикцию арбитров и отрицали, что компания Enka имеет право на какое-либо из заявленных средств правовой защиты.

22. 12 июня 2020 года ICC уведомила стороны о назначении королевского адвоката Mr Michael Brindle QC председателем арбитражного трибунала. Другими членами трибунала являются Lord Hoffmann, назначенный компанией Enka, и Lord Mance, назначенный компаниями Chubb и Chubb Europe (без ущерба для их возражений против юрисдикции трибунала).

*(Д) Жалоба*

26 мая 2020 года компания Chubb обратилась в Верховный суд за разрешением обжаловать решение Апелляционного суда. 5 июня 2020 года этот суд удовлетворил апелляцию, а также приостановил действие запрета на подачу иска в отношении Chubb Russia, предоставив соответствующие обязательства по защите позиции компании Enka до вынесения решения по апелляции. Апелляция была рассмотрена в ускоренном порядке и рассматривалась в течение двух дней 27 и 28 июля 2020 года.

23. Поразительной особенностью английского судопроизводства является то, что судебное разбирательство, апелляция в Апелляционном суде и апелляция в Верховном суде были рассмотрены чуть более чем за семь месяцев. Это яркая демонстрация скорости, с которой английские суды могут действовать, когда этого требует срочность вопроса.

### III. **Нормы коллизионного права в Англии**

#### (А) *Регламент Рим I*

24. В тех случаях, когда суд Англии и Уэльса должен решить, какая система национального права регулирует договор, суд, как правило, должен применять положения «Регламента Рим I» (сокращение от Регламента (ЕС) No 593/2008 Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 года о праве, применимом к договорным обязательствам). В соответствии со статьей 1(1) Регламент Рим I применяется в ситуациях, содержащих конфликт законов, к договорным обязательствам в гражданской и торговой сфере. Однако статья 1(2)(e) исключает из сферы своей компетенции «арбитражные соглашения и соглашения о выборе суда».

25. В соответствии со статьей 3 договор, к которому применяется Регламент Рим I, регулируется правом, выбранным сторонами, если выбор права выражен прямо или определенно вытекает из положений договора либо из обстоятельств дела. При определении того, сделали ли стороны выбор права, суд должен воспользоваться широким подходом, основанным на регулировании, не ограниченным национальными правилами толкования договоров: см., например, Dicey, Morris & Collins on *The Conflict of Laws*, 15th ed (2012), para 32-048. Статья 4 содержит правила определения права, применимого к договору, в той мере, в какой такой выбор не был сделан. Статья 4(1) устанавливает презумпции или правила *prima facie*, которые применяются в отношении конкретных видов договоров. Однако, если из обстоятельств дела ясно, что договор явно более тесно связан с другой страной или когда ни одно из правил *prima facie* не применяется, статьи 4(3) и 4(4) соответственно предусматривают, что договор регулируется законодательством страны, с которой он наиболее тесно связан.

#### (Б) *Нормы системы общего права*

26. Поскольку Регламент Рим I не применяется к арбитражным соглашениям, английский суд, который должен решить, какая система права регулирует действительность, объем или толкование арбитражного соглашения, должен



применять правила, разработанные общим правом для определения права, регулирующего договорные обязательства. Эти правила заключаются в том, что договор (или его соответствующая часть) регулируется: (i) правом, прямо или косвенно выбранным сторонами; или (ii) при отсутствии такого выбора, правом, с которым он наиболее тесно связан: см., например, Dicey, Morris & Collins on *The Conflict of Laws*, 15th ed (2012), правило 64(1).

27. Ввиду сходства между нормами общего права и нормами, предусмотренными Регламентом Рим I, случаи, в которых два режима могли бы привести к различным результатам, вероятно, будут редкими. Но, в принципе, в тех случаях, когда английский суд должен определить, какое право регулирует арбитражное соглашение, включенное в контракт, суд должен применять только нормы общего права в связи с исключением арбитражных соглашений из сферы действия Регламента Рим I статьей 1(2)(e).

(B) *Автономия воли*

28. Отправной точкой в общем праве (как и в соответствии с Регламентом Рим I) является то, что договаривающиеся стороны свободны в выборе системы права, которая будет регулировать их договор, при условии, что их выбор не противоречит публичному порядку. Таким образом, суд должен истолковать договор, чтобы увидеть, договорились ли стороны о выборе права для его регулирования. Как объяснил Lord Diplock в деле *Cie Tunisienne de Navigation SA v Cie d'Armement Maritime SA* [1971] AC 572, 603:

*«Таким образом, первая стадия, когда между сторонами договора возникает какой-либо вопрос о надлежащем праве, применимом к нему, состоит в том, чтобы определить, намеревались ли стороны в своем договоре вообще осуществлять какой-либо выбор, и если да, то определить, какую систему права они выбрали. При решении этого вопроса английский суд применяет обычные нормы английского права, относящиеся к толкованию договоров».*

29. Исключение арбитражных соглашений из сферы действия Регламента Рим I в соответствии со статьей 1(2)(e) не препятствует тому, чтобы арбитражная оговорка принималась во внимание для целей статьи 3 при определении того, имел ли место выбор права, применимого к другим частям договора, как отмечено в деле *Giuliano and Lagarde, Council Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations* (OJ EU No C 282-1) стр. 12. Точно так же тот факт, что другие части договора подпадают под действие Регламента Рим I, не препятствует их принятию во внимание при определении в соответствии с правилами толкования английского общего права, договорились ли стороны о выборе права для регулирования арбитражной оговорки. Как и любой вопрос о толковании договора, это унитарная практика, требующая от суда толкования договора в целом, включая арбитражную оговорку.

(Г) Закон суда

30. В тех случаях, когда английский суд должен решить, является ли договор, который, как утверждается, регулируется иностранной системой права, действительным, суд применяет «предполагаемое применимое право», другими словами, право, которое регулировало бы контракт, если бы он был заключен надлежащим образом. Однако на предварительном этапе определения того, что является применимым или предполагаемым применимым правом контракта, все ведущие инстанции исходят из того, что применяются английские нормы права, как утверждает Lord Diplock в процитированном выше отрывке. В кейсе *Tunisienne*, например, контракт на перевозку нефти несколькими партиями содержал положение (пункт 13) о том, что контракт «регулируется законами флага судов, перевозящих грузы...». Первый вопрос, который должна была решить Палата лордов, заключался в том, что с учетом обстоятельств дела, включавших тот факт, что для перевозки нефти использовались суда под разными флагами, эта оговорка предусматривала выбор французского права для регулирования договора, как утверждали судовладельцы. Для ответа на этот вопрос Палата применила не нормы французского права, регулирующие толкование договоров, а (только) нормы английского права.

31. Тот же подход был использован в деле *Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd v James Miller & Partners Ltd* [1970] AC 583, где Палата лордов постановила, что последующее поведение сторон не может рассматриваться для толкования контракта с целью принятия решения о том, должен ли он регулироваться английским (а не шотландским) правом. Исключение последующего поведения в качестве вспомогательного средства для толкования является следствием объективного принципа толкования в английском праве, который ищет не то, что стороны субъективно думали или намеревались иметь в виду последствия своего договора, а то, что разумные люди в их положении понимали бы под используемым языком. Несмотря на то, что в деле *Whitworth Street Estates* английское право было одним из предполагаемых применимых законов контракта, в выступлениях нет никаких указаний на то, что это было основанием для применения английских принципов толкования договора.

32. На наш взгляд, применение английского права в качестве права суда в принципе разумно, чтобы выяснить, договорились ли стороны о праве, которое должно регулировать их контракт (и, если нет, то какое право регулирует его в отсутствие соглашения). Применение любого другого закона для этой цели внесло бы дополнительный уровень сложности в анализ коллизионного права без какого-либо ясного обоснования и могло бы привести к странным или противоречивым результатам. Как отмечают авторы книги Dicey, Morris & Collins on *The Conflict of Laws*, 15th ed (2012) в параграфе 32-036, ссылаясь на дело, в котором последующее поведение принималось во внимание для толкования договора, признанного

регулируемым чилийским правом, поскольку оно было допустимым в соответствии с этим правом:

*«Но было бы очень странно, если бы при возникновении вопроса о том, регулируется ли контракт английским правом или чилийским законодательством, последующее поведение не принималось бы во внимание при определении того, можно ли сделать вывод о выборе английского права, но оно могло бы быть принято во внимание при определении того, применяется ли чилийское право».*

33. Апелляционный суд в настоящем деле утверждал (хотя и без объяснения причин), что при толковании договора с целью определения того, применим ли выбор применимого права к арбитражному соглашению, суд должен применять основные принципы договорного права, если они отличаются от английского права (см. пункты 90 и 105(2) постановления). Мы не считаем это правильным. Как мы указывали, надлежащий подход к определению того, имел ли место выбор права заключается в применении английского права в качестве права места рассмотрения спора. В тех случаях, когда вопрос заключается в том, имел ли место выбор права, применимого к арбитражной оговорке, соответствующие нормы английского права являются нормами общего права, которые требуют, чтобы суд толковал договор в целом, применяя обычные английские правила толкования договора. Основное договорное право, если оно и отличается, не играет никакой роли в анализе.

*(Д) Явный или подразумеваемый выбор*

34. Во многих делах, применяющих нормы общего права, проводится различие между выбором права, который является «явным» или «подразумеваемым». Статья 3 Регламента Рим I проводит аналогичное различие, относясь к выбору, который «сделан прямо или ясно продемонстрирован». Эта терминология полезна для отражения того факта, что соглашение о выборе права для регулирования договора, как и любое условие договора, может быть четко сформулировано или может быть вопросом необходимого следствия или вывода из других условий договора и сопутствующих обстоятельств. Различие, однако, не является категоричным: язык может быть более или менее эксплицитным, и степень, в которой договорное условие прописано таким количеством слов или требует процесса вывода для его идентификации, является вопросом степени. Определение того, договорились ли стороны о выборе права для регулирования своего контракта, в каждом случае является вопросом толкования. Важно также иметь в виду, что то, описывается ли выбор как явный или подразумеваемый, не является различием, от которого зависит какое-либо правовое последствие. Подразумеваемый выбор по-прежнему остается выбором, который так же эффективен, как и выбор, сделанный явно.

*(Е) Общее правило*

35. В тех случаях, когда выбор права не может быть идентифицирован путем толкования договора, подход общего права в свое время заключался в том, чтобы предполагать, что стороны, тем не менее, намеревались регулировать свой договор какой-либо конкретной системой национального права, и приписывать им соответствующее намерение. Это отражено, например, в первом издании трактата Dicey о коллизионном праве, который определил право, регулирующее договор, как «закон или законы, которым стороны намеревались или могут справедливо предполагать, что намеревались подчиниться»: Dicey, *A Digest on the Law of England with reference to the Conflict of Laws*, 1st ed (1896), правило 143. Однако во второй половине 20-го века критерий презумпции намерения постепенно был вытеснен признанием того, что на данном этапе анализа суд больше не имеет никакого отношения к умыслу и применяет позитивную норму права, при этом правило состоит в том, что договор регулируется той системой права, с которой он имеет «наиболее тесную и реальную связь»: см. Dicey, Morris & Collins on *The Conflict of Laws*, 15th ed (2012), paras 32-006 - 32-007; *Hellenic Steel Co v Svolamar Shipping Co Ltd (The Komninos S)* [1991] 1 Lloyd's Rep 370, 374 (Бингем Л.Дж.). Lord Diplock ясно изложил современную позицию в кейсе *Tunisienne*, стр. 603-604:

*«Если, применяя эти нормы [обычные нормы английского права, относящиеся к толкованию договоров], суд приходит к выводу, что стороны не намеревались осуществлять какой-либо выбор надлежащего права или не в состоянии определить, в чем заключался их выбор, суду необходимо перейти ко второму этапу определения применимого права. При этом суд применяет английскую норму коллизионного права... что надлежащим правом является та система права, с которой сделка имеет наиболее тесную и реальную связь: *Vonython v Commonwealth of Australia* [1951] AC 201, 219.*

*Это применимо как позитивная норма английского права. Он применяется не потому, что это выбор самих сторон, а потому, что они никогда не намеревались воспользоваться своей свободой выбора, а если и воспользовались, то не смогли четко обозначить свой выбор».*

36. Вопрос о том, договорились ли стороны о выборе права, неизбежно иногда может привести к возникновению разногласий. В деле *Tunisienne* трое членов апелляционного комитета Палаты лордов (Lord Morris из Borth-y- Gest, Viscount Dilhorne и Lord Diplock) постановили, что пункт 13 (процитированный ранее) должен толковаться в его контексте как соглашение о том, что контракт должен регулироваться французским правом. Два других члена комитета (Lord Reid и Lord Wilberforce) не считали, что это положение может быть истолковано таким образом, но все же пришли к выводу на втором этапе анализа, что французское право является регулирующим правом. В деле *Amin Rasheed Shipping Corp v Kuwait Insurance Co (The Al Wahab)* [1984] AC 50 Lord Diplock (с речью которого согласились три других лорда-юриста) применил

принципы, которые он определил в туниском деле, чтобы определить, регулируется ли договор страхования английским правом или законодательством Кувейта. Он пришел к выводу (на стр. 62), что при правильном толковании положения договора, взятые в целом, «неизбежно указывают на вывод о том, что намерение сторон состояло в том, чтобы их взаимные права и обязанности по нему определялись в соответствии с английским правом морского страхования». Лорд Уилберфорс пришел к тому же результату на том основании, что английское право является той системой права, с которой договор имеет наиболее тесную и реальную связь.

*(Ж) Расщепление*

37. Английское общее право (наряду с другими правовыми системами) признает возможность того, что различные части контракта могут регулироваться различными законами - концепция, известная в теории коллизионного права как *dépeçage*. Это также прямо предусмотрено Регламентом Рим I. Статья 3(1) включает в себя следующее утверждение:

*«По своему выбору стороны могут выбрать право, применимое ко всему договору или только к его части».*

38. В Англии существует множество дел, в которых суды учитывали, что различные обязательства в одном и том же договоре могут регулироваться разными законами. Самым ранним таким делом, на которое мы ссылались, было решение Апелляционного суда по делу *Jacobs, Marcus & Co v Crédit Lyonnais* (1884) 12 QBD 589. Однако, по-видимому, существует несколько случаев, в которых такая ситуация была обнаружена (хотя одним из таких дел является *Libyan Arab Foreign Bank v Bankers Trust* [1989] QB 728, 746-747). Без сомнения, это связано с тем, что, как сказал Lord MacDermott в деле *Kahler v Midland Bank Ltd* [1950] AC 24 at 42, «суды этой страны не будут делить контракт легко или без веской причины». Как правило, разумно предположить, что стороны ожидают, что их контракт будет регулироваться единой системой права. Применение различных систем права к различным частям договора может привести к непоследовательности и неопределенности. Это особенно актуально в тех случаях, когда возникают вопросы о действительности или исполнимости договорных обязательств. Как отмечается в работе Dicey, Morris & Collins on *The Conflict of Laws*, 15th ed (2012), параграф 32-026:

*«Даже если утверждается, что различные части контракта регулируются различным правом, было бы крайне неудобно, если бы такие вопросы, как исполнение контракта из-за фрустрации, или может ли невиновная сторона расторгнуть или приостановить исполнение из-за нарушения другой стороной, не регулировались бы одним правом».*

39. Предположение о том, что, если нет достаточных оснований для заключения иного, все условия договора регулируются одним и тем же законом, применяется к арбитражной оговорке, как и к любому другому пункту договора. Как сказал Mustill J в

деле *Black Clawson International Ltd v Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG* [1981] 2 Lloyd's Rep 446, 456: «В обычном порядке это [право арбитражной оговорки], скорее всего, будет соответствовать праву материального договора». Однако арбитражная оговорка может с большей готовностью, чем другие оговорки, регулироваться другим законом. Одна из причин этого заключается в том, что арбитражная оговорка имеет иной предмет и цель, чем остальная часть договора. Речь идет не об установлении материальных прав и обязанностей сторон, а об обеспечении механизма, с помощью которого будет разрешаться спор о таких правах и обязанностях. Вторая причина вытекает из принципа делимости арбитражного соглашения. Это кардинальный принцип арбитражного права, кодифицированный в разделе 7 Закона об арбитраже 1996 года. Раздел 7 предусматривает, что, если стороны не договорились об ином, «арбитражное соглашение, которое образует или должно было стать частью другого соглашения... не должно рассматриваться как недействительное или незаключенное на том основании, что это другое соглашение является недействительным, или не существовало, или стало недействительным, и с этой целью оно должно рассматриваться как отдельное соглашение».

40. Как подчеркнул адвокат Chubb Russia, принцип делимости заключается не в том, что арбитражное соглашение должно рассматриваться как отдельное соглашение для всех целей, а только в том, что оно должно рассматриваться таким образом с целью определения его действительности или исполнимости. Это ясно видно из слов «с этой целью» в статье 7 Закона 1996 года. Таким образом, принцип делимости не требует, чтобы арбитражное соглашение рассматривалось как отдельное соглашение для целей определения его применимого права. Тем не менее, этот принцип имеет отношение к анализу коллизионного права, поскольку он облегчает трудности, выявленные *Dicey, Morris & Collins* в отрывке, процитированном в пункте 39 выше, при рассмотрении различных частей договора как регулируемых различными законами. В тех случаях, когда принцип делимости признается предполагаемым применимым правом арбитражного соглашения, при рассмотрении таких вопросов, как является ли договор исполненным из-за фрустрации, или может ли невиновная сторона прекратить или удержать исполнение обязательств из-за нарушения другой стороной, или был ли договор расторгнут из-за введения в заблуждение, регулируется законодательством, отличным от права арбитражного соглашения, поскольку разрешение этих вопросов не повлияет на действительность или исполнимость арбитражного соглашения.

41. Возможность того, что арбитражное соглашение может регулироваться системой права, отличной от договора, частью которого оно является, также косвенно признается путем исключения арбитражных соглашений из сферы действия Регламента Рим I, вследствие чего право, применимое к арбитражному соглашению, и право, применимое к остальной части договора, должны определяться независимо друг от друга различными коллизионными режимами.

#### **IV. Выбор применимого права для всего договора**

##### *(А) Значение оговорки о применимом праве*

42. Редко бывает так, что закон, регулирующий арбитражную оговорку, конкретно указывается (либо в самой арбитражной оговорке, либо где-либо еще в договоре). Тем не менее, обычно в контракте, который связан более чем с одной страной (или территорией со своей собственной правовой системой), есть пункт, определяющий право, которое должно регулировать контракт. Типичный пункт такого рода гласит: «Настоящее Соглашение регулируется и толкуется в соответствии с законами [название правовой системы]». В тех случаях, когда договор также содержит арбитражную оговорку, естественно толковать такую оговорку применимого права, при отсутствии достаточных оснований для обратного, как применимую к арбитражной оговорке по той простой причине, что арбитражная оговорка является частью договора, который, по соглашению сторон, должен регулироваться указанной системой права. Как указано в *Redfern and Hunter: Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 6th ed (2015), параграф 3.12:

*«Поскольку арбитражная оговорка является лишь одной из многих оговорок в договоре, может показаться разумным предположить, что право, выбранное сторонами для регулирования договора, также будет регулировать арбитражную оговорку. Если стороны явно выбирают конкретное право для регулирования своего соглашения, то почему какой-то другой закон, который стороны не выбрали, должен применяться только к одному из пунктов соглашения, просто потому, что это арбитражная оговорка?»*

44. Этот подход подтверждается и другими ведущими комментариями. Например, *Merkin on Arbitration Law*, Issue 84 (2020), пункт 7.12, утверждает, что:

*«... Даже если в договоре нет прямого указания на этот счет, оговорка о выборе права для всего соглашения, скорее всего, будет истолкована как распространяющаяся на арбитражную оговорку. На этот счет есть множество решений... Однако эта презумпция может быть опровергнута при соответствующих обстоятельствах...»*

См. также Dicey, Morris & Collins on *The Conflict of Law*, 15th ed (2012), параграф 16-017:

*«Если существует явный выбор права для регулирования договора в целом, арбитражное соглашение также может регулироваться этим законом».*

##### *(Б) Английская судебная практика*

43. Существует значительное количество английской судебной практики, которая исходит из предположения, что выбор права для контракта, как правило,

применяется к арбитражной оговорке в контракте. Этот подход был обобщен Colman J в деле *Sonatrach Petroleum Corpn (BVI) v Ferrell International Ltd* [2002] 1 All ER (Comm) 627, пункт 32:

*«В тех случаях, когда договор по существу содержит явный выбор права, а соглашение об арбитраже не содержит отдельного прямого выбора права, последнее соглашение, как правило, регулируется сводом законов, прямо выбранным для регулирования материального договора».*

44. В этом отношении, как правило, не считается существенным тот факт, что арбитражная оговорка предусматривает, что арбитражное разбирательство должно проводиться в стране, отличной от страны, законодательство которой было выбрано для регулирования договора. Примеры решений, в которых оговорка о выборе права в договоре рассматривалась как применимая к арбитражному соглашению, несмотря на то, что место арбитража находится в другой юрисдикции, включают: *Cia Maritima Zorroza SA v Sesostris SAE (The Marques De Bolarque)* [1984] 1 Lloyd's Rep 652, 653; *Union of India v McDonnell Douglas Corpn* [1993] 2 Lloyd's Rep 48, 49-50; *Sumitomo Heavy Industries Ltd v Oil and Natural Gas Commission* [1994] 1 Lloyd's Rep 45, 57; *Deutz AG v General Electric Co* (Thomas J, 14 April 2000) at p 17; *Peterson Farms Inc v C&M Farming Ltd* [2004] EWHC 121 (Comm); [2004] 1 Lloyd's Rep 603, paras 43-46; *Leibinger v Stryker Trauma GmbH* [2005] EWHC 690 (Comm), para 38; and *Svenska Petroleum Exploration AB v Government of the Republic of Lithuania* [2005] EWHC 2437 (Comm); [2006] 1 All ER (Comm) 731, paras 76-77.

45. Иная точка зрения была выражена в деле *XL Insurance Ltd v Owens Corning* [2001] 1 All ER (Comm) 530, касающемся полиса страхования на условиях «бермудской формы», которые предусматривают, что полис регулируется законодательством штата Нью-Йорк, но споры должны решаться арбитражем в Лондоне. Английский суд вынес судебный запрет, запрещающий застрахованному лицу подавать иск против страховщиков в суды штата Делавэр. Страхователь утверждал, что выбор законодательства штата Нью-Йорк для регулирования полиса включал арбитражное соглашение, и что это соглашение было недействительным в соответствии с Федеральным законом об арбитраже, который является частью законодательства штата Нью-Йорк. Toulson J отклонил этот аргумент и пришел к выводу, что, предусмотрев арбитраж в Лондоне в соответствии с положениями Акта 1996 года, стороны косвенно выбрали английское право для регулирования арбитражного соглашения (см. стр. 543b). Мы рассмотрим его рассуждения позже в этом постановлении.

46. В *C v D* [2007] EWCA Civ 1282; [2008] Bus LR 843, еще одно дело, касающееся страхового полиса на Бермудских островах, Апелляционный суд также выразил мнение о том, что арбитражное соглашение регулируется английским правом. Однако в деле *C v D Longmore LJ* (с которым согласились другие члены суда) пришел к такому выводу не на основе подразумеваемого выбора, а на основании того, что для



арбитражного соглашения не существовало выбора права, поэтому необходимо было определить право, с которым оно было наиболее тесно связано. Он считает, что это является правом того места, где стороны решили обратиться в арбитраж, а не правом договора страхования (пункты 25-26).

47. Многие комментарии и авторитетные источники, в том числе *XL Insurance* и *C v D*, были рассмотрены Апелляционным судом по делу *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA* [2012] EWCA Civ 638; [2013] 1 WLR 102. В решении, с которым согласились другие члены суда, Moore-Bick LJ сказал (в пункте 11):

*«Стороны обычно делают явный выбор права для регулирования своего контракта, но необычно для них делать явный выбор права для регулирования любой арбитражной оговорки, содержащегося в нем; а там, где они этого не сделали, естественный вывод состоит в том, что они намеревались использовать надлежащее право, выбранное для регулирования материального договора, чтобы также регулировать соглашение об арбитраже».*

48. Moore-Bick LJ выразил сомнения по поводу диктата Longmore LJ в деле *C v D*, отметив, что суд в этом деле не имел возможности в полной мере сослаться на источники и что правило о том, что арбитражное соглашение регулируется правом места нахождения, даже если в договоре есть оговорка о выборе права, не может быть «легко согласовано с предыдущими инстанциями или с установленными принципами определения надлежащего право» (пункт 24). Его заключение (в пункте 26) было следующим:

*«При отсутствии каких-либо указаний на обратное, явный выбор права, регулирующего договор по существу, является убедительным признаком намерения сторон в отношении соглашения об арбитраже. Таким образом, поиск подразумеваемого выбора надлежащего права для регулирования арбитражного соглашения, скорее всего, приведет (как показывают предписания в предыдущих делах) к выводу о том, что стороны намеревались руководствоваться арбитражным соглашением той же системой права, что и материальный договор, если только не присутствуют другие факторы, указывающие на иной вывод. К ним могут относиться условия самого арбитражного соглашения или последствия для его эффективности выбора надлежащего права материального договора...»*

49. Этот подход был применен в деле *Arsanovia Ltd v Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2012] EWHC 3702 (Comm); [2013] 2 All ER (Comm) 1. В этом случае контракт содержал положения, предусматривающие, что он должен регулироваться законодательством Индии и что споры должны разрешаться в арбитраже в Лондоне. Суд постановил, что стороны выбрали индийское право для регулирования арбитражного соглашения.

50. Недавно в деле *Kabab-Ji SAL (Ливан) v Kout Food Group (Кувейт)* [2020] EWCA Civ 6; [2020] 1 Lloyd's Rep 269, Апелляционный суд аналогичным образом истолковал пункт в контракте, в котором говорилось: «Настоящее Соглашение регулируется и толкуется в соответствии с законодательством Англии», как означающий, что все условия контракта регулируются английским правом, включая арбитражную оговорку, которая предусматривает арбитраж во Франции. Этот вывод подкреплялся тем фактом, что Контракт включал пункт, в котором говорилось, что «Настоящее Соглашение состоит из... условия соглашения, изложенные в настоящем документе ниже...».

*(В) Соображения, касающиеся принципа*

51. Ряд дополнительных соображений подтверждает разумность, по общему правилу, толкования выбора права для регулирования договора как применимого к арбитражному соглашению, изложенному в пункте договора, даже в тех случаях, когда право, выбранное для регулирования договора, отличается от права места, выбранного в качестве места проведения арбитражного разбирательства:

а. Такой подход обеспечивает разумную степень определенности. Стороны могут быть уверены в том, что соглашение о применимом праве, как правило, будет эффективным выбором в отношении всех их договорных прав и обязанностей, а также всех их споров.

б. Достигается постоянство. Одна и та же система права регулирует все права и обязанности сторон. Оно может быть неудовлетворительным, если потенциально тесно связанные вопросы, такие как идентичность договаривающихся сторон или надлежащий подход к толкованию их сделки, регулируются различными системами права, в зависимости от того, относится она к основному договору или к арбитражному соглашению.

с. Это позволяет избежать сложностей и неопределенностей. Как только отношения между сторонами подчиняются двум системам права, могут возникнуть проблемы относительно того, где и как провести границы между ними. Примером этого является растущее распространение многоуровневых положений о разрешении споров. Если арбитражное соглашение регулируется системой права, отличной от основной части договора, положения, требующие проведения переговоров и/или посредничества и/или экспертного заключения до арбитражного разбирательства, поднимают потенциально сложные вопросы о том, регулируются ли они правом, применимым к арбитражному соглашению, или правом, общим применимым к договору, и, действительно, относительно того, следует ли отвечать на эти вопросы, применяя нормы общего права или Регламент Рим I. Примером такой оговорки является статья 50.1 договора строительного подряда. Хотя позже мы объясним, как можно решить эти проблемы, если существует только одна система права, то таких трудностей не возникает.

d. Это позволяет избежать иллюзорности. Принцип, согласно которому арбитражное соглашение отделимо от содержащего его договора, является важной частью арбитражного права, но это юридическая доктрина, которая, скорее всего, гораздо лучше известна арбитражным юристам, чем коммерческим сторонам. Для них договор - это договор, а не договор с дополнительным, побочным или внутренним арбитражным соглашением. Поэтому они вполне обоснованно ожидают, что выбор права будет применяться ко всему договору.

e. Это обеспечивает согласованность. Это согласуется с трактовкой других видов оговорок, действительность которых также изолирована от оспаривания договора, таких как оговорки о выборе права или выборе суда. Предполагается, что такие оговорки, как правило, регулируются правом договора, частью которого они являются: см. Dicey, Morris & Collins on *The Conflict of Laws*, 15th ed (2012), параграфы 12-103 и 12-109.

52. Таким образом, существуют веские причины, по которым соглашение о выборе права для регулирования договора, как правило, должно толковаться как применимое к арбитражному соглашению, изложенному или иным образом включенному в договор.

(Г) *Международная перспектива*

53. Что касается международной перспективы, то, несмотря на отсутствие единообразия, многие комментаторы международного арбитража поддерживают такой подход, по крайней мере, там, где существует явный выбор применимого права для контракта. Примеры, на которые мы ссылались, включают: Bantekas, "The Proper Law of the Arbitration Clause: A Challenge to the Prevailing Orthodoxy" (2010) 27 *Journal of International Arbitration* 1, 1-2; Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed (2014), p 592; Grover, "Dilemma of the Proper Law of the Arbitration Agreement: An Approach Towards Unification of Applicable Laws" (2014) 32 *Sing L Rev* 227, 255; Choi, "Choice of Law Rules Applicable for International Arbitration Agreements" (2015) 11 *Asian International Arbitration Journal* 105, 108-109; Khatchadourian, "Fortifying the Arbitration Clause" in *Ziadé (ed), Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri* (2015), pp 53-56; and Miles and Goh, "A Principled Approach Towards the Law Governing Arbitration Agreements" in *Kaplan and Moser (eds), Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles* (2018) Chapter 24, p 393.

54. Говорят, что этот подход обычно применяется арбитрами ICC (см. Lew, "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause: 40 Years of Application of the New York Convention" in *van den Berg (ed), Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards*, (1998) ICCA Congress Series Vol 9, pp. 143-144). Представляется, что такой же подход был принят в ряде юрисдикций общего и континентального права. К ним относятся Сингапур, Индия, Пакистан, Германия и Австрия. По данным Chubb

Russia, в их число также входят Гонконг, Австралия и Швейцария, хотя это было поставлено под сомнение компанией Enka.

55. Поучительным примером является Сингапур. В деле *FirstLink Investments Corpn Ltd v GT Payment Pte Ltd* [2014] SGHCR 12 было решено, что к арбитражному соглашению в целом должно применяться право места арбитража. В деле *BCY v BCZ* [2016] SGHC 249; [2016] 2 Lloyd's Rep 583 Steven Chong J не согласился и постановил, что следует придерживаться подхода в деле *Sulamérica*, поскольку он «является предпочтительным в принципе» (пункт 49). Подробно изложив причины, по которым это произошло, он пришел к выводу, что, поскольку арбитражное соглашение в данном случае содержалось в договоре, прямо регулируемом законодательством штата Нью-Йорк, презумпция заключалась в том, что арбитражное соглашение регулировалось законодательством штата Нью-Йорк, и эта презумпция не была заменена выбором Сингапура в качестве места арбитража.

56. *BCY v BCZ* было одобрено Апелляционным судом Сингапура - см. *BNA v BNB* [2020] 1 Lloyd's Rep 55, пункт 44, где обе стороны согласились с решением и посчитали, что это правильное изложение закона.

## **V. Подход Апелляционного суда**

### *(A) Решение Апелляционного суда*

57. Апелляционный суд пришел к противоположному выводу по настоящему делу. Оставляя в стороне случаи, в которых, в исключительных случаях, выбор права, регулирующего арбитражное соглашение, указан в самом арбитражном соглашении, Popplewell LJ (с которым согласились Flaux and Males LJ) был готов согласиться с тем, что явный выбор права, применимого к договору, содержащему арбитражное соглашение, может иногда, по своей конструкции, приравниваться к явному выбору права, применимого к арбитражному соглашению (пункт 90). Однако он считает, что такой вывод следует только в меньшинстве случаев, и что во всех остальных случаях существует сильная презумпция того, что стороны косвенно выбрали право места арбитражного разбирательства для регулирования арбитражного соглашения. Было сказано, что это общее правило, «при условии только каких-либо частных особенностей дела, демонстрирующих веские основания для обратного» (пункт 91).

### *(ii) Отделимость*

58. Первая трудность, которую мы испытываем в связи с этим предлагаемым общим правилом, заключается в том, что мы не согласны с тем, что только в некоторых случаях прямой выбор права, регулирующего договор, должен быть истолкован как выбор права, регулирующего арбитражное соглашение, включенное в договор. Как мы уже обсуждали, такая оговорка, как «Настоящее Соглашение должно регулироваться и толковаться в соответствии с законодательством [названной страны]» естественно и разумно понимается как означающее, что право этой страны должно регулировать и определять значение и действие всех положений договора, подписанного сторонами,

включая арбитражную оговорку. Нам неясно, почему необходимо что-то еще, или что еще требуется в подходе Апелляционного суда, чтобы разъяснить, что такая фраза, как «настоящее соглашение», означает все соглашение, а не только его часть.

59. Апелляционный суд обосновал свой подход тем, что выбор права для регулирования договора «мало что говорит о выборе права [арбитражного соглашения], поскольку он направлен на другое и отдельное соглашение» (пункт 92). Это вытекает из доктрины, согласно которой арбитражное соглашение отделимо от остальной части договора. На наш взгляд, это делает принцип делимости арбитражного соглашения излишне важным. По причинам, изложенным ранее, требование о том, что арбитражная оговорка должна рассматриваться как отдельное соглашение для целей определения ее действительности, существования и силы, делает ее в большей степени, чем другие части договора, пригодной для применения другого права. Обоснование, лежащее в основе принципа делимости, также актуально, как мы упомянем далее, в тех случаях, когда применение применимого права к договору к арбитражной оговорке сделало бы арбитражное соглашение недействительным или недействительным. Однако из принципа делимости не следует, что арбитражное соглашение, в целом, следует рассматривать как «иное и отдельное соглашение» от остальной части договора, или что выбор применимого права к договору, в целом, не должен толковаться как применимый к арбитражной оговорке.

60. Описание арбитражной оговорки как, например, «сопутствующей основному договору, в который она включена» (*Paal Wilson & Co A/S v Partenreederei Hannah Blumenthal (The Hannah Blumenthal)* [1983] 1 AC 854, 917, per Lord Diplock) или «отдельный договор, дополнительный к основному договору» (*Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v South India Shipping Corpn Ltd* [1981] AC 909, 998, согласно Lord Scarman) следует рассматривать в их контексте как способы выражения доктрины о том, что исполнение в результате фрустрации (или по другим причинам) материальных обязательств, созданных договором, не приведет к выполнению соглашения сторон об арбитраже. Тем не менее, арбитражная оговорка является частью совокупности прав и обязанностей, зафиксированных в договорном документе. Так, например, переуступка контракта будет включать арбитражную оговорку без необходимости какой-либо отдельной или дополнительной переуступки: см. *Schiffahrtsgesellschaft Detlev von Appen GmbH v Voest Alpine Intertrading GmbH (The Jay Bola)* [1997] 2 Lloyd's Rep 279, 285; Шейлер против Вульфа [1946] гл. 320; и *Cockett Marine Oil DMCC v ING Bank NV (The M/V Ziemia Ciesznska)* [2019] EWHC 1533 (Comm); [2019] 2 Lloyd's Rep 541. Как выразился Colman J, толкуя слова «любой пункт настоящего Соглашения» как включающий арбитражную оговорку в *JSC Zestafoni G Nikoladze Ferroalloy Plant v Ronly Holdings Ltd* [2004] EWHC 245 (Comm); [2004] 2 Lloyd's Rep 335, para 31:

*«Нет ничего такого в присущем арбитражному соглашению атрибуте делимости, что не позволило бы включить его в эту фразу».*

61. Moore-Bick LJ. ясно подытожил эту позицию, сказав в Деле Sulamérica, в пункте 26:

*«Однако сама концепция делимости просто отражает предполагаемое намерение сторон сохранить силу согласованной ими процедуры разрешения споров при обстоятельствах, которые сделали бы недействительным основной договор. Ее цель - придать юридическую силу этому намерению, а не изолировать арбитражное соглашение от основного договора во всех случаях».*

62. В своем предварительном решении в Апелляционном суде Popplewell LJ процитировал этот отрывок (в пункте 93) и, по-видимому, признал, что неправильно характеризовать арбитражную оговорку в целом как отдельное соглашение Однако далее он уточнил, что одной из целей, для которой арбитражное соглашение рассматривается как отдельное и делимое, является применение процессуального закона, который, если стороны выбрали место арбитража, отличен от права, применимого к их договору, и, следовательно, процессуальный закон отличается от системы права последнего. Риторический вопрос был задан в пункте 94: «Почему же тогда [право, применимое к договору] должно что-то говорить о тесно связанном с ним аспекте того же самого арбитражного соглашения, а именно о [праве, которое его регулирует] (при отсутствии прямой формулировки на этот счет, которая привела бы к прямому выбору права [арбитражного соглашения])?» Оставляя в стороне то, что следует считать «прямо выраженным» в этом отношении, этот аргумент основывается на предпосылке, что процессуальный закон настолько тесно связан с правом, регулирующим арбитражное соглашение, что выбор права для регулирования договора, как правило, должен презюмироваться как неприменимый к арбитражной оговорке, когда стороны выбрали другой процессуальный закон. Именно к этому аргументу, который был центральным в рассуждениях Апелляционного суда, мы и обратимся.

*(iii) Аргумент о пересечении*

63. Этот аргумент, который мы назовем «аргументом о пересечении», по-видимому, впервые появился в деле XL Insurance Ltd v Owens Corning [2001] 1 All ER (Comm) 530, упомянутом ранее, где Toulson J посчитал, что, установив арбитраж в Лондоне в соответствии с положениями Закона об арбитраже 1996 года (Arbitration Act 1996), стороны косвенно выбрали английское право для регулирования действительности арбитражного соглашения, несмотря на выбор права штата Нью-Йорк в качестве регулирующего договор (см. стр. 543b).

Его основная аргументация (на стр. 541e) заключалась в том, что сущность и процесс арбитража «тесно переплетены» и что Закон 1996 г. «содержит различные положения, которые нелегко было бы разделить на блоки с пометками «материальное

арбитражное право» или «процессуальное право», поскольку это было бы искусственным разделением».

64. Апелляционный суд в настоящем деле поддержал и развил эту аргументацию, придя к выводу, что «совпадение сферы действия процессуального закона и закона [об арбитражном соглашении] убедительно свидетельствует о том, что они должны быть одинаковыми» (пункт 96). Далее они сочли, что, учитывая это совпадение и тот факт, что процессуальный закон, является вопросом выбора, который сопровождается прямым выбором места, представляется «естественным рассматривать» выбор места как подразумеваемый выбор права, применимого к арбитражному соглашению (п. 101). Исходя из этого, они решили, что существует «сильная презумпция» того, что выбор места проведения арбитража является подразумеваемым выбором права, которое должно регулировать арбитражное соглашение (п. 105(3)).

*(iv) Выбор процессуального закона*

65. В этой апелляционной жалобе Chubb Russia оспорила первоначальную предпосылку о том, что выбор места арбитражного разбирательства предполагает выбор права вообще, процессуального или материального. Представитель Chubb Russia утверждал, что применение арбитражной процедуры места арбитража автоматически вытекает из выбора места арбитража, а не является вопросом выбора. В качестве аналогии они привели гипотетический случай, постулируемый Redfern and Hunter: Law and Practice of International Commercial Arbitration, 6-е издание (2015 г.), пункт 3.63, об английской автомобилистке, которая везет свой автомобиль во Францию. Redfern and Hunter комментируют, что:

*"... было бы странно говорить, что этот условный автомобилист выбрал «французское дорожное право»; скорее, она решила поехать во Францию, и тогда применение французского законодательства следует автоматически. Это не вопрос выбора».*

66. Мы согласны с тем, что было бы неуместно описывать туриста в данном примере как человека, сделавшего выбор в пользу того, чтобы его регулировало французское законодательство о дорожном движении. Но, как утверждает Mr Dicker QC, представитель «Епка», трудно представить, что решение человека посетить Францию может быть продиктовано желанием руководствоваться французским законодательством о дорожном движении. В отличие от этого, характер и объем юрисдикции, осуществляемой судами страны в отношении арбитражного разбирательства, по месту нахождения которого находится арбитражное разбирательство, имеют весьма существенное значение при выборе места арбитражного разбирательства. Это подкрепляется тем фактом, что место арбитража является скорее юридическим, чем физическим понятием. Выбор места в качестве места проведения арбитражного разбирательства не означает, что слушания должны

проводиться или что любое арбитражное решение должно быть вынесено именно в этом месте. Как отметил Апелляционный суд (п. 46), вполне возможно проводить арбитраж с английским местонахождением в любом удобном месте мира. Кроме того, в соответствии со статьей 53 Закона об арбитраже 1996 года (Arbitration Act 1996), если стороны не договорились об ином, если местом арбитража является Англия и Уэльс, любое решение, вынесенное в ходе разбирательства, должно рассматриваться как вынесенное там, независимо от того, где оно было подписано, отправлено или вручено какой-либо из сторон (см. также статью 31(3) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже, принятого Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли 21 июня 1985 года). Смысл согласования места заключается в том, чтобы договориться о том, что законодательство и суды конкретной страны будут осуществлять контроль над арбитражем, который находится в этой стране, в той мере, в какой это предусмотрено законодательством этой страны. В этих обстоятельствах выбор места может быть расценен как выбор процессуального закона.

67. Однако, как отмечалось в начале настоящего решения, право, применимое к арбитражной процедуре, концептуально отличается от права, регулирующего действительность и сферу действия арбитражного соглашения. Вопрос о том, подразумевает ли выбор процессуального закона, что стороны намеревались, чтобы арбитражное соглашение регулировалось той же системой права, и если да, то какова сила такого подразумевания, должен зависеть от содержания соответствующего процессуального закона.

*(v) Соотношение процессуального закона и права арбитражного соглашения*

68. В деле *Carpatsky Petroleum Corpn v PJSC Ukrnafta* [2020] EWHC 769 (Comm); [2020] Bus LR 1284, истец подал заявление о приведении в исполнение в Англии и Уэльсе арбитражного решения, вынесенного в Швеции. В принудительном исполнении было отказано на том основании (помимо остальных), что в договоре между сторонами отсутствовало действительное арбитражное соглашение. Этот аргумент основывался на предположении, что действительность арбитражного соглашения регулируется законодательством Украины. Договор предусматривал применение «материального права Украины» «при рассмотрении споров». *Butcher J* постановил (пункты 67-71), что это не было выбором украинского права для регулирования арбитражного соглашения и что в данных обстоятельствах выбор Стокгольма в качестве места проведения арбитража продемонстрировал подразумеваемый выбор того, что действительность и толкование арбитражного соглашения должны регулироваться шведским правом. Он обосновал это следующим образом: (1) разумно сделать вывод о том, что стороны сознательно выбрали нейтральный форум для разрешения своих споров и, следовательно, «намеревались, чтобы право этой юрисдикции определяло вопросы, касающиеся действительности и сферы применения этого выбора»; и (2) выбрав Швецию в качестве места проведения



арбитража, стороны согласились на применение шведского Закона об арбитраже (Swedish Arbitration Act), включая раздел 48, который предусматривает, что в отсутствие соглашения о выборе права для регулирования арбитражного соглашения, имеющего международную связь, арбитражное соглашение регулируется правом страны, в которой, в силу этого соглашения, проводилось или будет проводиться арбитражное разбирательство. Из этого следует, что, предусматривая местонахождение в Швеции, стороны косвенно согласились с тем, что арбитражное соглашение должно регулироваться шведским правом.

69. Аналогичный вывод может быть сделан и в том случае, если контракт содержит соглашение об арбитраже в Шотландии. Раздел 6 Закона об арбитраже Шотландии 2010 года (Arbitration (Scotland) Act 2010) предусматривает:

*«Где -*

*(a) стороны арбитражного соглашения договариваются о том, что арбитраж в соответствии с этим соглашением будет проходить в Шотландии, но*

*(b) в арбитражном соглашении не указан закон, который должен его регулировать,*

*тогда, если стороны не договорятся об ином, арбитражное соглашение будет регулироваться шотландским правом».*

70. Однако в Законе об арбитраже 1996 года аналогичного положения нет. Аргумент, выдвинутый компанией «Епка» и принятый Апелляционным судом, заключается в том, что Закон 1996 г. содержит положения, которые являются как материально-правовыми, так и положениями, которые носят процессуальный характер, и что между ними нет четкого разделения. В этих обстоятельствах можно утверждать, что, выбирая английское место арбитража, зная, что Закон об арбитраже 1996 года будет применяться, если место арбитража находится в Англии, стороны косвенно выбирают английское право для регулирования, по крайней мере, некоторых аспектов их материальных прав по арбитражному соглашению. Кроме того, как отметил Toulson J в деле XL Insurance, положения, затрагивающие материальные права, переплетаются с процессуальными положениями Закона и не могут быть легко отделены от них. Естественным выводом является то, что стороны намеревались, чтобы все их права по арбитражному соглашению регулировались английским правом.

*(vi) Статья 4(5) Закона 1996 г.*

71. Мы согласны с тем, что существует тесная взаимосвязь между положениями Закона об арбитраже, касающимися арбитражного соглашения, и положениями Закона, касающимися арбитражной процедуры, и что различие между ними не всегда ясно и легко провести. Однако мы не согласны с тем, что это оправдывает вывод о том, что выбор английского места арбитража является подразумеваемым выбором того, что арбитражное соглашение будет регулироваться английским правом. Вкратце суть

заключается в том, что почти все положения Закона 1996 года, на которые ссылаются в поддержку аргумента о дублировании, не являются обязательными, и в случае, когда арбитражное соглашение регулируется иностранным правом, в силу раздела 4(5) необязательные положения Закона, касающиеся арбитражных соглашений, к нему не применяются. Поскольку законодательство предусматривает и специально оговаривает ситуацию, в которой арбитражное соглашение будет регулироваться иностранным правом, даже если арбитражная процедура регулируется английским правом, нельзя сделать необходимый вывод о том, что, выбирая английское местонахождение и вместе с ним английское право в качестве процессуального закона, стороны также подразумевают выбор английского права для регулирования своего арбитражного соглашения.

72. Статья 4(5) Закона 1996 года гласит:

*«Выбор права, отличного от права Англии и Уэльса или Северной Ирландии, в качестве применимого права в отношении вопроса, предусмотренного необязательным положением настоящей части, эквивалентен соглашению по данному вопросу.»*

*С этой целью применимое право, определенное в соответствии с соглашением сторон или объективно определенное при отсутствии какого-либо явного или подразумеваемого выбора, рассматривается как выбранное сторонами.»*

73. Смысл и последствия этого положения очевидны: если к арбитражному соглашению применимо иностранное право (по выбору или в отсутствие выбора в соответствии с критерием наиболее тесной связи), одного этого факта достаточно для отмены любого необязательного положения Закона в той мере, в какой оно в противном случае затрагивало бы вопрос, регулируемый правом, применимым к арбитражному соглашению. Это объясняется тем, что применимость иностранного права приравнивается к соглашению о внесении противоположного положения по какому-либо вопросу. Нет необходимости выяснять, действительно ли иностранный закон содержит такое противоположное положение.

74. Даже если бы и существовала какая-либо двусмысленность в значении раздела 4(5), ее развеивает Дополнительный отчет по Закону об арбитраже 1996 года от января 1997 года (Supplementary Report on the Arbitration Act 1996, dated January 1997), подготовленный Департаментским консультативным комитетом по арбитражу (Departmental Advisory Committee on Arbitration) («DAC»), который объясняет генезис этого положения. В первоначальной редакции статья 2 законопроекта предусматривала:

(1) Положения настоящей части применяются в тех случаях, когда применяется право Англии и Уэльса или Северной Ирландии или полномочия суда могут осуществляться в соответствии с нормами коллизионного права.

(2) Они применяются, в частности -

(a) к вопросам, относящимся к арбитражному соглашению или регулируемым им, если применимым правом является право Англии и Уэльса или Северной Ирландии; и

(b) к вопросам, регулируемым законодательством, применимым к арбитражному разбирательству, если местом арбитража является Англия и Уэльс или Северная Ирландия».

75. В дополнительном отчете DAC в пункте 7(ii) отмечается, что цель статьи 2(2) - избежать опасности имплементации всех положений части I Закона, если будет установлено, что английский закон регулирует один конкретный аспект арбитража. Например:

*«... арбитраж может иметь французское местонахождение, при этом процедура будет регулироваться французским правом, а арбитражное соглашение - английским. В такой ситуации должны применяться только те положения Закона, которые касаются арбитражных соглашений. Было бы совершенно неправильно применять положения Закона, касающиеся арбитражной процедуры, поскольку она регулируется французским правом».*

Очевидно, что эти рассуждения в равной степени применимы и к арбитражу с английским местонахождением, английским правом, регулирующим процедуру, но французским правом, регулирующим арбитражное соглашение. В такой ситуации должны применяться только те положения Закона, которые касаются арбитражной процедуры, но не те, которые касаются арбитражного соглашения, поскольку оно будет регулироваться французским правом.

76. Однако оговорка в ее нынешнем виде была признана невыполнимой на практике (хотя в принципе она была вполне разумной): одна из причин заключалась в том, что для применения статьи 2(2) необходимо было отдельно охарактеризовать и разделить все те положения Закона, которые касались арбитражного соглашения, в отличие от всех тех, которые касались арбитражной процедуры (см. пункт 9(ii) Дополнительного отчета DAC). Было отмечено, что попытка сделать это «оказалась чрезвычайно трудной и сложной». Кроме того:

*«Многие положения касаются как арбитражных соглашений, так и арбитражной процедуры, а в отношении многих других, как представляется, существуют разногласия».*

77. В свете этих трудностей DAC решил рекомендовать пересмотреть все положение таким образом, чтобы установить в разделе 2(1) основное правило, согласно которому часть I Закона применяется к арбитражным разбирательствам, местонахождение которых находится в Англии и Уэльсе или Северной Ирландии (см. пункты 10-11 Дополнительного отчета DAC). Однако в таком случае, как поясняется в пункте 12:

*«Если... для регулирования какого-либо конкретного аспекта арбитража, например, арбитражной процедуры или арбитражного соглашения, было выбрано иностранное право или оно применимо к какому-либо другому аспекту, это предусмотрено разделом 4(5). Таким образом, в первую очередь можно обратиться к данному закону, а затем вернуться к другому закону в отношении конкретного вопроса. Несмотря на то, что процесс определения характеристик все еще может потребоваться, сочетание раздела 2 и раздела 4(5) позволяет избежать опасности того, что:*

*– выбор английского права в отношении одной части арбитражного разбирательства будет включать другие части Закона, которые касаются других аспектов арбитражного разбирательства;*

*– выбор Англии в качестве места проведения арбитражного разбирательства неизбежно повлечет за собой применение всех положений Закона».*

78. Мы отмечаем, что «пересмотр», проведенный по рекомендации DAC, не избавил от необходимости индивидуально характеризовать положения Закона как материальные или процессуальные (или частично материальные и частично процессуальные) во всех случаях, когда возникает вопрос о применимом праве, что, по мнению DAC, является «чрезвычайно трудной и сложной задачей». Тем не менее, история законодательства подтверждает, что разделы 2 и 4(5) Закона 1996 года в том виде, в котором он был принят, имели целью добиться того, чтобы в случае, когда местом арбитража выбрана Англия, но арбитражное соглашение регулируется иностранным правом, необязательные положения Закона не применялись к любому вопросу, касающемуся материальных прав и обязанностей сторон по арбитражному соглашению. Поэтому тот факт, что Закон содержит некоторые положения, которые являются материально-правовыми или частично материально-правовыми, не может служить основанием для вывода о том, что, выбирая место арбитража в Англии, стороны должны были предполагать и намереваться, что действительность и сфера применения их арбитражного соглашения должны регулироваться английским правом.

79. Единственными обязательными положениями Закона 1996 года являются разделы 12, 13 и 66-68. Раздел 12 дает суду право продлить срок начала арбитражного разбирательства, если он ограничен договором. Это может иметь какое-либо отношение к праву, применимому к арбитражному соглашению, только если арбитражное соглашение включает в себя договорное ограничение по времени (чего нет в соответствующей оговорке в данном случае). Раздел 13 применяет Законы об исковой давности (the Limitation Acts) к арбитражным разбирательствам. Поскольку эти законы включают в себя Закон об иностранных сроках исковой давности 1984 года (Foreign Limitation Periods Act 1984), который применяет иностранное законодательство об исковой давности к любому материально-правовому

обязательству, регулируемому иностранным правом, это не может служить основанием для вывода о том, что арбитражное соглашение регулируется английским правом. Разделы 66-68 касаются исполнения арбитражного решения и подачи заявлений в суд об оспаривании арбитражного решения. Они носят процедурный характер, и нельзя сказать, что они определяют право, применимое к арбитражному соглашению.

80. Таким образом, положения Закона об арбитраже 1996 года не дают оснований для общего вывода о том, что стороны, выбирающие английское место арбитража, тем самым намереваются, чтобы их арбитражное соглашение регулировалось английским правом.

*(vii) Дело компании «Енка» по разделу 4(5)*

81. Компания «Енка» предложила три ответа на эту аргументацию, ни один из которых мы не сочли убедительным.

82. Во-первых, представитель компании «Енка» заявил, что раздел 4(5) касается только выбора иностранного права в качестве процессуального закона для арбитражной процедуры, а не выбора иностранного права для регулирования арбитражного соглашения. Однако такое прочтение раздела 4(5), который явно не ограничивается подобным образом и прямо применяется в тех случаях, когда иностранное право применимо в отношении вопроса, предусмотренного необязательным положением Закона, является неприемлемым. Как подчеркивается в деле Енка, вопросы, предусмотренные необязательными положениями Закона, включают некоторые вопросы, которые касаются существования арбитражного соглашения, а также вопросы процедуры. Раздел 4(4) также не поддерживает иное толкование, как это предлагается в письменном деле Енка. Раздел 4(4) гласит, что «не имеет значения, является ли право, применимое к соглашению сторон, правом Англии и Уэльса...». Из этого ясно следует, что если стороны пришли к соглашению вместо любого необязательного положения Закона, то не имеет значения, регулируется ли это соглашение английским правом или нет. Нет никакого несоответствия между этим положением и правилом, установленным разделом 4(5), согласно которому выбор иностранного права в отношении какого-либо вопроса эквивалентен соглашению, содержащему положение об этом вопросе.

83. Второй аргумент, выдвинутый компанией «Енка», заключается в том, что, если, как мы считаем очевидным, раздел 4(5) не ограничивается процессуальным законом, а также охватывает случаи, когда иностранное право применимо к арбитражному соглашению, раздел 4(5), тем не менее, применяется только в тех случаях, когда арбитражное соглашение содержит конкретную ссылку на вопрос, предусмотренный необязательным положением Закона.

84. В качестве аргумента для такого ограничительного толкования компания «Енка» ссылалась на высказывание Lord Steyn в деле Lesotho Highlands Development

Authority v Impregilo SpA [2005] UKHL 43; [2006] 1 AC 221. В этом деле была предпринята попытка оспорить в соответствии со статьей 68 Закона 1996 года решение арбитражного суда о присуждении процентов в соответствии со статьей 49(3) на основные присужденные суммы. Оспаривание не удалось, поскольку Палата лордов постановила, что не была установлена существенная несправедливость, необходимая для применения статьи 68. Однако Lord Steyn, выступивший с основным докладом, отметил, что оспаривание столкнулось и с другими серьезными трудностями. В частности, полномочия по разделу 49(3) на присуждение процентов были prima facie доступны: единственный вопрос заключался в том, имело ли место соглашение об обратном для целей раздела 49(2). В этом контексте Lord Steyn отметил (в п. 37), что судья первой инстанции, как представляется, придерживался мнения, что закон Лесото, как закон, применимый к договору строительного подряда, по которому возникло требование, может иметь значение - предположительно на основании того, что он представляет собой соглашение об обратном. В связи с этим Lord Steyn отметил:

*«Не обращая внимания на тот факт, что мы не знаем, каково законодательство Лесото, эта точка зрения наталкивается на трудность, связанную с тем, что только соглашение в письменной форме, как оно определено в Законе, может квалифицироваться как соглашение об обратном в соответствии с разделом 49: раздел 5(1). ... Закон Лесото не является соглашением об обратном в письменной форме».*

85. Lord Steyn не упоминал о разделе 4(5) Закона: его высказывание основывалось на разделе 5(1), который гласит, что «соглашение между сторонами по любому вопросу имеет силу для целей настоящей части только в том случае, если оно заключено в письменной форме». Тем не менее, в деле C v D, в пункте 19, Longmore LJ расценил высказывание Lord Steyn как поддержку мнения о том, что раздел 4(5) требует выбора права «в отношении конкретного положения Закона [1996], которое, по соглашению сторон, не должно применяться». На это заявление, в свою очередь, опирался Burton J. в деле National Iranian Oil Co v Crescent Petroleum Co International Ltd [2016] EWHC 510 (Comm); [2016] 2 Lloyd's Rep 146, параграфы 12-17, чтобы сделать вывод, что выбор иранского права для регулирования арбитражного соглашения был недостаточным для отмены раздела 7 Закона 1996 года, который кодифицирует принцип делимости арбитражного соглашения, и что для этой цели было бы достаточно лишь соглашения, прямо не предусматривающего раздел 7 или английское право, регулирующее делимость.

86. Мысль о том, что раздел 4(5) применяется только в тех случаях, когда стороны специально исключили необязательное положение Закона условиями своего арбитражного соглашения, на наш взгляд, не может быть принята. Оно не согласуется с формулировкой раздела 4(5). Слова «в отношении вопроса, предусмотренного необязательным положением» требуют только того, чтобы вопрос, регулируемый иностранным правом, был вопросом, предусмотренным необязательным

положением Закона. Они не могут быть разумно истолкованы как требующие конкретного согласия сторон на то, что иностранное право а не необязательное положение будет регулировать данный вопрос. Помимо всего прочего, второй абзац раздела 4(5) недвусмысленно указывает на то, что для применения раздела 4(5) не требуется никакого выбора или соглашения сторон. Толкование, отстаиваемое компанией «Enka», также не соответствует законодательному замыслу, как объясняется в Дополнительном докладе DAC. Кроме того, как позже заметил Mr VV Veeder QC, если бы оно было верным, оно превратило бы Закон 1996 года в практическую бессмыслицу, требуя от сторон, выбирающих иностранное право для регулирования арбитражного соглашения в Англии, анализировать и отдельно указывать в своем соглашении каждое из 35 или около того необязательных положений Закона 1996 года, которые они хотят отменить. Мы согласны с замечанием Mr VV Veeder QC о том, что абсурдные последствия такого толкования говорят сами за себя: см. Kaplan and Moser (eds), *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles* (2018), глава 23, стр. 382.

87. Нам не кажется правдоподобным, что Lord Steyn в деле Lesotho намеревался поддержать такое толкование раздела 4(5), причем сделал это без объяснения причин или вообще без упоминания данного положения Закона. Вероятно, причина отсутствия ссылки на раздел 4(5) заключается в том, что он не имеет отношения к полномочиям по присуждению процентов. Апелляционный суд в деле Lesotho охарактеризовал полномочия по присуждению процентов в соответствии с разделом 49(3) Закона 1996 года как дискреционные и процедурные - характеристика, которую, похоже, поддержал Lord Steyn, ссылаясь на аргументацию Апелляционного суда в п. 38 своей речи. Тот факт, что раздел 49(3) рассматривался и Апелляционным судом, и Палатой лордов в деле Lesotho как процессуальный по своей природе, позднее был использован Апелляционным судом в деле *Maher v Groupama Grand Est* [2009] EWCA Civ 1191; [2010] 1 WLR 1564, пункт 38, в поддержку аналогичной характеристики полномочий суда присуждать проценты в соответствии с разделом 35A Закона о Высших судах 1981 года (*Senior Courts Act 1981*). Поскольку раздел 49(3) является процессуальным, выбор права Lesotho для регулирования материальных договорных прав не относился к вопросу, предусмотренному разделом 49(3), и поэтому не подпадал под действие раздела 4(5). Поскольку не было сомнений в том, что процессуальным законом, является английское право, для отмены статьи 49(3), как отметил Lord Steyn, потребовалось бы специальное соглашение (в письменной форме). Вопрос о том, содержит ли законодательство Lesotho какие-либо эквивалентные процессуальные полномочия, в данных обстоятельствах не имеет значения. Даже если бы это было так, законодательство Lesotho в отношении этого вопроса не могло бы быть равносильно соглашению об обратном.

88. Именно так, по нашему мнению, следует понимать сентенцию Lord Steyn. Но независимо от того, имелось ли это в виду или нет, мы убеждены, что раздел 4(5) не

требует специального соглашения для отмены необязательного положения Закона. Из этого следует, что утверждение Longmore LJ в деле *C v D* было ошибочным и что дело *National Iranian Oil Co* было неправильно решено по этому вопросу.

89. Третий ответ Епка заключался в утверждении, что последствия придания разделу 4(5) того значения, которое мы считаем однозначным, будут «столь же далеко идущими, сколь и удивительными», поскольку это приведет к исключению многочисленных необязательных положений, которые стороны лондонского арбитража вряд ли намеревались исключить, но тем не менее будут исключены. В поддержку этого утверждения Епка ссылалась в качестве примера на разделы 5, 7, 30 и 58 Закона 1996 года.

90. Из этих положений только раздел 7, кодифицирующий принцип делимости, касается действительности или сферы применения арбитражного соглашения. Раздел 5, в котором говорится, что часть I Закона применяется только в том случае, если арбитражное соглашение заключено в письменной форме, касается не действительности или сферы применения арбитражного соглашения, а обстоятельств, при которых будут применяться положения Закона. Если требование о письменной форме не соблюдено, часть I Закона не будет применяться к арбитражному соглашению, но оно будет регулироваться общим правом и сохранит свою силу (см. раздел 81). Раздел 30, который уполномочивает арбитражный суд выносить решение о своей собственной юрисдикции, является процессуальным. Он касается не материальных прав сторон по арбитражному соглашению, а компетенции арбитражного суда определять действительность и объем этих прав. Раздел 58, предусматривающий окончательность арбитражного решения, также носит процессуальный характер. (По этой причине аргумент страховщика в деле *C v D* о том, что в результате применения раздела 4(5) раздел 58 был отменен выбором нью-йоркского права для регулирования арбитражного соглашения, был ошибочным). Эти и другие процессуальные необязательные положения будут исключены только в крайнем случае, если стороны выбрали иностранное процессуальное право для арбитража с английским местонахождением: см. *Dubai Islamic Bank PJSC v Paymentech Merchant Services Inc* [2001] 1 All ER (Comm) 514, пункт 31; *C v D* [2007] EWHC 1541 (Comm); [2007] 2 All ER (Comm) 557, пункты 25-26 (Cooke J); *Sterling v Rand* [2019] EWHC 2560 (Ch); [2019] 2 Lloyd's Rep 577, пункт 58. Как отмечается в дополнительном отчете DAC, пункт 7(ii) (цитируется по пункте 77 выше), в таком случае было бы неправильно применять необязательные положения Закона, касающиеся арбитражной процедуры, поскольку они регулируются иностранным правом.

91. Мы согласны с тем, что характеристика отдельных положений этого Закона как процедурных или материально-правовых может быть, как признает DAC, трудной и комплексной задачей. Но мы убеждены, что придание разделу 4(5) его прямого значения не приводит к неожиданным или неблагоприятным последствиям и не согласуется с утверждением о том, что выбор английского права в качестве



процессуального закона предполагает подразумеваемый выбор английского права в качестве права, применимого к арбитражному соглашению.

92. По этим причинам мы не считаем аргумент о совпадении, принятый Апелляционным судом, обоснованным. Несмотря на то, что выбор места арбитража и процессуального закона в некоторых случаях (исходя из содержания соответствующего процессуального закона) может служить основанием для вывода о том, что стороны выбирали право этого места для регулирования арбитражного соглашения, содержание Закона об арбитраже 1996 г. не поддерживает такой общий вывод в тех случаях, когда арбитражное разбирательство находится в Англии и Уэльсе.

## **VI. Предотвращение недействительности**

### *(i) Принцип валидации*

93. Согласно устоявшемуся принципу толкования договоров в английском праве, восходящему, по крайней мере, ко временам сэра Edward Coke (см. Coke upon Littleton (1628) 42a), толкование, поддерживающее действительность сделки, должно быть предпочтительнее того, которое делает ее недействительной или неэффективной. В те времена, когда в судах широко использовалась латынь, это выражалось максимой «*verba ita sunt intelligenda ut res magis valeat quam pereat*», которую Staughton LJ. перевел в деле Lancashire County Council v Municipal Mutual Insurance Ltd [1997] QB 897, 910 как «договор следует толковать так, чтобы он был действительным, а не недействительным».

94. Этот принцип может применяться, если при определении того, договорились ли стороны о выборе регулирующего права, предполагаемое регулирующее право сделает недействительным весь договор или его часть. Например, в деле *In re Missouri Steamship Co* (1889) 42 Ch D 321 договор на перевозку скота морем из Бостона в Англию содержал оговорку о том, что перевозчик не несет ответственности за халатность капитана или команды судна. Эта оговорка была действительна по английскому праву, но недействительна по праву штата Массачусетс как противоречащая публичному порядку. В результате небрежности капитана и команды судна скот был потерян, и грузоотправитель предъявил перевозчику иск о возмещении убытков. Придя к выводу, что стороны намеревались регулировать договор английским правом, судья и Апелляционный суд исходили из презумпции, что, по словам Fry LJ. На странице 341, «закон, который сделал бы договор действительным во всех отношениях, был законом, [предназначенным] для регулирования поведения сторон».

95. В этом деле потенциальная недействительность существенной оговорки в договоре была использована как свидетельство того, каким законом предполагалось регулировать весь договор. Если речь идет об арбитражной оговорке, то в силу ее делимого характера предполагаемая недействительность может служить основанием для вывода о том, что она должна была регулироваться иным правом, чем другие положения договора, или, по крайней мере, может опровергнуть вывод о том,

что к арбитражной оговорке предполагалось применять право, обычно применимое к договору.

(ii) *Hamlyn v Talisker*

96. Ранним, но авторитетным примером такого рассуждения является решение Палаты лордов по делу *Hamlyn & Co v Talisker Distillery* [1894] AC 202. Контракт между английской и шотландской компаниями, подлежащий исполнению в Шотландии, содержал следующее положение:

*«Если какой-либо спор возникнет из этого контракта, он должен быть разрешен в арбитражном суде двумя членами Лондонской кукурузной биржи или их арбитром в обычном порядке».*

По общему правилу, эта арбитражная оговорка была действительна по английскому праву, но недействительна по праву Шотландии, поскольку арбитры не были названы. Сессионный суд постановил, что договор регулируется шотландским правом как правом места исполнения договора и что, следовательно, арбитражная оговорка недействительна. Палата лордов единогласно отменила это решение. Как впоследствии отметил Lord Wilberforce в деле *Tunisienne* (стр. 596), Палата лордов решила только один вопрос: регулировалась ли арбитражная оговорка шотландским или английским правом. Члены апелляционного комитета были осторожны, ограничивая свои мнения этим вопросом и не выражая никакого мнения о том, каким правом регулируются другие положения договора.

97. Были приведены две причины для вывода о том, что арбитражная оговорка регулируется английским правом. Одна из причин, наиболее полно изложенная Lord Watson (на стр. 212-213), заключалась в том, что язык арбитражной оговорки показывает, что стороны заключали договор, ссылаясь на английское право, поскольку оговорка требовала, чтобы арбитры были членами коммерческого органа в Лондоне и решали споры «обычным способом» - иными словами, в порядке, принятом в Лондоне. Однако эта аргументация, как нам кажется, не оправдывает рассмотрение самой арбитражной оговорки как регулируемой английским правом независимо от того, каким правом регулируется остальная часть договора. Это было основанием для вывода о том, что стороны намеревались, чтобы арбитры применяли английское право при разрешении любого спора по договору, и, следовательно, для того, чтобы считать, что материальные договорные обязательства сторон регулируются английским правом. Вопрос о действительности арбитражной оговорки определял наличие у арбитров юрисдикции, которая в то время не считалась компетентной для решения самими арбитрами. Таким образом, данная аргументация является ранним примером подхода, который мы рассмотрим в ближайшее время и который рассматривает выбор места арбитража как подразумеваемый выбор права, регулирующего договор в целом.

98. Основное непреходящее значение дела *Hamlyn v Talisker* заключается во второй причине, указанной в решении, которая была четко сформулирована Lord Herschell LC и Lord Ashbourne. Именно эта причина оправдывает рассмотрение арбитражной оговорки как потенциально регулируемой правом, отличным от остальной части договора. По словам Lord Herschell LC (на стр. 208):

«...Договор, касающийся арбитража, был бы абсолютно недействительным, если бы он регулировался правом Шотландии. Это не могло быть намерением сторон; неразумно приписывать им такое намерение, если договор может быть истолкован иначе;...»

Lord Ashbourne высказался в том же духе, наглядно продемонстрировав (стр. 215), что «арбитражная оговорка становится просто макулатурой, если будет установлено, что стороны заключали договор на основании применения законодательства Шотландии, которое сразу же откажется признать полную силу оговорки, сформулированной таким образом». Он продолжил:

«Разумнее считать, что стороны заключили договор с общим намерением полностью исполнить все пункты, а не исказить или уничтожить одно из наиболее важных положений».

*(iii) Решение в Sulamérica*

99. Именно эти рассуждения привели Апелляционный суд в деле *Sulamérica* к выводу о том, что арбитражная оговорка в этом деле регулируется английским правом несмотря на то, что, как говорилось ранее, он исходил из того, что прямой выбор права для регулирования договора обычно подразумевает применение к арбитражной оговорке.

100. В деле *Sulamérica* бразильские компании, участвовавшие в строительном проекте в Бразилии, предъявили претензии по двум страховым полисам. Каждый полис содержал прямой выбор бразильского права для регулирования полиса и оговорку об исключительной юрисдикции судов Бразилии, а также оговорки о посредничестве и арбитраже. Они предусматривали, что любой спор должен быть передан на медиацию и что, если стороны не смогут договориться о сумме, подлежащей выплате по полису в результате медиации, спор должен быть передан на арбитраж в Лондоне. Страховщики начали арбитражное разбирательство в Лондоне и успешно обратились в английский суд за временным судебным запретом, чтобы запретить страхователю вести разбирательство в судах Бразилии. Апелляция страхователя была отклонена Апелляционным судом.

101. По мнению страхователя, договор, включая арбитражное соглашение, регулировался бразильским законодательством, и в соответствии с бразильским законодательством арбитражное соглашение не могло быть исполнено против них без их согласия. Как отмечалось ранее, Moore-Bick LJ (с которым согласились Hallett LJ и Neuberger MR) согласился с тем, что выбор бразильского права для регулирования

договора является убедительным свидетельством того, что стороны намеревались, чтобы именно эта система права регулировала арбитражное соглашение. Однако Moore-Bick J. выделил два фактора, указывающих на обратное. Первый — это аргумент о дублировании, о котором мы только что говорили: выбрав Лондон в качестве места арбитража, стороны должны были предвидеть и предполагать, что положения Закона об арбитраже 1996 года должны применяться к любому арбитражному разбирательству, включая те положения, которые носят скорее материально-правовой, чем процессуальный характер (п. 29). По уже изложенным причинам мы не считаем этот аргумент обоснованным, поскольку он упускает из виду тот факт, что, если бы арбитражное соглашение регулировалось бразильским правом, необязательные материально-правовые положения Закона были бы исключены разделом 4(5). Однако Апелляционный суд счел решающим именно второй фактор. Это было возможное существование нормы бразильского права, которая делала бы арбитражное соглашение подлежащим исполнению только с согласия страхователя (п. 30). Moore-Bick J. рассудил, что, учитывая условия оговорки о посредничестве и арбитраже, стороны не могли намереваться выбрать систему права, которая «либо приведет, либо вполне может привести к таким последствиям» (п. 31). Как он также отметил, бразильское право не могло быть предназначено для регулирования арбитражного соглашения, если «существует, по крайней мере, серьезный риск того, что выбор бразильского права существенно подорвет это соглашение».

102. В этих условиях необходимо было определить систему права, с которой арбитражное соглашение было наиболее тесно связано. По этому поводу Moore-Bick J. сказал (в пункте 32), что:

«соглашение о разрешении споров путем арбитража в Лондоне и, следовательно, в соответствии с английским арбитражным правом, не имеет тесной юридической связи с системой права, регулирующей страховой полис, цель которого не связана с разрешением споров; скорее, оно имеет самую тесную и реальную связь с правом места проведения арбитража, которое будет осуществлять вспомогательную и надзорную юрисдикцию, необходимую для обеспечения эффективности процедуры».

На этом основании он пришел к выводу, что арбитражное соглашение регулируется английским правом.

103. Несмотря на то, что рассуждения такого рода не использовались в деле *XI Insurance*, где, как обсуждалось ранее, Toulson J опирался на аргумент о пересечении, они, на наш взгляд, лучше обосновывают результат, достигнутый в этом деле. Тот факт, что арбитражная оговорка, возможно, была бы недействительной по нью-йоркскому праву, сам по себе является веским основанием для толкования выбора нью-йоркского права для регулирования страхового полиса как не распространяющегося на арбитражное соглашение.

*(iv) Коммерческая цель арбитражной оговорки*

104. Принцип, согласно которому договаривающиеся стороны не могли разумно предполагать, что существенная оговорка в их договоре, например арбитражная оговорка, будет недействительной, представляет собой одну из форм целевого толкования, которое направлено на то, чтобы, насколько это возможно, толковать язык договора таким образом, чтобы обеспечить достижение цели или задачи, которую, как можно предположить, имели в виду стороны, - а не нанести ущерб. Однако сила умозаключения о том, что толкование договора противоречит цели сторон, зависит от степени. Толкование, которое, несомненно, означает, что арбитражная оговорка является недействительной и не имеет юридической силы, дает основание для очень существенного вывода о том, что такое значение рационально не могло быть предусмотрено. Так было в деле *Hamlyn v Talisker*, где было принято считать, что если бы арбитражная оговорка регулировалась шотландским правом, то она была бы (по словам Lord Herschell [1894] AC 202, 208) "абсолютно ничтожной и недействительной". В деле *Sulamérica* вывод был слабее. Существовал серьезный риск - но не уверенность - что, если бы бразильское законодательство применялось к арбитражной оговорке, оно сделало бы арбитражное соглашение исполнимым только с согласия страхователя. Это не означало бы, что арбитражная оговорка вообще не имела силы. Как признал Moore-Bick LJ, хотя большинство арбитражных соглашений позволяют любой из сторон передавать споры в арбитраж, некоторые предусматривают арбитраж только по выбору одной или другой стороны. Однако он не считал разумным приписывать сторонам в этом деле намерение заключить «одностороннее соглашение такого рода» (п. 30).

105. В деле *Fiona Trust & Holding Corp v Privalov* [2007] UKHL 40; [2007] Bus LR 1719 Палата лордов подтвердила принцип, согласно которому «толкование арбитражной оговорки должно начинаться с предположения, что стороны, как рациональные бизнесмены, вероятно, намеревались, чтобы любой спор, возникающий из отношений, в которые они вступили или намеревались вступить, решался одним и тем же судом» (см. п. 13, пер. Lord Hoffmann). Вопреки утверждению, сделанному от имени компании «Чабб Раша», речь идет не о приходском подходе, а о подходе, который, как отметила Палата лордов в деле *Fiona Trust*, был признан (среди прочих иностранных судов) Федеральным верховным судом Германии (*Bundesgerichtshof*), Федеральным судом Австралии и Верховным судом США и, как заявил Lord Hope в п. 31, «теперь прочно вошел в право международной торговли». В своем монументальном труде *International Commercial Arbitration*, 2nd ed (2014), стр. 1403 Гэри Борн резюмирует позицию следующим образом:

*«В значительном большинстве юрисдикций национальное законодательство предусматривает, что международные арбитражные соглашения должны толковаться с учетом презумпции «за арбитраж». Исходя из принципов ведущих международных арбитражных конвенций и национального арбитражного законодательства, а также вероятных целей сторон, данный вид презумпции*

*предусматривает, что действующая арбитражная оговорка должна толковаться расширительно, а в сомнительных случаях - распространяться на спорные требования. Это особенно верно в тех случаях, когда арбитражная оговорка охватывает некоторые споры сторон и возникает вопрос, распространяется ли она также на смежные споры, так что все такие разногласия могут быть разрешены в рамках одного производства (а не в рамках нескольких производств в разных судах).».*

106. Если в предполагаемом применимом праве не признается презумпция выбора арбитража в качестве универсального способа разрешения споров, то вероятность того, что разумные коммерческие стороны хотели бы, чтобы это право определяло действительность и объем их соглашения об арбитраже (а не судебном разбирательстве) споров, снижается.

107. Вопрос о том, какая степень ущерба коммерческой цели арбитражного соглашения будет достаточной для того, чтобы опровергнуть предположение о том, что выбор права, регулирующего договор, предназначен для применения к арбитражному соглашению, не является вопросом, на который можно ответить абстрактно. Как и в любом вопросе толкования, необходимо учитывать конкретные слова, используемые в договоре, и сопутствующие обстоятельства, а также характер и степень риска того, что цель арбитражного соглашения будет подорвана, если его действительность и сфера применения будут регулироваться соответствующей системой права. Мы не можем улучшить формулировку Moore-Bick LJ в деле *Sulamérica*, п. 31, согласно которой коммерческие стороны, как правило, вряд ли намеревались выбрать правовое регулирование договора для применения к арбитражному соглашению, если существует «по крайней мере серьезный риск» того, что выбор такого права «существенно подорвет» это соглашение.

## **VII. Соответствие арбитражного суда основному договорному праву**

108. В XX веке сформировалась система авторитетов, которая рассматривала выбор места арбитража, если в договоре нет прямой оговорки о выборе регулирующего права, как убедительное свидетельство того, что стороны намеревались регулировать договор по праву этого места. Этот вывод превратился в норму права и достиг своего апогея в деле *Tzortzis v Monark Line A/B* [1968] 1 WLR 406, где Апелляционный суд постановил, что арбитражная оговорка о месте арбитража в Лондоне дает основание предполагать, что стороны намеревались, чтобы их договор регулировался английским правом, которое может быть опровергнуто только прямым положением об обратном.

109. В деле *Tunisienne* Палата лордов постановила, что это слишком завышает силу импликации и что импликация, вытекающая из выбора арбитражного суда, может быть отменена противоположными указаниями, вытекающими из прямых положений договора или соответствующих сопутствующих обстоятельств. Тем не менее Lord

Wilberforce (на стр. 596B) назвал вывод о том, что стороны намеревались руководствоваться правом места проведения арбитража, «здравым общим правилом». Lord Diplock пошел дальше и заявил (р. 609E), что он «не хотел бы ставить под сомнение положение о том, что арбитражная оговорка, как правило, предназначена сторонами для выбора надлежащего права договора, а также процессуального закона и должна толковаться именно так, если нет убедительных указаний на обратное...».

110. Как видно, например, из выступлений Robert Goff QC в защиту этого подхода в деле *Tunisienne* (на стр. 579D), его обоснование заключалось в том, что договаривающиеся стороны, соглашаясь на арбитраж в определенном месте, обычно должны считать, что арбитры будут проживать в этом месте и применять право, с которым они знакомы. Lord Wilberforce выразил некоторую оговорку по поводу этой аргументации, отметив (на стр. 596C):

*«Осмелюсь предположить, что в настоящее время в коммерческих вопросах это может быть недостаточным признанием международного характера лондонского Сити как коммерческого центра - причина, а не предпочтение английских правил, по которой выбирается арбитраж в Лондоне».*

111. За полвека, прошедшие с момента принятия решения по делу *Tunisienne*, международный арбитраж претерпел значительную эволюцию и экспоненциальный рост. Это сопровождалось развитием международных арбитражных институтов, таких как Международный арбитражный суд ICC, Международный центр по разрешению споров, созданный Американской арбитражной ассоциацией, и Лондонский международный арбитражный суд. Основной причиной выбора Лондона в качестве места арбитража является уже не международный характер Лондона как коммерческого центра, а его привлекательность именно в качестве площадки для арбитража международных споров. В некоторых случаях, когда стороны выбрали английское право в качестве регулирующего права своего договора, доступность квалифицированных английских юристов может быть важным фактором при выборе Лондона в качестве места арбитража. Но даже в тех видах арбитража, где члены арбитражного суда выбираются на основании их юридических знаний (а не только или главным образом на основании их коммерческого опыта), ничто не препятствует назначению юристов, квалифицированных в других юрисдикциях, в качестве арбитров в арбитраже, расположенном в Лондоне, или английских юристов в качестве арбитров в арбитраже, расположенном за рубежом, и такие назначения часто делаются. Более того, опытные международные арбитры, получившие квалификацию юристов в Англии и Уэльсе или в других юрисдикциях, прекрасно знакомы с применением систем права, отличных от их собственной. В этих обстоятельствах не может быть общего вывода о том, что выбор Лондона (или любого другого крупного арбитражного центра) в качестве места проведения арбитража свидетельствует о намерении сторон регулировать свои договорные обязательства правом этого места. Это в равной

степени относится к тому, регулируется ли вопрос подразумеваемого выбора статьей 3 Регламента Рим I (в отношении основной части договора) или коллизионными нормами общего права (в отношении арбитражного соглашения).

112. До сих пор существуют случаи, когда арбитражная оговорка, предусматривающая арбитраж в Лондоне, например, английскими морскими арбитрами, или лондонскими брокерами, или местной ассоциацией или биржей, в сочетании с другими факторами может рассматриваться как подразумеваемый выбор права. Примером может служить дело *Egon Oldendorff v Libera Corpn (No 2)* [1996] 1 Lloyd's Rep 380, где арбитражная оговорка в чартерном договоре, заключенном между японскими владельцами и немецкими фрахтователями, предусматривала арбитраж в Лондоне арбитрами, назначенными Лондонской ассоциацией морских арбитров. Для решения Clarke J. о том, что стороны намеревались руководствоваться английским правом при заключении чартерного договора, также имели значение: (1) тот факт, что он был заключен по хорошо известной стандартной форме, содержащей оговорки с хорошо известными значениями в английском праве; и (2) то, что, согласовав «нейтральный» форум, стороны предполагали, что этот форум будет применять «нейтральное» право, а именно английское право, а не немецкое или японское. В таких случаях подразумеваемый выбор права будет в равной степени применяться к арбитражному соглашению: см. дело *Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Istihsal v VSC Steel Co Ltd* [2013] EWHC 4071 (Comm); [2014] 1 Lloyd's Rep 479, п. 102.

113. Такая ситуация может быть противопоставлена той, в которой арбитражная оговорка, хотя и указывает место арбитража, не предусматривает способа определения арбитров, кроме как через назначение международным арбитражным органом, таким как МТП. Как отметил Andrew Baker J в своем решении по этому делу (п. 62), МТП является «квинтэссенцией и сознательно наднациональным институтом», со своим внутренним, и, следовательно, наднациональным, надзорным аппаратом в лице Международного арбитражного суда, его Генерального секретаря и Секретариата. В подобном случае стороны не могли разумно предположить, что выбор Лондона в качестве места арбитража, даже если он является нейтральным форумом, неизбежно подразумевает выбор английского права для регулирования договора, так что прямое указание регулирующего права становится излишним.

114. Enka не пыталась утверждать в данной апелляции, что выбор Лондона в качестве места арбитража в данном деле подразумевает, что стороны намеревались, чтобы договор строительного подряда в целом регулировался английским правом. Однако представитель Enka утверждал, что, даже если такой вывод не может быть сделан в отношении права, предназначенного для регулирования материальных договорных обязательств сторон, он, тем не менее, может быть сделан в отношении самого арбитражного соглашения.

115. Мы с этим не согласны. Если нет достаточных оснований для вывода о том, что стороны выбрали Лондон в качестве места арбитража, потому что хотели, чтобы



арбитры разбирались в английском праве, это в равной степени относится как к любым вопросам, касающимся действительности или сферы применения арбитражного соглашения, которые арбитрам может быть предложено решить, так и к существованию любого спора. Также не следует делать никаких соответствующих выводов из возможности того, что вопросы, касающиеся действительности или сферы применения арбитражного соглашения, могут быть решены английскими судами в порядке осуществления их надзорной юрисдикции. Вопросы иностранного права рассматриваются в английском коммерческом суде ежедневно - примером тому может служить судебное разбирательство по настоящему делу - и, как сказал Steyn LJ в деле *Star Shipping AS v China Shipping Foreign Trade Transportation Corpn (The Star Texas)* [1993] 2 Lloyd's Rep 445, 451-452, даже прямой выбор юрисдикции сам по себе не приводит к подразумеваемому выбору права. Поэтому мы не считаем, что выбор места арбитража сам по себе может быть истолкован как подразумеваемый выбор права, применимого к арбитражному соглашению.

### **VIII Применение теста наиболее тесной связи**

116. До сих пор мы рассматривали вопрос о том, выбрали ли стороны договора право, применимое к арбитражному соглашению, либо специально, либо выбрав систему права, которая будет регулировать договор в целом, включая арбитражное соглашение. Теперь мы переходим к ситуации, когда такой выбор не был сделан. Как уже говорилось ранее (см. п. 36 выше), при таких обстоятельствах суд должен объективно и независимо от намерений сторон определить, с какой системой права наиболее тесно связано арбитражное соглашение. Эта задача отличается по своей природе от попытки определить выбор (явный или подразумеваемый), поскольку она предполагает применение нормы права, а не процесс толкования договора.

117. Даже если стороны не договорились о том, какое право должно регулировать их договор, разумно исходить из предположения - по причинам, изложенным ранее, - что все условия договора, включая арбитражную оговорку, регулируются одной и той же системой права. Однако если стороны выбрали место для арбитражного разбирательства споров, есть основания считать, по общему правилу, право, с которым наиболее тесно связано арбитражное соглашение, правом места арбитража. Как мы видели, именно такой подход был принят Апелляционным судом в деле *Sulamérica* (см. пункт 104 выше). Он также был поддержан Апелляционным судом в деле *C v D* (см. п. 48 выше), хотя в этом деле, по нашему мнению, не было приведено достаточных оснований для того, чтобы отвергнуть вывод о том, что право, выбранное для регулирования договора страхования, должно было применяться к арбитражной оговорке. Среди комментаторов это правило получило поддержку в *Dicey, Morris & Collins on The Conflict of Laws*, 15th ed (2012), правило 64(1)(b) и параграфы 16-016; см. также *Russell on Arbitration*, 24th ed, (2015) параграфы 2-121.

118. Существует ряд причин принципиального и политического характера, которые, по нашему мнению, оправдывают общее правило, согласно которому право места, выбранного в качестве места арбитража, является правом, наиболее тесно связанным с арбитражным соглашением, которое в отсутствие выбора будет применяться по умолчанию.

*(i) Место исполнения*

119. Исходной точкой является то, что место арбитража - это место, где (юридически, даже если не физически) должно быть исполнено арбитражное соглашение. При определении системы права, с которой договор (или его соответствующая часть) имеет наиболее тесную и реальную связь, место совершения сделки является тем связующим фактором, которому общее право уже давно придает наибольшее значение (с тех пор как место заключения договора перестало считаться значимым): см. например, *Dicey, Morris & Collins on The Conflict of Laws, 15th ed (2012), para 32-073*. Это обосновывается тем, что государства заинтересованы в регулировании сделок, совершаемых на их территории, и вытекающим отсюда естественным предположением, что в отсутствие противоположного указания сделка будет регулироваться правом территории, на которой она совершается. Соглашаясь на место арбитража, стороны подчиняются юрисдикции судов этого места, его закону и принудительным полномочиям для целей решения любого вопроса, касающегося действительности или исполнимости их арбитражного соглашения. Таким образом, как мы рассмотрим далее в настоящем решении (см. часть XI ниже), суды места нахождения обладают юрисдикцией на вынесение судебного запрета для ограничения разбирательства, возбужденного в нарушение арбитражного соглашения. Кроме того, стороны, выбирая место рассмотрения дела, подразумевают, что они согласны подавать любые иски о средствах правовой защиты, касающиеся существования или объема юрисдикции арбитров (включая любые вопросы, касающиеся действительности или объема арбитражного соглашения), а также оспаривать арбитражное решение в судах этого места: *C v D [2007] EWHC 1541 (Comm); [2007] 2 All ER (Comm) 557, paras 29-34 (Cooke J); C v D [2007] EWCA Civ 1282; [2008] Bus LR 843, para 17 (CA); Minister of Finance (Inc) v International Petroleum Investment Co [2019] EWCA Civ 2080; [2020] Bus LR 45, paras 36-49; Dicey, Morris & Collins on The Conflict of Laws, 15th ed (2012), para 16-036*. Местом арбитража в таких обстоятельствах является место, с системой права которого наиболее тесно связано арбитражное соглашение.

120. В отличие от этого, нет оснований рассматривать место исполнения материальных обязательств, созданных договором, как существенную связь для целей определения права, применимого к арбитражному соглашению (в отличие от целей определения того, какое право должны применять арбитры при разрешении спора). Это объясняется тем, что (как отмечалось в п. 40 выше) предмет и цель арбитражного соглашения отличаются от предмета и цели договора, в который оно включено. О том, что место исполнения основного договора не имеет значения, свидетельствует тот

факт, что часто выбираются места арбитража, которые никак не связаны с местом исполнения материальных обязательств сторон (или иным образом с договором), а иногда именно потому, что они не имеют такой связи. Другие факторы, связывающие основной договор с той или иной страной или ее законодательством, также не имеют значения для арбитражного соглашения. Например, в статье 4 Регламента Рим I закреплена презумпция, согласно которой договор наиболее тесно связан со страной, в которой обычно проживает сторона, обязанная обеспечить характерное исполнение договора. Нет никаких оснований считать это фактором, который должен оказывать какое-либо влияние на право, применимое к арбитражному соглашению.

121. Поэтому мы согласны с позицией Moore-Bick LJ, высказанной в деле *Sulamérica*, процитированном в п. 104 выше, а также с высказыванием Longmore LJ по делу *C v D* [2007] EWCA Civ 1282; [2008] Bus LR 843, para 26, что:

"соглашение об арбитраже обычно имеет более тесную и реальную связь с местом, которое стороны выбрали как место арбитража, чем с местом действия права основного договора в случаях, когда стороны сознательно выбрали арбитраж в одном месте по спорам, возникшим в рамках договора, регулируемого правом другого места".

122. Мы не считаем, что важность связи между правом, регулирующим арбитражное соглашение, и правом места арбитража подрывается тем фактом, что некоторые национальные законы, такие как Закон об арбитраже 1996 года в Англии и Уэльсе, предоставляют сторонам широкую свободу действий путем выбора иного применимого права к арбитражному соглашению или арбитражной процедуры (см. раздел 4(5) Закона 1996 года, рассмотренный ранее), либо соглашаясь на применение институциональных правил, разработанных арбитражным органом, таким как ICC (см. раздел 4(3) Закона 1996 года). Степень автономии воли сторон в этих вопросах сама по себе является вопросом права страны места арбитража. Более того, любое национальное законодательство, скорее всего, будет включать в себя сверхимперативные положения, описанные в разделе 1(b) Закона 1996 года как "такие гарантии, которые необходимы для защиты общественных интересов", которые имеют силу независимо от любого соглашения сторон об обратном. Как отмечалось ранее, в Законе 1996 г. к ним относятся разделы 66-68, которые регулируют любое оспаривание арбитражного решения, вынесенного в Англии, включая оспаривание юрисдикции арбитров на основании того, что арбитражное соглашение является недействительным или неисполнимым либо не охватывает спор, переданный в арбитраж. Такие положения сами по себе устанавливают тесную связь между правом, определяющим действительность и сферу применения арбитражного соглашения, и правом места проведения арбитража.

*(ii) Соответствие международному праву и законодательной политике*

123. Вторая, на наш взгляд, убедительная причина, по которой арбитражное соглашение при отсутствии выбора регулируется правом места проведения арбитража, заключается в том, что такое правило соответствует международному праву, закрепленному в Нью-Йоркской конвенции 1958 года и других международных документах, а также национальному праву, обеспечивающему действие Нью-Йоркской конвенции в Англии и Уэльсе.

124. Нью-Йоркская конвенция, участником которой Великобритания стала в 1975 году и которую в настоящее время подписали более 160 государств, была названа "единственным наиболее важным столпом, на котором держится здание международного арбитража", и "возможно, ... наиболее эффективным примером международного законодательства во всей истории коммерческого права": см. Redfern and Hunter: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 6th ed (2015), para 2.11, цитируя Wetter, "The present status of the International Court of Arbitration of the ICC: An appraisal" (1990) 1 *Am Rev Intl Arb* 91, p 93, и Mustill, "Arbitration: History and background" (1989) 6 *J Intl Arb* 43, p 49. Основной целью Конвенции было создание единого унифицированного комплекса международно-правовых стандартов для признания и приведения в исполнение арбитражных соглашений и арбитражных решений. О ее успехе свидетельствует тот факт, что, согласно Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed (2014), p. 113, Нью-Йоркская Конвенция была имплементирована посредством национального законодательства практически во всех государствах-участниках.

125. В статье V(1)(a) Конвенции, среди ограниченных обстоятельств, при которых может быть отказано в признании или приведении в исполнение судами государства-участника Конвенции арбитражного решения, вынесенного в другом государстве-участнике Конвенции, указано доказательство того, что арбитражное соглашение "недействительно по праву, которому стороны подчинили его, или, при отсутствии какого-либо указания на это, по праву страны, где было вынесено арбитражное решение". Как указано в Dicey, Morris & Collins on *The Conflict of Laws*, 15th ed (2012), para 16-014:

"В свете повсеместного распространения Нью-Йоркской конвенции в современную эпоху эта норма, хотя и не является коллизионной нормой общего применения, тем не менее содержит убедительное указание на способ выбора применимого права..."

126. Статья V(1)(a), введенная в английское законодательство разделом 103(2)(b) Закона об арбитраже 1996 г., имеет две части, которые предполагается рассматривать как единые международные коллизионные нормы: см. дело *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co v Ministry of Religious Affairs of the Government of Pakistan* [2008] EWHC 1901 (Comm); [2009] 1 *All ER (Comm)* 505, para 78 (Aikens J); и [2010] UKSC 46; [2011] 1 *AC* 763, para 123 (Lord Collins). Первое основное правило заключается в том, что действительность арбитражного соглашения регулируется "правом, которому

стороны его подчинили", т.е. правом, выбранным сторонами. Второе правило, применяемое по умолчанию, если стороны не указали применимое право, гласит, что применимым правом является право "страны, в которой было вынесено арбитражное решение". Если стороны выбрали место арбитража, то правом места арбитража будет считаться право, применимым к арбитражному соглашению. В английском праве это прямо предусмотрено разделом 100(2)(b) Закона 1996 года.

127. Среди комментаторов существуют разногласия по поводу того, применяется ли первая часть статьи V(1)(a) только в случае явно выраженного выбора права, регулирующего арбитражное соглашение, или же она также охватывает косвенный выбор применимого права - например, выбор права, регулирующего договор в целом: сравните *van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958* (1981), p. 293 и *Born, International Commercial Arbitration*, 2nd ed (2014), pp. 564-565. Мы считаем, что вторая точка зрения является более правильной. Как уже говорилось ранее, выбор права для арбитражного соглашения может быть явно выражен путем указания на применимое право к договору, частью которого оно является, и выбор, переданный косвенно, является таким же выбором сторон, который необходимо уважать в соответствии с принципом автономии сторон, как и выбор, указанный прямо. Кроме того, более широкое толкование подтверждается формулировкой статьи V(1)(a) Конвенции, которая применяет правило по умолчанию только при отсутствии "любого указания" на право, которому стороны подчинили арбитражное соглашение.

128. Если в суде государства-участника Конвенции возбуждается дело по вопросу, охватываемому арбитражным соглашением, к которому применяется Нью-Йоркская конвенция, статья II(3) Конвенции требует, чтобы суд по просьбе одной из сторон передал его на рассмотрение арбитража, если только соглашение "не является ничтожным, недействительным или неисполнимым". Сама статья II Конвенции не содержит правил определения права, по которому должна определяться действительность арбитражного соглашения. Однако существует убедительный и широко распространенный аргумент в пользу того, что Конвенция должна толковаться таким образом, чтобы применять в отношении статьи II(3) те же коллизионные нормы, которые предусмотрены статьей V(1)(a) для стадии исполнения арбитражного решения. Так, профессор ван ден Берг, один из ведущих специалистов по Нью-Йоркской Конвенции, пишет следующее:

"Системное толкование Конвенции в принципе допускает применение по аналогии коллизионных норм статьи V(1)(a) к исполнению арбитражного соглашения. Представляется непоследовательным в момент исполнения арбитражного решения применять единообразные коллизионные нормы Конвенции, а в момент исполнения арбитражного соглашения - возможно, иные коллизионные нормы суда. Это может привести к нежелательной ситуации, когда одно и то же арбитражное соглашение будет считаться регулируемым двумя разными законами: одним, определяемым в соответствии с коллизионными нормами суда на момент исполнения арбитражного соглашения, и другим, определяемым в соответствии со статьей V(1)(a) на момент исполнения арбитражного решения".

*van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 (1981), p. 126-7; а также см. Born, International Commercial Arbitration, 2nd ed (2014), pp. 494, 495-499; Lew & Mistelis, Comparative International Commercial Arbitration (2003), para. 6-55; Schramm, Geisinger & Pinsolle, "Article II" in Kronke, Nacimiento et al (eds), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention (2010), p. 55.*

129. Этот подход поддерживается и другими международными документами. Европейская конвенция о международном коммерческом арбитраже 1961 года принимает коллизионные нормы, изложенные в статье V(1)(a) Нью-Йоркской конвенции, а в статье VI(2) Европейской конвенции предусмотрено применение этих правил на любой стадии, когда суд государства-участника должен вынести решение о наличии или действительности арбитражного соглашения – иными словами, независимо от того, возникает ли этот вопрос до или после арбитражного разбирательства.

130. Статья 36 Типового закона, принятого Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) 21 июня 1985 г., аналогична статье V Нью-Йоркской конвенции в части перечня оснований (изложенных в статье 36), по которым может быть отказано в признании или приведении в исполнение арбитражного решения. В статье 34 Типового закона это положение развито еще больше: оспаривание арбитражного решения ограничивается подачей заявления в государстве, в котором оно было вынесено, а основания, по которым арбитражное решение может быть отменено, сводятся к тем, по которым может быть отказано в признании или приведении в исполнение иностранного арбитражного решения.

131. Основной причиной исключения арбитражных соглашений из Регламента Рим I было то, что такие соглашения уже широко регулируются международными конвенциями: см. *McParland, The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations (2015), paras 7-126–7-127*. Соответственно, данное исключение можно рассматривать как признание того факта, что арбитражные соглашения уже подпадают под действие международных унифицированных коллизионных норм, вытекающих, в частности, из Нью-Йоркской конвенции 1958 года и Европейской конвенции 1961 года.

132. Хотя Великобритания не подписала Европейскую конвенцию 1961 года и не приняла во всех отношениях Типовой закон ЮНСИТРАЛ, нормы, изложенные в статье V Нью-Йоркской конвенции (и статье 36 Типового закона), касающиеся признания или приведения в исполнение арбитражных решений, были непосредственно включены в английское законодательство разделом 103 Закона 1996 года. Так, в соответствии с разделом 103(2)(b) основания, по которым может быть отказано в признании или приведении в исполнение арбитражного решения, вынесенного в другом государстве-участнике Конвенции, включают доказательство того, что:

"арбитражное соглашение не было действительным по закону, которому стороны подчинили его, или, при отсутствии каких-либо указаний на это, по закону страны, где было вынесено решение".

133. Несмотря на то, что данное положение непосредственно применяется только при рассмотрении дел о приведении в исполнение арбитражного решения, вынесенного в другом государстве-участнике Конвенции, было бы нелогично применять различные коллизионные нормы для определения того, какое право регулирует действительность арбитражного соглашения, если арбитраж проводится в Англии (и, соответственно, арбитражное решение рассматривается как вынесенное в Англии). Таким образом, в случаях, когда стороны не выбрали право арбитражного соглашения, а выбрали место арбитража, было бы нелогично, если бы английские суды рассматривали действительность арбитражного соглашения как регулируемое правом места арбитража, если стороны выбрали иностранное место арбитража, но правом основного договора, если они выбрали место арбитража в Англии. Такой подход был бы еще более непоследовательным, если в случае возбуждения в другом государстве-участнике Конвенции дела о принудительном исполнении арбитражного решения, вынесенного в Англии, иностранный суд применил бы право места арбитража (а не право основного договора, если оно отличается) для определения действительности арбитражного решения, как того требует статья V(1)(a) Конвенции.

134. Как отмечает профессор ван ден Берг в статье, приведенной в п. 130 выше, было бы нелогично, если бы законодательство, регулирующее действительность арбитражного соглашения, различалось в зависимости от того, ставится ли вопрос о действительности до или после вынесения арбитражного решения. Для обеспечения последовательности и согласованности в законодательстве для ответа на вопрос в любом случае должен применяться один и тот же закон. И в этом случае несогласованность, которая возникнет, если английское общее право примет коллизионную норму, отличную от унифицированной нормы Нью-Йоркской конвенции, усугубится, если рассматривать вопрос в международной перспективе. Как заметил один из комментаторов:

«Справедливости ради следует отметить, что сегодня коллизийная норма, содержащаяся в статье V(1)(a) Нью-Йоркской конвенции... превратилась в действительно транснациональную коллизийную норму для определения права, регулирующего действительность арбитражного соглашения. Эта норма была применена в многочисленных международных арбитражных решениях, ей отдается предпочтение в международной арбитражной доктрине и она признается национальными судами».

См. Berger, "Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law - Consensus or Confusion?", в *Van den Berg (ed), (2006) ICCA Congress Series Vol 13*, 301, pp. 316-317. Нежелательно, чтобы при возникновении вопроса об исполнимости одного и того же арбитражного соглашения в разных национальных судах для определения применимого права применялись разные коллизийные нормы. Этот аспект хорошо описан Гэри Борном в своей работе "*International Commercial Arbitration*", 2nd ed (2014), p. 498:

"Международный арбитражный процесс стремится к максимально единообразному подходу национальных судов, рассматривающих споры о действительности конкретного международного арбитражного соглашения. Отсутствие единообразия в этом вопросе приведет к тому, что одни суды будут направлять стороны в арбитраж, а другие – отказывать им в этом на основании одного и того же арбитражного соглашения, что не имеет смысла и приводит к ненужным судебным разбирательствам и неопределенности. Напротив, насколько это возможно, гораздо более желательно, чтобы все национальные суды приходили к одному и тому же выводу относительно действительности (или недействительности) того или иного арбитражного соглашения".

Точно такие же моменты касаются и подхода национальных судов к определению объема международного арбитражного соглашения.

135. Как и в случае с вопросами действительности, вопросы о том, попадает ли спор в пределы арбитражного соглашения, могут возникнуть на любом этапе, начиная с момента, когда сторона желает передать спор в арбитраж, и заканчивая этапом обращения за принудительным исполнением арбитражного решения. Статья V(1)(c) Нью-Йоркской конвенции предусматривает, что в признании и приведении в исполнение может быть отказано, если "арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре...". Статья 103(2)(d) Закона 1996 года содержит практически идентичное положение, как и статья 36(i)(a)(iii) Типового закона ЮНСИТРАЛ и статья IX(1)(c) Европейской конвенции.



136. Общий подход к коллизионным нормам, принятый как общим правом, так и Регламентом Рим I, заключается в том, что действительность и предмет договора (а также другие вопросы, такие как последствия нарушения и способы прекращения обязательств) регулируются одним и тем же применимым правом. Это вполне логично, не в последнюю очередь потому, что граница между вопросами действительности и предметом договора не всегда очевидна. Таким образом, к вопросам о сфере применения или толковании арбитражного соглашения, а также к спорам о его действительности логично применять право, определенное коллизионными нормами, предусмотренными статьей V(1)(a) Нью-Йоркской конвенции и статьей 103(2)(b) Закона 1996 года.

137. Это также согласуется с подходом American Law Institute, изложенным в окончательном проекте Третьего свода законов США о коммерческом и инвестиционном арбитраже (24 апреля 2019 г.). В разделе 2.14 проекта Третьего свода законов США рекомендуется правило, согласно которому суд должен определять, является ли международное арбитражное соглашение недействительным, в соответствии с: (1) правом, которому стороны подчинили арбитражное соглашение; или (2) при отсутствии такого выбора права – правом места арбитража. Такой подход соответствует статье V(1)(a) Нью-Йоркской конвенции. Комментарий к разделу о применимом праве поясняет:

"В целом данный раздел говорит в пользу обеспечения симметрии между стандартами определения действительности арбитражного соглашения, используемыми до вынесения решения состава арбитража и после. В принципе, нет причин, по которым суд должен по-разному отвечать на этот вопрос в зависимости от стадии разбирательства, поскольку это приводит к ненужной неопределенности и затрудняет анализ вопроса".

138. В разделе 2.15 проекта Третьего свода законов США утверждается аналогичное правило для целей определения того, входит ли тот или иной вопрос в сферу действия арбитражного соглашения, и утверждается, что право, применимое к определению объема арбитражного соглашения, должно быть таким же, что и право, применимое к определению действительности такого соглашения.

139. Соответственно, какими бы достоинствами ни обладала коллизионная норма, рассматривающая право основного договора как применимое к арбитражному соглашению право в отсутствие выбора сторон, при разработке системы права с нуля, мы считаем, что было бы неправильно, если бы английское общее право приняло норму, не соответствующую ни законодательной политике Закона 1996 г., ни основополагающим единообразным правилам, установленным Нью-Йоркской конвенцией. Суд должен применять одни и те же коллизионные нормы для определения применимого права независимо от того, является ли место проведения арбитража национальным или иностранным, и независимо от того, на какой стадии возникает вопрос о действительности или сфере действия арбитражного соглашения.

Внутренняя согласованность английского права, а также его гармонизация с международным правом и практикой достигается тем, что во всех случаях при отсутствии выбора сторон, применимым правом считается право места проведения арбитража.

*(iii) Реализация коммерческой цели*

140. Третья причина применения закона места проведения арбитража по умолчанию заключается в том, что он, скорее всего, оправдает разумные ожидания сторон, которые решили разрешить свои споры путем арбитража в определенном месте, но не определили право для своего договора. Это особенно актуально в тех случаях, когда, как это часто бывает в договорах, заключенных между сторонами из различных стран, место проведения международного арбитража было выбрано в качестве нейтрального форума, с которым ни одна из сторон не связана. В таких обстоятельствах, если бы от сторон при заключении договора требовалось сделать общий выбор права, применимого к арбитражному соглашению, то маловероятно, что они согласились бы на одну из своих национальных систем права, и гораздо более вероятно, что они остановились бы на праве места, которое они выбрали в качестве места проведения арбитража. Это не только обеспечивает нейтралитет при выборе права, но и определяет действительность арбитражного решения – в странах, применяющих Типовой закон или являющихся участниками Нью-Йоркской конвенции, – в случае подачи заявления об отмене арбитражного решения или возражения против приведения его в исполнение в государстве происхождения другой стороны.

141. Можно ожидать, что страны, часто выбираемые в качестве нейтральных мест арбитража, также имеют правовые режимы, способствующие арбитражу и направленные на реализацию намерений сторон, не желающих рассматривать свои споры в государственном суде. Так обстоит дело со всеми наиболее предпочтительными местами проведения международного арбитража, которыми, согласно исследованию международного арбитража 2018 года, проведенному Школой международного арбитража при Queen Mary University of London, являются Лондон, Париж, Сингапур, Гонконг и Женева. Как уже говорилось ранее, разумно предположить, что стороны, решившие разрешить свои споры в международном арбитраже, хотят получить арбитражное решение, которое разрешает все (а не только некоторые) споры путем вынесения решения, имеющего обязательную силу для сторон и обладающего иммунитетом от различных посягательств, особенно в стране происхождения одной из сторон. По общему правилу, применение права места арбитража, избранного сторонами, направлено на достижение этой цели.

*(iv) Правовая определенность*

142. Наконец, в интересах правовой определенности целесообразно установить ясное правило, которое будет применяться по умолчанию. Применение общего правила, согласно которому при отсутствии выбора арбитражное соглашение

регулируется правом места проведения арбитража (если место проведения арбитража определено), позволяет сторонам легко и без особых споров определить, какое право будет применяться судом по умолчанию. Преимущества определенности еще более возрастают, если применяется одно и то же право независимо от страны, в которой ведется разбирательство, и от того, поднимается ли вопрос о действительности или сфере действия арбитражного соглашения до или после вынесения арбитражного решения. Определенность не может быть достаточным основанием для установления единообразной нормы, если такая норма препятствует свободному выбору сторон. Однако в данном случае риск такого вмешательства отсутствует, поскольку мы имеем дело с ситуацией, когда стороны не воспользовались своей свободой выбора права, применимого к арбитражному соглашению, и суд должен сделать этот выбор за них. Желательно, чтобы стороны могли с уверенностью знать, какое право будет применено судом в данной ситуации. Если их не устраивает вариант по умолчанию, они всегда могут выбрать ту систему права, которая им больше нравится.

*(v) Заключение о правиле, применяемом по умолчанию*

143. Компания Chubb Russia не оспаривала утверждение о том, что правом, наиболее тесно связанным с арбитражным соглашением, которое в отсутствие выбора будет применяться по умолчанию, как правило, является право места арбитража. Более того, ведущий представитель Chubb Russia в ходе устного спора высказал предположение о том, что надлежащим правилом по умолчанию было бы то, что арбитражное соглашение регулируется правом места арбитража. Он отметил, что такое правило будет иметь преимущества в плане определенности и соответствия статье V(1)(a) Нью-Йоркской конвенции. Позднее представитель отказался от этого предложения, и при вынесении своего заключения по данному вопросу мы не стали полагаться на то, что оно было сделано. Однако, на наш взгляд, это было довольно реалистичное признание того, что в пользу признания такого общего правила говорит подавляющее большинство.

144. Необходимость исключения из правила, применяемого по умолчанию, можно доказать, когда арбитражное соглашение будет недействительным по праву места арбитража, но при этом действительным по праву, регулирующему остальную часть договора: см. например, *Merkin & Flannery on The Arbitration Act 1996*, 6th ed (2019), para 46.10.5 и *Born, International Commercial Arbitration*, 2nd ed (2014), pp 542-549; противоположное мнение см. в Glick and Venkatesan, "Choosing the Law Governing the Arbitration" Agreement" в *Kaplan and Moser (eds), Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles* (2018), Chapter 9, pp. 148-149. Поскольку в данном деле такой вопрос не возникает, нет необходимости решать, следует ли признавать такое исключение. Даже если такого исключения не будет, в случае, когда правом места арбитража является английское право, арбитражное соглашение будет недействительным только в ограниченных обстоятельствах и при наличии веских причин. Если право места арбитража не

английское, то решение, вынесенное на основании арбитражного соглашения, недействительного по такому праву, в любом случае подлежит отмене судами места арбитража, чьему решению обычно следуют английские суды: см. обсуждение Lord Mance in “Arbitration - a law unto itself?” (2016) 32 Arbitration International 223. Также возможны случаи, когда место арбитража не определено, и в этом случае целесообразно применить право, применимое к остальной части договора. Однако, несмотря на такие исключительные случаи, мы считаем, что по умолчанию будет применяться право места арбитража.

#### **IX Право, применимое к арбитражному соглашению в статье 50.1**

145. Применяя рассмотренные выше принципы к данному делу, можно сделать вывод, что стороны не выбрали право, применимое к арбитражному соглашению, которое находится в статье 50.1 Договора строительного подряда. Однако компания Chubb Russia утверждает, что стороны выбрали российское право для регулирования всего договора в целом, включая арбитражное соглашение. Компания Enka оспаривает это. Enka признает, что основная часть договора подряда регулируется российским правом, но утверждает, что это происходит только в силу тесной связи между договором подряда и российским правом, а не в результате выбора сторон.

##### *(i) Отсутствие выбора применимого права*

146. Прежде всего, необходимо отметить, что договор строительного подряда не содержит оговорки о выборе применимого права. Среди почти 100 страниц основного текста и еще 400 страниц приложений нет ни одного положения, которое бы гласило, что договор регулируется или толкуется в соответствии с определенным национальным правом. В подробном и профессионально составленном коммерческом контракте, заключенном между крупными организациями, находящимися в разных странах, такое положение является вполне стандартным и почти всегда включается вместе с положением о порядке разрешения споров. Трудно представить, что отсутствие такой оговорки в данном случае – несмотря на включение подробного положения о порядке разрешения споров – было случайным. Мы согласны с представителем компании Enka в том, что очевидным объяснением ее отсутствия является тот факт, что стороны не смогли договориться о выборе применимого права.

147. Chubb Russia утверждает, что вывод о том, что стороны выбрали российское право в качестве применимого, все же может быть сделан на основании использования в договоре строительного подряда термина "Применимое Право", который необходимо толковать вместе с его определением в Приложении 17, данном как:

"Право Российской Федерации, включая законодательство Российской Федерации, все нормативные правовые акты федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, законодательство субъектов Российской Федерации, нормативные правовые акты органов местного самоуправления и любые другие применимые нормативные правовые акты".

В тексте договора имеются многочисленные ссылки на "Применимое Право", а также другие ссылки на закон или законы Российской Федерации. Представитель Chubb Russia заявил, что в целом формулировки договора строительного подряда дают понять, что стороны заключали договор на основе российского права и выбрали российское право в качестве права, применимого к договору.

148. Однако если бы стороны решили, что договор строительного подряда должен регулироваться "Применимым Правом", как оно определено в Приложении 17, то это было бы несложно явно указать. Однако, как уже отмечалось, в договоре нет пункта, который бы это указывал. Напротив, термин "Применимое Право" используется в конкретных положениях контракта, которые налагают на подрядчика обязательства по соблюдению законов и правил, действующих в стране, где должны были проводиться строительные работы. Как отметил Апелляционный суд (п. 107), определение такого применимого права или законов и наложение обязательства по их соблюдению отдельно от любого выбора права, применимого к вопросам действительности и толкования прав и обязанностей сторон по договору, является обычным приемом в международных строительных контрактах.

149. В качестве подтверждения такой практики Апелляционный суд сослался на ведущий текст по широко используемым стандартным формам международного договора строительного подряда, изданный Международной федерацией инженеров-консультантов ("FIDIC"): см. *Baker Mellors Chalmers and Lavers on FIDIC Contracts: Law and Practice*, 5th ed (2009), paras 2.126, 2.140 and 2.145. Представитель Chubb Russia отметил, что контракт в данном случае не был заключен на стандартном бланке FIDIC и, в отличие от контрактов, заключенных на бланках FIDIC, не содержит оговорки о применимом праве. Он отметил, что при составлении контрактов FIDIC используется метод выбора применимого права, а затем прямого применения другого права (обычно местного) к определенным положениям таким образом, чтобы подрядчик был обязан соблюдать это местное право. В данном случае этого сделано не было, поскольку единственным указанным законом было "Применимое Право".

150. Однако техника составления, на которую сослался Апелляционный суд, не является характерной для стандартных форм FIDIC. Авторитетные источники, на которые сослался представитель компании Enka, подтверждают, что другие стандартные формы международных договоров строительного подряда также обычно включают положения, требующие от подрядчика соблюдения применимого законодательства или законодательства страны, в которой выполняются работы: см.

*Huse, Understanding and Negotiating Turnkey and EPC Contracts*, 4th ed (2020), paras 4-110 - 4-112; *Bailey, Construction Law*, 2nd ed (2016), para 18.11. Очевидно, что цель таких положений – защитить работодателя от риска возникновения ответственности в результате несоблюдения подрядчиком местных законов, регулирующих строительные нормы и правила, законы об охране труда и окружающей среды, налоговое законодательство и другие применимые нормативно-правовые требования. На целесообразность включения положений, регулирующих эти вопросы, не влияет наличие или отсутствие в договоре оговорки о применимом праве.

151. Из этого не следует, что действительность и толкование договорного обязательства, требующего соблюдения законов определенной страны, должны определяться путем применения договорного права этой страны. Это подчеркивается тем, что, по мнению самой компании Chubb Russia, право, выбранное для регулирования контракта, заключенного по стандартной форме FIDIC (или, добавим, других форм международных строительных контрактов), может отличаться и часто отличается от "применимого" права, которое подрядчик должен соблюдать при исполнении контракта. В любом случае договорные обязательства Епка не ограничивались соблюдением "Применимого Права". Статья 4.1 договора строительного подряда гласит:

"Подрядчик должен обеспечить выполнение Работ в соответствии с:

a) Требованиями настоящего Соглашения (включая ссылки на неимперативные нормы Применимого Права, но в той мере, в какой положения Соглашения не противоречат императивным нормам Применимого Права);

b) Применимым Правом (включая Обязательные Технические Правила, являющиеся частью такого Применимого Права);

c) Подразумеваемым Соглашением о добросовестности и честной деловой практике".

Определение в Приложении 17 фразы "Подразумеваемое Соглашение о добросовестности и честной деловой практике" имплементирует стандарты, применяемые "опытными международными организациями-подрядчиками", участвующими в аналогичных проектах. Помимо таких стандартов, договор строительного подряда и приложения к нему содержат множество специфических требований к выполнению работ, которые не являются частью "Применимого Права".

152. Кроме того, существует множество прав и обязанностей, установленных договором строительного подряда, в которых нет ссылок на "применимое право" (или на законодательство Российской Федерации). В качестве примера можно привести положения, касающиеся последствий нарушения сроков выполнения работ (ст. 26),

форс-мажорных обстоятельств (ст. 31), уплаты цены по договору (ст. 33) и расторжения договора (ст. 43).

153. В этих условиях нельзя утверждать, что стороны в договоре строительного подряда прямо выбрали систему права, которая будет регулировать действительность и толкование их договорных обязательств, равно как и то, что условия договора, истолкованные в их контексте, неизбежно приводят к выводу о том, что стороны предполагали применение российского права. Напротив, из того факта, что стороны нигде в договоре не указали, какая система права должна регулировать какие-либо из их договорных обязательств (в отличие от создания обязательств по соблюдению применимого законодательства), следует очевидный вывод о том, что они не договорились (по каким-либо причинам) о выборе применимого права. Этот вывод относится как к арбитражному соглашению, так и к остальной части договора.

*(ii) Тесная связь*

154. В отсутствие какого-либо выбора права, которое должно регулировать арбитражное соглашение, необходимо прибегнуть к правилу, применяемому по умолчанию и определить право, с которым арбитражное соглашение наиболее тесно связано. В соответствии с ранее проведенным нами анализом, таким правом обычно является право места арбитража, выбранного сторонами, которым в данном случае является Лондон.

155. Как уже отмечалось, Chubb Russia не стали активно возражать против такого вывода при необходимости определить право, с которым арбитражное соглашение наиболее тесно связано. Довод Chubb Russia был сделан исключительно на том основании, что стороны выбрали российское право в качестве права, применимого к договору, включая арбитражное соглашение. Не было выдвинуто никаких альтернативных аргументов в пользу того, что если первоначальный аргумент неверен, то российское право, тем не менее, применяется как право, наиболее тесно связанное с арбитражным соглашением.

156. Однако компания Chubb Russia выдвинула аргумент, касающийся правильного толкования отдельных условий договора строительного подряда, который, тем не менее, имеет значение для рассмотрения спора. Этот аргумент заключается в том, что соглашение о рассмотрении споров в арбитраже включено в статью 50 договора, посвященную разрешению споров, которая содержит другие обязательства в дополнение к обязательству об арбитражном разбирательстве и которая, по выражению г-на Bailey QC, "зарыта глубоко внутри" договора и неразрывно связана с другими его положениями. Утверждается, что при таких обстоятельствах стороны должны были предполагать, что все обязательства, предусмотренные статьей 50, включая арбитражное соглашение, будут регулироваться той же системой права, что и все остальные положения договора. Для целей данного аргумента необходимо

определить право, применимое к основной части договора строительного подряда. Как уже говорилось ранее, для этого суд должен применить Регламент Рим I.

*(iii) Право, применимое к основному договору*

157. Хотя было бы ошибкой толковать Регламент Рим I через призму общего права, не представляется существенной разницы (за исключением, возможно, вопроса о допустимости использования последующего поведения для толкования договора) между подходом общего права к определению наличия прямого или подразумеваемого выбора применимого права и подходом, которого следует придерживаться при решении вопроса о том, был ли выбор сделан прямо или "явно продемонстрирован" для целей статьи 3 Регламента Рим I. Так, в деле *Lawlor v Sandvik Mining and Construction Mobile Crushers and Screens Ltd* [2013] EWCA Civ 365; [2013] 2 Lloyd's Rep 98, para 33, Апелляционный суд постановил, что критерий "явно продемонстрированного" выбора является объективным и эквивалентен сформулированному лордом Diplock критерию общего права, требующему, чтобы суд убедился, что из обстоятельств можно сделать единственный разумный вывод о том, что намерение сторон состояло в том, чтобы к их отношениям применялось определенное право.

158. По причинам, уже изложенным при рассмотрении позиции по общему праву, в данном случае стороны не сделали явного выбора права, применимого к договору строительного подряда, и, как нам кажется, обоснованно не договорились о выборе применимого права. Таким образом, правовое регулирование должно определяться путем применения статьи 4 Регламента Рим I.

159. По договору строительного подряда компания Enka выполняла работы по монтажу котла и вспомогательного оборудования, а оборудование и материалы (за исключением расходных материалов) поставлял "Энергопроект" как заказчик. Таким образом, договор, по крайней мере, в основном, являлся договором на оказание услуг компанией Enka. Статья 4(1)(b) Регламента Рим I устанавливает *prima facie* правило, согласно которому в той мере, в какой применимое к договору оказания услуг право не было выбрано в соответствии со статьей 3, договор на оказание услуг регулируется правом страны, в которой поставщик услуг "имеет свое обычное место жительства". Данная норма указывает на право Турции как на право страны, в которой у подрядчика, компании Enka, находятся органы центрального управления и, следовательно, ее обычное место жительства (см. статью 19(1)). Тем не менее, другая сторона контракта, компания "Энергопроект", являлась российской компанией, как и "конечный заказчик", компания Unipro. Договор заключался на выполнение строительных работ на территории России и требовал соблюдения российских законов и правил. Контракт был составлен на русском языке (как преобладающая по силе версия); уведомления по нему также должны были быть составлены на русском и английском языках, но с приоритетом русской версии, и при отправке подрядчику должны были направляться в его московский офис. Стоимость работ, хотя и исчислялась в долларах США, должна



была быть оплачена в рублях на счет в российском банке. Тот факт, что оговорка о разрешении споров предусматривает арбитраж в Лондоне, не является доказательством тесной связи, указывающей на то, что договорные обязательства сторон должны регулироваться английским правом. Из всех обстоятельств дела следует, что основная часть договора строительного подряда явно более тесно связана с Россией, чем с какой-либо другой страной. Поэтому в соответствии со статьей 4(3) Регламента Рим I договор регулируется российским правом.

*(iv) Оговорка о разрешении споров*

160. Довод Chubb Russia о том, что арбитражное соглашение не может быть обоснованно отделено от остальной части договора с точки зрения его применимого права, имеет два аспекта. Первый заключается в том, что статья 50.1, в которой содержится арбитражное соглашение, целиком должна регулироваться одним правом. Второй заключается в том, что не имеет смысла, чтобы это право отличалось от права, применимого к остальной части договора строительного подряда.

161. Статья 50.1 устанавливает ряд формальных процедур, которые стороны договорились использовать для разрешения любого спора, причем арбитраж является последним этапом разрешения спора. Таким образом, при возникновении "Спора", как он определен в первом предложении статьи 50.1, стороны, прежде всего, обязаны "добросовестно приложить все разумные усилия" для его разрешения путем переговоров. Если Спор не будет разрешен в течение десяти дней после того, как одна из сторон направит противоположной стороне "Уведомление" (термин, определенный в статье 51.2 договора), содержащее указание на Спор, то любая из сторон может направить письменное уведомление с просьбой передать его на рассмотрение высшего руководства сторон. Только если в течение последующих 20 календарных дней вопрос не будет решен, возникает обязанность передать Спор на рассмотрение международного арбитража.

162. Компания Enka согласна с тем, что статья 50.1 может быть обоснованно истолкована только как целиком регулируемая одной системой права, поскольку она явно направлена на установление единого поэтапного процесса разрешения споров, и не имело бы смысла определять значение и объем "Спора", как он определен в предыдущей части оговорки, путем применения другой системы права, чем право, регулирующее действительность и объем арбитражного соглашения. Однако, по мнению компании Enka, из определения английского права как права, которое (по мнению Enka) регулирует арбитражное соглашение, следует, что английское право применяется ко всей статье 50.1. К такому выводу, по мнению Enka, следует прийти либо путем применения норм общего права ко всей статье 50.1 на основании того, что вся эта оговорка представляет собой "арбитражное соглашение" по смыслу статьи 1(2)(e) Регламента Рим I, либо путем применения принципа *dépeçage* и рассмотрения статьи 50.1 как отделимой части договора для целей Регламента Рим I.

163. Г-н Bailey QC, представлявший интересы Chubb Russia, обратил внимание на связь между статьей 50.1 и другими частями договора: в частности, на использование терминов с заглавной буквы, таких как "Уведомление", которые определены в другом месте. Он также указал на то, что ст. 42.2 договора содержит положение о передаче споров, возникающих в связи со сменой контроля, в арбитраж в соответствии со статьей 50. Он заявил, что оговорка о разрешении споров не изолирована от остальной части договора, а неразрывно связана с ним, и это убедительно свидетельствует о том, что арбитражное соглашение и другие обязательства, содержащиеся в договоре, должны регулироваться одной и той же системой права.

164. Это утверждение может быть сформулировано на основе подразумеваемого выбора применимого права или на основе теста об определении тесной связи. Что касается первого варианта, то, несомненно, стороны могут в принципе договориться о том, что весь их договор, включая входящее в него арбитражное соглашение, должен регулироваться единой системой права, даже если они не договорились о том, каким должно быть это право. Однако такое соглашение не кажется нам изначально вероятным для договаривающихся сторон. Для установления такого соглашения необходимо более четкое подтверждение намерений сторон, чем просто тот факт, что арбитражное соглашение является частью более широкой оговорки о разрешении споров, которая упоминается в другом месте и использует термины, определенные в других частях договора.

167. Что касается тесной связи, то мы согласны с обеими сторонами в том, что статья 50.1 имеет смысл только как единое целое, регулируемое одной системой права. Однако мы не считаем связи, на которые обратила внимание компания Chubb Russia, между статьей 50.1 и остальной частью договора особенно сильными или достаточными для того, чтобы требовать применения одного и того же права в условиях, когда выбор права сторонами не был сделан. В принципе, нет никаких трудностей в том, чтобы использовать в рамках договора или пункта договора, регулируемого определенной системой права, термин, определенный в другой части договора или в отдельном документе, регулируемом другой системой права. В этом случае термин будет иметь свое определенное значение по соглашению сторон. Ссылка в статье 50.1 на "Уведомление" вполне может действовать подобным образом. Аналогичным образом, перекрестная ссылка в статье 42.2 договора строительного подряда на оговорку о разрешении споров не требует, чтобы оба пункта регулировались одной и той же системой права.

168. В последнее время все чаще коммерческие стороны включают в свои договоры положения, требующие, чтобы до передачи спора в арбитраж были исчерпаны другие формы разрешения спора, такие как добросовестные переговоры или медиация. Нам трудно понять, как конструирование оговорок о разрешении споров именно таким образом может оправдать применение иного права для определения действительности или объема арбитражного соглашения. Все указанные нами причины,

по которым, по общему правилу, правом, применимым к арбитражному соглашению при отсутствии выбора сторон, является закон места арбитража, в равной степени и с одинаковой силой применимы как в случае, когда арбитражное соглашение содержится в более широкой оговорке о разрешении споров (или в комплексной совокупности оговорок), так и в случае, когда оно является самостоятельным. Мы не думаем, что разумные коммерческие стороны будут ожидать, что право, применяемое для определения действительности и сферы действия их арбитражного соглашения, будет зависеть от того, какая форма процедуры разрешения спора выбрана. Скорее, разумно ожидать, что в случае выбора многоуровневой процедуры право, определяющее действительность и объем арбитражного соглашения, будет определять действительность и объем всего соглашения о разрешении споров.

169. Тот факт, что потенциально в вопросе участвуют два коллизионных режима, усложняет анализ, но не дает оснований для изменения результата. Если, как в данном случае, обязательство по передаче споров в арбитраж включено в единое соглашение об урегулировании споров, которое предусматривает иные действия, которые должны быть предприняты до возникновения обязательства по передаче спора в арбитраж, мы считаем обоснованным рассматривать все соглашение об урегулировании споров как "арбитражное соглашение" для целей статьи 1(2)(e) Регламента Рим I. Исходя из этого, применяя коллизионные нормы общего права, статья 50.1 договора строительного подряда регулируется английским правом.

#### **X Выводы по применимому праву**

170. Представляется целесообразным кратко изложить принципы, которыми, по нашему мнению, руководствуются при определении права, применимого к арбитражному соглашению в делах подобного рода:

i) Если договор содержит соглашение о разрешении возникающих из него споров путем арбитража, то право, применимое к арбитражному соглашению, может не совпадать с правом, применимым к другим частям договора, и должно определяться путем применения коллизионных норм английского общего права, а не положений Регламента Рим I.

ii) В соответствии с этими правилами правом, применимым к арбитражному соглашению, будет (а) право, выбранное сторонами для его регулирования, или (б) в отсутствие такого выбора – система права, с которой арбитражное соглашение наиболее тесно связано.

iii) Вопрос о том, согласовали ли стороны выбор права для регулирования арбитражного соглашения, решается путем толкования арбитражного соглашения и договора, в котором оно содержится в целом, с применением для такого толкования английского права как права суда.

iv) Если право, применимое к арбитражному соглашению, не указано, то к арбитражному соглашению, являющемуся частью договора, обычно применяется право, выбранное сторонами для основного договора.

v) Выбор другой страны в качестве места арбитража не является достаточным основанием для опровержения вывода о том, что в отношении арбитражного соглашения предполагалось применение того же права, что и в отношении основного договора.

vi) Дополнительными факторами, которые, однако, могут опровергнуть такой вывод и в некоторых случаях означать, что арбитражное соглашение предполагалось регулировать по праву места арбитража, являются: (а) любое положение права места арбитража, указывающее на то, что в случае, когда сам арбитраж регулируется этим правом, арбитражное соглашение также будет рассматриваться как регулируемое правом этой страны; или (б) наличие серьезного риска недействительности арбитражного соглашения вследствие применения к нему права основного договора. Любой из этих факторов может быть усилен обстоятельствами, указывающими на то, что место арбитража было сознательно выбрано в качестве нейтрального форума.

vii) При отсутствии прямого выбора права, регулирующего договор, оговорка, предусматривающая арбитраж в определенном месте, сама по себе не дает оснований полагать, что договор (или арбитражное соглашение) должен регулироваться правом этого места.

viii) При отсутствии выбора права, регулирующего арбитражное соглашение, арбитражное соглашение регулируется правом, с которым оно наиболее тесно связано. Если стороны выбрали место арбитража, то, как правило, наиболее тесно связанным с арбитражным соглашением будет право места арбитража, даже если оно отличается от права, применимого к основным договорным обязательствам сторон.

ix) Тот факт, что договор обязывает стороны попытаться разрешить спор путем добросовестных переговоров, медиации или любой другой процедуры до передачи его в арбитраж, как правило, не является основанием для отмены правила о том, что право места арбитража применяется к арбитражному соглашению по умолчанию в отсутствие выбора сторон.

171. Применяя эти принципы, мы пришли к выводу, что договор, из которого возник спор в данном случае, не содержит выбора применимого права ни к арбитражному соглашению, ни к основному договору. В этих условиях действительность и сфера применения арбитражного соглашения (и, по нашему мнению, остальной части содержащейся в нем оговорки о разрешении споров) регулируется правом выбранного места арбитража, как правом, с которым оговорка о разрешении споров наиболее тесно связана. Таким образом, мы подтверждаем – хотя и по другим причинам – вывод Апелляционного суда о том, что правом, применимым к арбитражному соглашению, является английское право.

172. Мы не сочли нужным рассматривать доводы компании Enka о том, что если бы арбитражное соглашение регулировалось правом России как места реализации строительного проекта и страны, с которой наиболее тесно связаны основные договорные обязательства сторон, то возник бы серьезный риск того, что намерение сторон окончательно разрешить свои споры в арбитраже в нейтральном форуме будет нарушено. Это оспаривалось компанией Chubb Russia, но в свете сделанного нами вывода нет необходимости решать этот вопрос.

## **XI Антиисковой запрет**

173. Если, как мы полагаем, арбитражное соглашение регулируется английским правом, то Chubb Russia не оспаривает, что Апелляционный суд был вправе по своему усмотрению принять решение о наложении антиискового запрета, и не оспаривает это решение. Оспаривание постановления Апелляционного суда основывается на предположении, что арбитражное соглашение регулируется российским правом. Chubb Russia утверждает, что при таких обстоятельствах английские суды должны были придерживаться решения российских судов о том, должен ли спор быть передан в арбитраж или может быть разрешен путем судебного разбирательства в российских судах. По мнению Chubb Russia, подход английского суда к выдаче антиисковых запретов должен различаться в зависимости от того, регулируется ли арбитражное соглашение английским или иностранным правом. Поскольку мы пришли к выводу, что арбитражное соглашение регулируется английским, а не российским правом, нет необходимости рассматривать это дополнительное основание для апелляции. Тем не менее, учитывая полноту аргументации и важность затронутых вопросов, мы кратко остановимся на нем.

174. Как уже отмечалось, выбирая место арбитража, стороны тем самым подчиняются надзорной и вспомогательной юрисдикции судов этого места проведения арбитража. Хорошо известной и признанной особенностью надзорной и вспомогательной юрисдикции английских судов является вынесение судебного запрета на нарушение стороной своих обязательств по арбитражному соглашению путем предъявления в суд исков, подпадающих под это арбитражное соглашение. Обязательство рассмотреть дело в арбитраже также является обязательством не вести судебный процесс.

175. Как пояснил лорд Hoffmann в деле *West Tankers Inc v RAS Riunione Adriatica di Sicurtà SpA (The Front Comor)* [2007] UKHL 4; [2007] 1 Lloyd's Rep 391, в пп. 20-22:

"20. Конечно, арбитраж не может быть самодостаточным. Он нуждается в поддержке судов... Различные национальные системы оказывают эту поддержку по-разному, и важным аспектом автономии сторон является право выбора применимого права и места арбитража в соответствии с тем, что, по их мнению, будет наилучшим образом отвечать их интересам.

21. Суды Соединенного Королевства уже много лет используют право запрещать иностранные судебные разбирательства, как это сделал Колман Джей в данном деле: см. дело *Pena Copper Mines Ltd v Rio Tinto Co Ltd* (1911) 105 LT 846. В целом это право рассматривается как важное и ценное оружие в руках суда, осуществляющего надзорную юрисдикцию в отношении арбитража. Оно способствует правовой определенности и снижает вероятность коллизии между арбитражным решением и решением национального суда. ... это избавляет сторону арбитражного соглашения от необходимости следить за параллельным судебным разбирательством в другой юрисдикции, балансируя между таким активным участием, которое будет равносильно признанию компетенции суда на рассмотрение спора, ... и неактивным участием, которое приведет к вынесению стандартного решения. Именно этого и хотели избежать стороны, заключая арбитражное соглашение.

22. Должны ли стороны подчиняться такому решению, выбирая эту страну в качестве места арбитража, на мой взгляд, зависит только от них самих. Суды существуют для того, чтобы служить деловому сообществу, а не наоборот. Никто не обязан выбирать Лондон. Существование права суда на запрет судебных разбирательств в нарушение арбитражного соглашения явно не ограничивает сторон коммерческих соглашений. Напротив, оно может рассматриваться как одно из преимуществ, которые дает выбранное место арбитража".

176. В том же деле лорд Мансе указал в пп. 31-32:

"31. Цель арбитража (закрепленная в большинстве современных арбитражных законодательств) заключается в том, чтобы споры разрешались на основе консенсуса вне рамок какой-либо судебной структуры, при условии ограниченного контроля со стороны судов места арбитража. Опыт работы судьей по коммерческим спорам показывает, что после возникновения спора, подпадающего под действие арбитражной оговорки, нередко лица, связанные этой оговоркой, пытаются избежать ее применения. Антиисковые запреты, налагаемые судами места арбитража, представляют собой тщательно разработанный – и, подчеркну, тщательно применяемый – инструмент, который оказался весьма эффективным средством для скорейшей реализации явно применимых арбитражных соглашений.

32. На практике лицо, имеющее право на применение арбитражной оговорки с местом арбитража в Лондоне, будет мало удовлетворено или не будет удовлетворено

вовсе, если ему сказать, что (в случае, когда обязательная арбитражная оговорка – как бы очевидно это ни было – игнорируется) единственным средством правовой защиты является участие в иностранном судебном процессе, ведущемся вопреки арбитражной оговорке. Вовлечение в иностранный судебный процесс – это именно то, во что лицо, ведущее такой судебный процесс, хочет втянуть другую сторону, но это именно то, чего последняя сторона стремилась избежать и договаривалась об этом".

177. Выдавая запрет ведения параллельного судебного процесса, английские суды стремятся поддержать и обеспечить соблюдение договорной сделки сторон, изложенной в арбитражном соглашении. В принципе не должно иметь значения, регулируется ли это соглашение английским правом или иностранным законодательством. В обоих случаях вопрос заключается в том, имело ли место нарушение арбитражного соглашения и справедливо ли и удобно ограничить это нарушение путем вынесения судебного запрета ведения параллельного судебного процесса. Детали раскрытия проблемы могут различаться, но их суть одна и та же.

178. Компания Chubb Russia утверждает, что соображения, которые следует принимать во внимание, отличаются в тех случаях, когда арбитражное соглашение регулируется иностранным законодательством. Он утверждает, что вопросы объема и нарушения арбитражного соглашения, как правило, лучше оставить на усмотрение иностранного суда, который обладает необходимым опытом в применимом иностранном праве.

179. По мнению судьи, возникают другие соображения, когда арбитражное соглашение регулируется иностранным правом в силу доктрины *forum conveniens*. Мы согласны с Апелляционным судом в том, что *forum conveniens*, который относится к юрисдикции суда, не имеет значения. Соглашаясь на арбитраж в Лондоне, стороны соглашались подчиняться надзорной и вспомогательной юрисдикции английских судов, включая их юрисдикцию по вынесению запретов ведения параллельного судебного процесса.

180. Главный аргумент компании Chubb заключается в том, что соображения вежливости, тем не менее, делают уместным обратиться в иностранный суд по своему усмотрению. Вежливость, однако, играет незначительную роль, если вообще играет какую-либо, когда испрашивается судебный запрет ведения параллельного судебного процесса на основании нарушений договорных обязательств. Как указывал Millett LJ в *Aggeliki Charis Cia Maritima SA v Pagnan SpA (The Angelic Grace)* [1995] 1 Lloyd's Rep 87, 96:

"... по моему мнению, нет веских оснований для существования неуверенности в выдаче судебного запрета на ведение параллельного иностранного судебного процесса в силу ясного и простого факта: ответчик обещал не возбуждать его.

Суды в странах... участниц... Нью-Йоркской конвенции привыкли к тому, что они могут быть обязаны отказаться от юрисдикции в конкретном деле из-за

существования... арбитражной оговорки. Я не могу согласиться с утверждением, что какой-либо суд был бы оскорблен вынесением судебного запрета, ограничивающего сторону пользоваться юрисдикцией, которой он обещал не пользоваться и от которой он обязан был отказаться.

181. Хотя дело *The Angelic Grace* касалось арбитражного соглашения, регулируемого английским законодательством, оно не имело существенного значения для доводов Апелляционного суда. Основанием для подхода суда был факт данного обещания, а не закон, которым оно регулировалось. Это соответствует обсуждаемому принципу.

182. Не имеет никакого значения и статья II(3) Нью-Йоркской конвенции. Как отмечалось ранее, в соответствии с этой статьей суд государства Конвенции обязан направить стороны в арбитраж, когда он рассматривает вопрос, который стороны согласились рассматривать в арбитраже (за исключением случаев, когда арбитражное соглашение является недействительным, недействующим или неисполнимым). Нью-Йоркская конвенция касается признания и исполнения арбитражных соглашений и решений, а не вопросов юрисдикции: *Shashoua v Sharma* [2009] EWHC 957 (Comm); [2009] 2 All ER (Comm) 477, paras 36-38. Если суд обладает юрисдикцией в соответствии со своим собственным законом, статья II(3) обязывает его осуществлять эту юрисдикцию для обеспечения исполнения арбитражных соглашений. Она не претендует на примат и не предоставляет какого-либо примата над юрисдикцией судов места арбитража.

183. Выдача судебного запрет ведения параллельного судебного процесса всегда является вопросом усмотрения. Могут возникнуть обстоятельства, при которых было бы целесообразно дождаться решения иностранного суда. Если, например, сфера применения арбитражного соглашения должна была быть определена высшим судом страны применимого права в ходе несвязанного разбирательства, то английскому суду, возможно, было бы разумно дождаться этого решения. Однако, когда проблема возникает в ходе разбирательства, возбужденного в связи с предполагаемым нарушением арбитражного соглашения, уважение к иностранному суду, как правило, должно уступить место мотивам важности соблюдения сделки сторон и удержания стороны арбитражного соглашения от совершения того, что она обещала не делать.

184. Таким образом, мы согласны с Апелляционным судом в том, что принципы, регулирующие выдачу судебного запрета ведения параллельного судебного процесса в поддержку арбитражного соглашения с английским местонахождением, не различаются в зависимости от того, регулируется ли арбитражное соглашение английским или иностранным законодательством. Соображения, связанные с удобством форума, не имеют значения, а вежливость играет незначительную роль, если вообще играет. Заботой суда будет поддержание соглашения сторон, при отсутствии веской причины для обратного, и готовность суда сделать это само по себе является важной причиной для выбора английского места арбитража.



185. Отсюда следует, что, если бы соглашение об арбитраже споров, содержащееся в статье 50.1 договора строительного подряда, регулировалось российским правом, английскому суду необходимо было бы определить, является ли по праву России соглашение действительным и подпадает ли иск, который Chubb Russia подает, под сферу его регулирования. Если бы на эти вопросы был дан положительный ответ, в любом случае было бы уместно вынести судебный запрет ведения параллельного судебного процесса.

## **XII Общий вывод**

186. Хотя наш подход к определению права, применимого к арбитражному соглашению, отличается от подхода Апелляционного суда, мы аналогичным образом пришли к выводу, что арбитражное соглашение в данном случае регулируется английским законодательством. Общеизвестно, что в этих обстоятельствах арбитражное соглашение является действительным, спор между сторонами подпадает под его действие и запрет, вынесенный Апелляционным судом с целью запретить компании Chubb Russia судебное разбирательство против Enka в России, был надлежащим образом удовлетворен. Следовательно, мы отклоним апелляцию.

### **LORD BURROWS: (особое мнение) (с которым согласен Lord Sales)**

#### **1. Введение**

187. В данном деле перед нами стоит сложный правовой вопрос, над которым суды и комментаторы бьются уже много лет. Каково право подлежащее применению к арбитражному соглашению (в коллизионном праве английского общего права), если в нем нет четко выраженной оговорки о выборе права? В частности, должно ли право, подлежащее применению к арбитражному соглашению, быть правом, которое подлежит применению к основному договору и в котором содержится арбитражная оговорка, или оно должно быть правом места арбитража? Иными словами, следует ли определять право арбитражного соглашения с помощью права "основного договора" или права "места нахождения арбитража"? В данном случае местом арбитража является Англия, но правом, подлежащему применению к строительному подряду, в котором содержится арбитражное соглашение, является российское право (при этом, о точной причине этого не все так однозначно). Хотя главный вопрос для этого суда заключается в том, выносить ли судебный запрет о прекращении параллельного разбирательства в России, в первую очередь полезно определить право, подлежащее применению к арбитражному соглашению. Этот вопрос относительно применимого права имеет широкое общественное значение, и данное (особое) мнение почти полностью посвящено ему.

188. Далее будет достаточно простого изложения ключевой фактологии. Истцом и ответчиком в рамках апелляции является турецкая инженеринговая компания (Enka), которая в качестве субподрядчика занималась строительными работами на электростанции в России. Головной подрядчик (CJSC "Energooproekt") передал свои права

в отношении Enka собственнику и застройщику (PJSC "Unipro"). В договоре на строительство ("основной договор") между Enka и головным подрядчиком содержалось арбитражное соглашение (в статье 50.1), согласно которому споры будут разрешаться по правилам Международной торговой палаты ("ICC"), с местом арбитража в Лондоне. После масштабного пожара на электростанции первый российский страховщик-ответчик и истец в рамках апелляции, ООО "Insurance Company Chubb" (которую я далее буду называть "Chubb Russia"), оплатил страховое возмещение, предъявленное владельцем, в результате чего по правилам суброгации получил все права требования, которые владелец имел в отношении Enka. Компания Chubb Russia подала иск против компании Enka (и других компаний) в России. Далее, компания Enka заявила, что данное разбирательство является нарушением арбитражного соглашения и обратилась в российский суд с просьбой отклонить иск компании Chubb Russia. Она также подала иск в Англию о наложении судебного запрета ведения параллельного судебного процесс на ответчиков и всех членов группы компаний Chubb.

189. В первой инстанции судья Andrew Baker отказался вынести решение относительно применимого права арбитражного соглашения, но отклонил иск Enka о запрете ведения параллельного разбирательства на основании *forum non conveniens*: [2019] EWHC 3568 (Comm). Впоследствии иск Enka в России о прекращении российского разбирательства как нарушающего арбитражное соглашение был отклонен, хотя иск Chubb Russia по существу дела против Enka также был отклонен. И Enka, и Chubb Russia обжалуют это решение в российском апелляционном суде (апелляция назначена на конец октября 2020 года). Тем временем Апелляционный суд здесь (Flaux, Males and Popplewell LJ ([2020] EWCA Civ 574) удовлетворил апелляцию Enka на решение судьи Andrew Baker. Он постановил, что применимым правом арбитражного соглашения является английское право и предоставил Enka судебный запрет ведения параллельного разбирательства, запретив таким образом подачу любой апелляционной жалобы как нарушающей арбитражное соглашение.

190. Компания Chubb Russia обратилась в Верховный суд за разрешением обжаловать решение Апелляционного суда. Этот суд дал разрешение на подачу апелляции, а также приостановил действие судебного запрета ведения параллельного разбирательства в отношении компании Chubb Russia, дав соответствующие обязательства по защите позиции Enka до получения результатов этой ускоренной апелляции.

191. Будет полезно сразу изложить арбитражное соглашение. В статье 50.1 основного договора строительного подряда это фигурирует следующим образом:

#### **"Разрешение споров**

50.1. Стороны обязуются добросовестно прилагать все разумные усилия для разрешения любого спора или разногласия, возникающих из настоящего Соглашения или в связи с ним (в том числе споров относительно

действительности настоящего соглашения и факта его заключения (далее – "Спор") путем переговоров. В случае неурегулирования любого Спора в соответствии с настоящей статьей в течение 10 (десяти) дней со дня направления любой из Сторон Уведомления противоположной Стороне, содержащего указание на данный Спор (данный срок может быть продлен по взаимному согласию Сторон) любая Сторона может путем письменного уведомления передать вопрос на рассмотрение встречи высшего руководства Подрядчика и Заказчика (в случае Подрядчика под высшим руководством понимается член исполнительного совета или выше, в случае с Заказчиком, под высшим руководством понимаются генеральные директора соответствующих компаний). Стороны могут пригласить Конечного заказчика на такое собрание высшего руководства. Собрание проводится в течение четырнадцати (14) календарных дней после направления уведомления. Если вопрос не решен в течение двадцати (20) календарных дней после даты уведомления о передаче вопроса соответствующему вышестоящему руководству или более поздней даты, которая может быть согласована единогласно, Спор передается на рассмотрение в международный арбитраж следующим образом:

- Спор подлежит окончательному разрешению в соответствии с Арбитражным регламентом Международной торговой палаты,
- Спор разрешается тремя арбитрами, назначенными в соответствии с настоящими Правилами,
- арбитражное разбирательство проводится на английском языке, и
- местом арбитража будет Лондон, Англия.

50.2. Если иное прямо не предусмотрено в настоящем Соглашении, наличие любого Спора не дает Подрядчику право приостановить Работу.

50.3. Не используется.

50.4. Не используется.

50.5. Вся остальная документация, такая как финансовая документация и сопроводительные документы к ней должны быть представлены на русском языке".

**192.** Это решение призвано ответить на вопрос о применимом праве арбитражного соглашения, первоначально прояснив три важных аспекта. В первом аспекте излагаются некоторые ясные или бесспорные положения права, во втором разъясняется, что речь в данном случае идет о толковании, а не о недействительности соглашения, а в третьем разъясняется, почему применимое право основного договора является российским. Затем следует обзор прецедентной практики в отношении применимого права арбитражного соглашения и центральный раздел, посвященный

определению надлежащего права арбитражного соглашения в этом случае и в целом. Анализ позволяет мне предоставить формулировку общего права о применимом праве арбитражного соглашения, которая является принципиальной, ясной и простой в применении.

## **2. Ясные или бесспорные положения права**

193. Ряд важных правовых вопросов, имеющих отношение к определению надлежащего права арбитражного соглашения, не оспариваются (или ясны), и их стоит изложить немедленно. Это:

(i) Местом арбитража является Англия, как указано в статье 50.1.

(ii) Правом, подлежащим применению к основному договору строительного подряда и, которое определяется на основании положений Регламента Рим I (ЕС) № 593/2008 (устанавливающие коллизионные нормы ЕС и, следовательно, Англии для определения права подлежащего применению к договорным обязательствам), является российское право. Тем не менее, существует спор о том, как суд пришел к данному выводу. Релевантные положения Регламент Рима I которые легли в основу решения, гласят следующее:

### **"Статья 3 Свобода выбора**

1. Договор регулируется правом, выбранным сторонами. Выбор должен быть прямо выражен или определенно вытекать из положений договора либо из обстоятельств дела. Посредством данного выбора стороны могут указать подлежащее применению право для своего договора в целом или только для отдельной его части.

### **Статья 4 Право, подлежащее применению при отсутствии выбора**

1. При отсутствии выбора, осуществленного в соответствии со статьей 3 ..., право, подлежащее применению к следующим договорам, определяется, как указано ниже:...

(b) договор оказания услуг регулируется правом страны, где имеет свое обычное место жительства поставщик услуг; ...

В случае, если договор не подпадает под действие параграфа 1, или если элементы договора подпадают под действие нескольких пунктов "а" – "н" параграфа 1, то договор регулируется правом той страны, где находится обычное место жительства стороны, которая должна осуществить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.

2. В случае, если договор не подпадает под действие параграфа 1, или если элементы договора подпадают под действие нескольких пунктов "а" – "н" параграфа 1, то договор регулируется правом той страны, где находится обычное место жительства стороны, которая должна осуществить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.

3. В случае, если из всех обстоятельств дела вытекает, что договор имеет явно более тесные связи с другой страной чем та, которая указана в параграфе 1 или 2, то применяется право этой другой страны.

4. В случае, если подлежащее применению право не может быть определено на основании параграфа 1 или 2, то договор регулируется правом страны, с которой он имеет наиболее тесные связи".

David Bailey, королевский адвокат, выступавший на стороне компании Chubb Russia, утверждал, что право, подлежащее применению к основному договору, является российское, поскольку по смыслу статьи 3(1) Рима I выбор в пользу российского права был прямо выражен или определенно вытекал из положений договора. Robin Dicker, королевский адвокат компании Enka, отрицает наличие явного или подразумеваемого (т.е. наглядно продемонстрированного) выбора российского права. Mr Dicker признал, что российское право является правом, подлежащим применению к договору на основании статьи 4 Рима I, но он не объяснил, почему это так (но поскольку компания Enka, как поставщик услуг, является турецкой, логика таких рассуждений, по-видимому, должна быть связана с тем, что Россия является страной, с которой договор более тесно связан, чем с Турцией).

(iii) Хотя нет никаких запретов для того, чтобы разные статьи одного и того же договора регулировались разным правом (так называемая концепция *dépeçage*), классический подход, выработанный в общем праве (не в последнюю очередь из соображений практического удобства), заключается в том, что договор имеет единое право, подлежащее применению. В подтверждение можно ознакомиться со следующими делами: *Kahler v Midland Bank* [1950] AC 24, 42 (per Lord MacDermott); *Libyan Arab Foreign Bank v Bankers Trust Co* [1989] QB 728, 747 (per Staughton J); Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, 15th ed (2012), para 32-026. Стоит подчеркнуть, что арбитражное соглашение в рассматриваемом деле содержится в основном договоре. Нас не интересует ситуация, когда существует отдельное арбитражное соглашение (см. ниже пункт 230).

(iv) Регламент Рим I не применяется (напрямую) к арбитражному соглашению в связи с исключением из статьи 1(2)(e) Регламента фразы "арбитражные соглашения и соглашения о выборе суда". Таким образом, право, регулирующее арбитражное разбирательство, должно определяться путем применения коллизионных норм английского общего права (в английском суде). Они в свою очередь требуют, чтобы суд искал (применяя английское право) явный или подразумеваемый выбор сторон, а в случае, если не удалось установить существование выбора, систему права, с которой арбитражное соглашение имеет наиболее тесную и реальную связь: *Bonython v Commonwealth of Australia* [1951] AC 201, 219; *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA* [2012] EWCA Civ 638; [2013] 1 WLR 102, paras 9 and 25. Поиск явного или подразумеваемого выбора связан с выяснением объективных намерений сторон. Данное упражнение можно рассматривать как форму толкования основного договора и

арбитражного соглашения. В рассматриваемом случае в арбитражном соглашении отсутствует прямо выраженная оговорка о выборе права, т.е. в статье 50.1 договора нет упоминания о выборе права.

(v) Mr Bailey на каком-то этапе устного спора, по-видимому, признал, что, если надлежащее право арбитражного соглашения не было русским по причине отсутствия явного или подразумеваемого выбора оно должно быть английским; поскольку местом арбитража была Англия, имеются сомнения, что арбитражное соглашение имело самую тесную и реальную связь с Россией. Но позже он отозвал эту уступку. Я считаю, что он поступил правильно (я вернусь к этому в пункте 256 ниже).

(vi) То, что обычно называют правом, регулирующим арбитражное разбирательство, согласно Mustill and Boyd, *Commercial Arbitration*, 2nd ed (1989), pp 60-62, 64-68, представляет собой закон, регулирующий "способ, которым стороны и арбитр обязаны рассмотреть конкретный спор" (стр. 60), а также он также включает "процессуальные полномочия и обязанности арбитра" (стр. 62). Правом, регулирующим арбитражное разбирательство, почти всегда является закон места арбитража. Поскольку местом разрешения спора является Англия, значит и правом, регулирующим арбитражное разбирательство, является английское право. С этим неразрывно связано то, что можно назвать надзорной или обеспечительной юрисдикцией судов. Это прежде всего полномочия судов по признанию и исполнению арбитражного решения. В эти полномочия также включают, например, право отстранять или заменять арбитра, приводить в исполнение или отменять арбитражное решение, а также налагать судебные запреты, включая судебные запреты ведения параллельного судебного процесса. Как и в случае с правом, регулирующим арбитражное разбирательство, надзорная юрисдикция судов (почти) всегда определяется местом арбитража. Таким образом, здесь не подлежит сомнению, что английские суды обладают надзорной юрисдикцией в отношении арбитражного разбирательства, и это включает в себя юрисдикцию выносить запрет ведения параллельного судебного процесса в России. Таким образом, как выразил это судья Popplewell в Апелляционном суде в пункте 46: "Значение выбора места арбитража является... юридическим с точки зрения надзорного права и надзорного суда".

(vii) Если в арбитражном соглашении установлено, что правом, регулирующим арбитражное соглашение, является английское право, то судебный запрет ведения параллельного судебного процесса, вынесенный Апелляционным судом, является уместным. Это признал Mr Bailey. Таким образом, спор о том, следует ли назначать запрет ведения параллельного судебного процесса, возникает только в том случае, если будет установлено, что применимым правом арбитражного соглашения является российское право.

**3. Важный предварительный момент: спор касается толкования (или сферы действия) арбитражного соглашения, а не его действительности.**

194. Причина, по которой стороны отдают предпочтение российскому и английскому праву в качестве права, подлежащего применению к арбитражному соглашению, заключается в том, что английское право может в данном случае толковать арбитражное соглашение более широко, чем российское право. Точная причина такой логики не совсем ясна. Наиболее очевидным основанием является то, что английское право допускает арбитражное рассмотрение не только споров, возникающих из договорных отношений сторон, но и деликтных (см. *Aggeliki Charis Cia Maritima SA v Pagnan SpA (The Angelic Grace)* [1995] 1 Lloyd's Rep 87), тогда как российское законодательство предполагает лишь возможность рассмотрения споров, возникающих из договорных обязательств. Однако вполне возможно, что истинная причина немного сложнее и связана с российским законодательством, которое склонно интерпретировать арбитражное соглашение как не охватывающее солидарную деликтную ответственность, тогда как английское право, по-видимому, включает это. Какими бы ни были точные основания для предпочтения российского или английского права, важным моментом является то, что спор между сторонами заключается в сфере применения или в вопросе толкования арбитражного соглашения. Речь не идет о действительности арбитражного соглашения.

195. Судья Andrew Vaker признал это в своем решении в пунктах 11-12 (а также в пункте 88). Он заявил:

"11. ... [Это] является неоспоримым фактом, между Enka и Chubb Russia существовало действительное и обязательное для сторон арбитражное соглашение. Это так несмотря на то, что Chubb Russia подает иск в Москве и, следовательно, предъявляет иск здесь как суброгированный страховщик первоначального контрагента по договору Enka. Независимо от того, регулирует ли этот вопрос российское или английское право, общепризнанно, что такой страховщик связан применимым арбитражным соглашением своего страхователя. Таким образом, спор между сторонами, как и в случае с *The Angelic Grace*, заключается в том, является ли иск, рассматриваемый в главном деле, иском о деликте, выходящем за рамки соглашения об арбитраже.

12. Однако наша ситуация более сложная, чем дело *Angelic Grace*, поскольку в его случае не было спора. Было общепризнанно, что иск, предъявленный в Италии, был иском о правонарушении, и вопрос о том, подпадает ли он под действие арбитражного соглашения регулировался английское право. Здесь... оспаривается право, применимое к вопросу о предмете арбитражного соглашения; Стороны также спорят о том, является ли иск, предъявленный в соответствии с российским законодательством иском о правонарушении или, более строго говоря, является ли он жизнеспособным как таковой. Более того, фактически общепринято, что если вопрос о сфере действия арбитражного соглашения регулируется английским правом, то это требование, как бы

его ни квалифицировали в соответствии с российским законодательством, находится в пределах этой сферы. Довод ответчиков о том, что иск, если его правильно квалифицировать как деликтный иск, выходит за рамки арбитражного соглашения, вообще возникает только в том случае, если они правы в том, что объем является вопросом российского права".

196. Факт того, что толкование или объем регулирования соглашения, а не его действительность, является предметом спора, подтверждается постановлением российского суда от 6 мая 2020 года, который разрешил предварительный вопрос о том, должно ли судебное разбирательство с применением российского законодательства продолжаться, несмотря на арбитражную оговорку. Российский суд ясно дал понять, что речь идет о вопросах толкования или установления сфере действия арбитражного соглашения, а не о его действительности. Краткое решение Суда по этому предварительному вопросу было следующим:

"Так именно статья 965 ГК РФ устанавливает право истца предъявить иск к лицам, ответственным за убытки, независимо от того, что послужило основанием их возникновения. Таким образом, *арбитражная оговорка, на которую ссылается Епка, не охватывает данный спор и не распространяется на него*, поскольку участником является не только Епка, но и другие десять ответчиков, которые не заключили арбитражную оговорку. Также предметом спора является общее обязательство всех 11 ответчиков возместить причиненные убытки. На основании сказанного, арбитражная оговорка, изложенная в пункте 50.1 договора, не применима, и в связи с этим заявленное ответчиком 11 ходатайство об оставлении иска не должно быть удовлетворено".

197. Однако теперь Mr Dicker заявил, что существует также вопрос о действительности арбитражного соглашения в соответствии с российским законодательством, который не возникает в рамках английского законодательства. Он сослался на решение российского суда от 8 февраля 2018 года, посвященному исполнению арбитражного решения, принятого в силу схожего арбитражного соглашения. Решение заключалось в том, что арбитражное соглашение было слишком неопределенным, чтобы его можно было исполнить в соответствии с российским законодательством. Очевидно, из-за неуверенности в том, должна ли была быть в арбитражном соглашении ссылка на Международный арбитражный суд. В письменном иске компании Chubb Russia (пункт 22) Mr Bailey заявил, что "не существует вопроса о недействительности арбитражного соглашения в соответствии с российским законодательством"; и, как мы видели в последнем абзаце, такой аргумент о недействительности не сыграл никакой роли в мотивировке российского суда в решении от 6 мая 2020 года. В любом случае наше внимание привлекла запись на сайте Debevoise & Plimpton LLP от 7 января 2019 года, в которой указывается, что решение от февраля 2018 года в России не соответствует обычному подходу Верховного суда РФ и не является обязательным к исполнению решением. Хотя Mr Dicker утверждал, что в



свете этого дела существует "серьезный риск" (используя формулировку в деле *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA* [2012] EWCA Civ 638; [2013] 1 WLR 102, пункт 31: см. ниже пункт 217), что арбитражное соглашение будет признано недействительным в соответствии с российским законодательством, это не утверждение, которое я могу принять без предоставления надлежащих доказательств относительно российского законодательства по данному вопросу. Допустимо согласиться с тем, что может возникнуть спорный вопрос о том, существует ли серьезный риск недействительности в этом случае в связи с делом 2018 года. Однако для нас главный вопрос посвящен определению права, регулирующего арбитражное соглашение, он должен разрешаться на основании представленных доказательств и заявленных вопросов (которые не включают этот пункт о недействительности). В любом случае арбитражное соглашение, о котором идет речь в данном случае, было заключено в 2012 году, и, казалось бы, в целях определения права, регулирующего арбитражное соглашение, мы должны оценить намерения сторон и все другие соответствующие факторы по состоянию на момент времени, которое не было затронуто правовыми изменениями в 2018 году.

198. Почему так важно, чтобы спор касался только толкования или вопросов сферы действия арбитражного соглашения, а не его действительности? Есть две связанные причины. Во-первых, общим принципом английского коллизионного права является то, что среди двух возможных надлежащих законов суды должны отдавать предпочтение тому закону, который подтвердит действительность соглашения, а не тому закону, который сделает его недействительным (см., например, *In re Missouri Steamship Co* (1889) 42 Ch D 321, 341; *South African Breweries Ltd v King* [1899] 2 Ch 173, 181; *Coast Lines Ltd v Hudig and Veder Chartering NV* [1972] 2 QB 34, 44 (per Lord Denning MR), 48 (per Megaw LJ); *Chitty on Contracts*, 33rd ed (2018), para 30-12). Mr Bailey referred to this (in reliance on the work of Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed (2014), pp 542-549, and Robert Merkin and Louis Flannery, *The Arbitration Act 1996*, 6th ed (2019), para 46.10.5), так называемый "принцип валидности". Он основан на рациональном предположении, что стороны предпочли бы, чтобы соглашение было признано действительным, чем нет. Но если верно, что о действительности арбитражного соглашения в данном случае спора нет, то принцип валидности не является здесь основанием для выбора в пользу английского права вместо российского как права, регулирующего арбитражное соглашение.

199. Во-вторых, Mr Dicker утверждал, что, даже если спор касается толкования арбитражного соглашения, а не его действительности, рациональное предположение состоит в том, что стороны предпочли бы, чтобы все их споры передавались в арбитраж, а не только некоторые. Что "рациональные бизнесмены, вероятно, имели в виду" (используя слова лорда Hoffmann в деле *Fiona Trust & Holding Corp'n v Privalov* [2007] UKHL 40; [2007] Bus LR 1719, para 13) более широкое, а не узкое толкование споров, которые должны рассматриваться в арбитраже. Однако существует важное различие

между признанием действительным бесспорного соглашения, достигнутого сторонами, с одной стороны, и, с другой стороны, определением правильного толкования или сферы действия соглашения, когда сам спорный вопрос заключается в определении намерения сторон. Без эмпирических данных о том, что, скорее всего, имели в виду рациональные бизнесмены, один русский и один турецкий, заключая контракт на выполнение работ в России, я не хочу придавать никакого значения идее о том, что эти стороны намеревались расширить, а не заузить толкование их арбитражного соглашения. Рациональное предположение состоит в том, что стороны намеревались интерпретировать свое соглашение таким образом, чтобы оно соответствовало тому, о чем они договорились. Рационально, что они не хотят, чтобы их считали согласившимися на что-то, что выходит за рамки их соглашения. И нельзя сказать, что только на основании того, что английское право может принять более широкий подход к толкованию арбитражного соглашения, чем российское право, это обеспечит правильное толкование арбитражного соглашения. Поэтому я согласен с письменным заявлением Mr Bailey по этому вопросу, где он сказал:

"В данном случае не существует никаких предположений о недействительности соглашения, дабы задействовать "принцип валидности". Аргумент заключается просто в том, что следует применять английское право, поскольку оно толкует арбитражные соглашения более либерально. Эту точку зрения необходимо лишь сформулировать, чтобы выявить ее ограниченность. Нельзя сказать, что стороны должны были иметь намерение применить английское право только потому, что российское законодательство рассматривает арбитражные соглашения более узко, чем английское право. Это рассуждение, основанное на результатах, которое игнорирует тот факт, что существуют законные причины для принятия более узкого подхода (например, в данном случае, широкое толкование арбитражного соглашения может привести к нежелательной фрагментации споров и разбирательств, в которых участвует множество различных сторон".

#### **4. Почему право, подлежащее применению к основному договору, является российским?**

200. Как я объяснил в пункте 193(ii), хотя не оспаривается то, что право основного строительного контракта является российским, путь к такому выводу через Регламент Рим I сомнителен. Этот вопрос имеет центральное значение, поскольку он оказывает существенное влияние на определение надлежащего права арбитражного соглашения.

201. Как мы видели в пункте 193(ii), Регламент Рим I предусматривает в статье 3.1, что применимым правом является право, выбранное сторонами, если выбор "сделан прямо или ясно продемонстрирован условиями договора или обстоятельствами дела". В отсутствие такого выбора статья 4 предусматривает, что в договоре на оказание услуг регулирующим правом является *prima facie* право обычного места жительства поставщика услуг, но применяется право другой страны, "когда из всех обстоятельств дела ясно, что договор явно более тесно связан с [этой] страной".

202. Г-н Бэйли утверждал, что российское право было явно выбрано в качестве надлежащего закона. Он опирался на определение "Применимое право" в Приложении № 17 к договору, которое гласит:

"Право Российской Федерации, включая законодательство Российской Федерации, все нормативные правовые акты федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, законодательство субъектов Российской Федерации, нормативные правовые акты органов местного самоуправления и иные применимые нормативные правовые акты".

Хотя это не была классическая оговорка о выборе права по типу "Настоящее Соглашение регулируется российским правом, Mr Bailey утверждал, что она имела тот же эффект. Меня это не убеждает. В статье применимого права (Приложение 17) не сказано: "Настоящее Соглашение регулируется Применимым законодательством". Скорее, статья 1 договора предусматривает, что "Термины, используемые в настоящем Соглашении, должны иметь определения, изложенные в Приложении № 17 к настоящему Соглашению". Следует признать, что термин "Применимое право" используется в большом количестве конкретных положений. Но Mr Dicker утверждал, что здесь речь идет об включении путем ссылки соответствующих законодательных положений и что именно так фраза "Применимое право" используется в международных строительных контрактах (и здесь он отсылает нас к важному труду по вопросам стандартов строительного подряда, составленного Международной федерацией инженеров-консультантов ("FIDIC"): Baker Mellors Chalmers and Lavers on *FIDIC Contracts, Law and Practice* at paras 2.126, 2.140, 2.145). Mr Dicker взял за типичную статью основного контракта статью 4.1(b), которая предусматривает, что Епка должна обеспечить выполнение работ в соответствии с Применимым законодательством. Это гарантирует, что в контракт будут включены местные законы и правила, например, регулирующие планирование, охрану труда и технику безопасности, трудовое законодательство, налоги и таможню. Следует признать, что основной контракт не был контрактом FIDIC. И может показаться странным включение, там, где это указано, всего соответствующего права Российской Федерации (как того требует первая фраза Приложения 17), включая, предположительно, российское договорное право Гражданского кодекса Российской Федерации. Я считаю, что, хотя существует некоторая двусмысленность относительно роли определения "Применимого права", Mr Dicker прав в том, что Приложение 17 не представляет собой прямо выраженную оговорку о выборе права.

203. Однако Приложение 17 не единственное. В контракте есть много других дополнительных ссылок на российское законодательство. Так, например, в статье 24.2 есть ссылка на положения Гражданского кодекса РФ, в статье 4.15 есть ссылка на "право РФ", а также имеются многочисленные ссылки (например, в статьях 4.5, 4.26, 19.2 и 36.1) на "закон", который в контексте явно является отсылкой к российскому праву. Здесь

полезно обратиться к пункту 3 статьи 3 раздела II Доклада Giuliano-Lagarde о Конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, который был докладом, лежащим в основе Римской конвенции, которая, в свою очередь, была предшественником Регламента Рима I (и имела ту же формулировку, что и статья 3.1, за исключением того, что текст гласил: "Выбор должен быть выражен или продемонстрирован с разумной уверенностью", а не "Выбор должен быть сделан прямо или четко продемонстрирован"):

"Выбор права сторонами часто будет явным, но Конвенция признает возможность того, что суд может, в свете всех фактов, прийти к выводу, что стороны сделали реальный выбор права, хотя это прямо не указано в договор. Например... ссылки в договоре на конкретные статьи Гражданского кодекса Франции могут не оставлять у суда сомнений в том, что стороны сознательно выбрали французское право, хотя прямо установленного выбора права не существует". (OJ C282/17)

204. К этим выраженным в договоре словам можно добавить еще несколько обстоятельств. Головным подрядчиком по контракту с Enka была российская компания Energoproekt, а собственником и конечным заказчиком - Unipro - также была российская компания. Место исполнения договора была Россия. Последствия любого нарушения были бы испытаны в России. Основным языком договора был русский. А цена за работу должна была быть оплачена в российской валюте на счет в российском банке. Действительно, единственными нероссийскими элементами договора были: Enka, которая являлась турецкой компанией, и место арбитража - Англия.

205. Таким образом, мой вывод заключается в том, что, применяя статью 3.1 Регламента Рим I, российское право является правом, подлежащим применению к основному договору, оно было выбрано сторонами, поскольку этот выбор был "четко продемонстрирован условиями договора или обстоятельств дела".

206. Самый сильный аргумент против этого заключается в том, что стороны могли легко включить в договор пункт о выборе права, но не сделали этого. Mr Dicker утверждал, что в контексте профессионально составленного, подробного и длительного контракта наиболее очевидным объяснением этого было то, что стороны не могли договориться о том, какой закон должен быть применимым. Но мы не увидели никаких доказательств обстоятельств, при которых был составлен этот договор, и мне кажется более правдоподобным в качестве объективной интерпретации намерений сторон то, что, учитывая некоторую двусмысленность относительно роли "Применимого права", стороны считали очевидным и не требующим дальнейшего уточнения, что российское право является надлежащим правом.

207. Хотя могут быть незначительные различия между статьей 3.1 Регламента Рим I и первыми двумя этапами (явный или подразумеваемый выбор) теста общего права на применимое право, они очень тесно связаны: *Lawlor v Sandvik Mining and Construction Mobile Crushers and Screens Ltd* [2013] EWCA Civ 365; [2013] 2 Lloyd's Rep 98.

По моему мнению, английское общее право, на которое я здесь ссылаюсь по аналогии, в данном случае будет признавать существование подразумеваемого выбора в пользу российского права. Не смотря на отсутствие четко выраженного условия по этому вопросу, правильная объективная интерпретация договора заключается в том, что стороны избрали российское право.

208. Должен подчеркнуть, что нижестоящие суды не решили вопрос о том, почему российское право является правом, подлежащим применению к основному договору. Судья Andrew Baker в пунктах 91–93 просто сказал, что выбор российского права в качестве права применимого к основному договору "далеко не ясен для Епка" (т.е. было непонятно, что выбор не был сделан). Апелляционный суд постановил, что не было явно выраженного соглашения сторон о выборе применимого права, но, похоже, оставил открытым вопрос о том, можно ли считать, тем не менее, такой выбор "определенно вытекающим" по смыслу статьи 3(1) Регламента Рим I.

## **5. Судебная практика по вопросу о праве, подлежащему применению к арбитражному соглашению**

209. В Апелляционной инстанции рассматриваемого дела судья Porplewell заявил в пункте 89:

"По моему мнению, настало время попытаться внести некоторый порядок и ясность в эту область права, в частности, относительно того значения, которое следует придавать применимому праву основного договора, с одной стороны, и праву, применимому к арбитражному соглашению, с другой стороны. Нынешнее положение вещей не делает чести английскому коммерческому праву, которое стремится служить бизнес-сообществу, обеспечивая определенность".

Как следует из этого отрывка, английская судебная практика по данному вопросу, которые, судя по всему, являются актуальными в последние годы, не демонстрирует абсолютного единообразия. Разумеется, стремясь внести ясность, которую справедливо добивался судья Porplewell, нельзя просто рассматривать релевантные судебные дела и надеяться найти в них окончательный ответ на наш вопрос. Поскольку рассуждения и доводы, изложенные в них, могут быть заложены в основу совершенно противоположных выводов. Основная цель анализа судебной практики состоит, скорее, в том, чтобы поместить стоящую перед нами задачу в контекст и убедиться, что все соответствующие соображения были учтены. Но в конечном счете движение вперед зависит прежде всего от пересмотра существующих принципов. Из этого также следует, что я не буду предпринимать попытки охватить абсолютно все релевантные дела, скорее попытаюсь сосредоточиться на наиболее важных, которые были упомянуты адвокатом.

210. Самым ранним делом, с которым мы ознакомились, было решение Палаты лордов по делу *Hamlyn & Co v Talisker Distillery* [1894] AC 202. Оно касалось договора

между английской и шотландской фирмой, заключенного в Лондоне, но подлежащего исполнению в Шотландии. Данный договор содержал арбитражное соглашение, в котором оговорка об арбитражном разбирательстве предусматривала рассмотрение спора "двумя членами Лондонской кукурузной биржи или их арбитром". Было установлено, что толкование арбитражной оговорки осуществлялось на основании английского права (т.е. в современной терминологии правом, подлежащим применению к арбитражному соглашению являлось английское право). Но при определении права, подлежащего применению к основному договору и права, регулирующего арбитражное разбирательство, дело не заходит слишком далеко по двум причинам. Во-первых, право, подлежащее применению к основному договору не было уточнено, и, по-видимому, предполагалось, что право, регулирующего арбитражное разбирательство должно быть также правом, подлежащим применению к основному договору. По словам Lord Herschell, at p 209: "Я не вижу никаких трудностей в истолковании формулировок, используемых в качестве указания на то, что договор или его условие [т. е. арбитражное соглашение] должны регулироваться правом Англии". Во-вторых, важным соображением считалось то, что арбитражная оговорка была недействительна в Шотландии (поскольку имена арбитров не были названы), но действительна в Англии. Именно по этой причине Mr Bailey утверждал, что это дело является примером применения "принципа валидности".

211. В деле *Cie Tunisienne de Navigation SA v Cie d'Armement Maritime SA* [1971] AC 572 Палата лордов приняла решение о праве, подлежащему применению к договору морской перевозки грузов в ситуации, где применимое право было указано как регулируемое "законами флага судна, перевозящего груз". Была арбитражная оговорка, с местом проведения арбитража в Лондоне. Было установлено, что правом, подлежащим применению к основному договору являлось французское право. Большинство (Lords Morris, Dilhorne and Diplock) полагали, что суд пришел к такому выводу в силу существования выбора в пользу французского права как применимого (поскольку, при правильном толковании пункта о выборе права, соответствующий флаг был французским). Лорды Reid и Wilberforce пришли к выводу, что, хотя в нем не было действующего пункта о выборе права (поскольку спор не мог быть связан с конкретным судном или грузом), остальная часть договора и сопутствующие факты означали, что договор имел самую тесную связь с французским правом (большинство предпочло рассматривать данный подход как альтернативную причину своего решения). Лорды придавали большое значение месту арбитража как ключевому указанию на право, подлежащее применению к основному договору (и, косвенно, на надлежащее право арбитражного соглашения), но постановили, что это указание в данном случае нивелируется оговоркой о выборе права (по мнению большинства) или другими факторами, наиболее тесно связывающими контракт с французским законодательством (по мнению лордов Reid и Wilberforce). Анализ права, регулирующего арбитражное разбирательство, проведенный лордом Diplock, особенно полезен. Он писал следующее:

«Милорды, стороны договора могут выбрать одну систему права в качестве права, подлежащего применению к договору и другую систему права, регулирующее арбитражное разбирательство. Хотя они могут желать, чтобы их взаимные права и обязанности по договору были подтверждены отсылкой к системе права страны, с которой сделка имеет тесную и реальную связь, они, тем не менее, могут считать, что арбитражная процедура, принятая в какой-либо другой стране, или высокая репутация и коммерческий опыт имеющихся там арбитров делают законодательство об арбитражном разбирательстве этой страны предпочтительнее законодательства об арбитражном разбирательстве той страны, правовую систему которой они выбрали в качестве права применимого к самому договору.

В настоящее время не подлежит сомнению, что если стороны договора прямо договорились о системе права одной страны как о праве, подлежащем применению к договору и выбрали другое право, регулирующее арбитражное разбирательство, прямо предусмотрев, что споры по договору должны передаваться на рассмотрение к арбитражу в другой стране, арбитры должны применять в качестве применимого права договора ту систему права, о которой стороны прямо договорились.

Но случаи, которые вызывают самые сложные затруднения, - это те, когда стороны сделали выбор права, применимого к арбитражному разбирательству на основе пункта своего контракта, прямо согласившись на арбитраж в конкретной стране, но не сделали явного положения относительно применимого права самого договора.»

212. Затем мы обратились к двум решениям Lord Mustill, который вместе со Stewart Boyd, королевским адвокатом, был соавтором книги *Commercial Arbitration* (the first edition of which appeared in 1982 with a second edition in 1989). In *Black Clawson International Ltd v Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG* [1981] 2 Lloyds Rep 446 Mustill J как он тогда сказал, на стр. 455:

"Там, где законы вообще расходятся, в большинстве случаев можно обнаружить, что право, регулирующее непрерывное соглашение (арбитражное соглашение), совпадает с правом основного договора, в котором оно воплощено".

И на стр. 456:

"В обычном порядке это [право, регулирующее арбитражного соглашения], скорее всего, будет следовать праву основного договора".

Эти заявления подтверждают, что право, регулирующее арбитражное соглашение, является тем же правом, что регулирует основной договор, а не правом места арбитража. Это соответствует подходу, которому отдают предпочтение в работе Mustill and Boyd, *Commercial Arbitration*, 2nd ed (1989), стр. 63:

"Отправной точкой является определение надлежащего права договора, в котором воплощено арбитражное разбирательство. Как правило, арбитражное соглашение будет регулироваться тем же правом, поскольку оно является частью существа основного договора".

Однако в самом деле *Black Clawson* настойчивость, с которой судья Mustill поддерживал подхода "основного договора" несколько уменьшилась, поскольку он продолжал трактовать выбор сторонами Цюриха в качестве места арбитража как свидетельство намерения, согласно которому закон, регулирующий арбитражное соглашение, должен соответствовать праву Цюриха.

213. Впоследствии мы видим, как лорд Mustill отдает предпочтение подходу "основного контракта" в Палате лордов в деле *Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd* [1993] AC 334. На стр. 357 лорд Мэстилл сказал:

"К настоящему времени твердо установлено, что более чем одна национальная правовая система может иметь отношение к международному арбитражу. Таким образом, существует соответствующий закон, который регулирует материальные права и обязанности сторон договора, из-за которого возник спор. *В исключительных случаях это может отличаться от национального законодательства, регулирующего толкование соглашения о передаче спора в арбитраж.* В менее исключительных случаях оно может также отличаться от национального права, которое стороны прямо или косвенно выбрали для регулирования отношений между собой и арбитром при проведении арбитражного разбирательства: "куриального права" арбитража, как его часто называют".

214. В деле *XL Insurance Ltd v Owens Corning* [2001] 1 All ER (Comm) 530 судья Toulson разбирался с составленным страховым полисом, который (если немного упростить) содержал оговорку штата Нью-Йорк в качестве применимого права к самому договору и арбитражную оговорку, которая устанавливала место арбитража в Лондоне (со ссылкой на Закон об арбитраже 1996 года). Утверждалось, что арбитражное соглашение не имело юридической силы, поскольку оно не было составлено в правильной письменной форме в соответствии с законодательством штата Нью-Йорк. Было установлено, в частности, что возможность принудительного исполнения арбитражного соглашения должна регулироваться английским законодательством как правом места проведения арбитражного разбирательства. Хотя рассуждения судьи Toulson открыты для различных возможных интерпретаций, главное, что его доводы подтверждают необходимость отделения арбитража от остальной части основного контракта, поскольку речь идет о "конкретном методе разрешения споров" (пункт 541e). Одна из интерпретаций заключается в том, что, поскольку он был удовлетворен тем, что стороны заключили арбитражное соглашение, принцип применялся для того, чтобы гарантировать, что арбитражное соглашение было оставлено в силе.



215. Первоочередное значение *C v D* [2007] EWCA Civ 1282; [2008] Bus LR 843 — это *obiter dicta* судьи Longmore, поддерживающего подход в пользу места арбитража. Дело касалось договора страхования, регулируемого законодательством штата Нью-Йорк, с английской арбитражной оговоркой (т.е. с английским местонахождением). Вопрос заключался в том, какой закон, Нью-Йоркский или английский, регулирует оспаривание арбитражного решения. Было решено, что для ответа на данный вопрос применяется английское право. Это кажется простым, потому что этот вопрос касался судебной юрисдикции, а место арбитража (в данном случае Англия) почти всегда определяет этот закон. Собственное право арбитражного соглашения и собственное право основного договора в данном случае не имели значения. Тем не менее, судья Longmore, *in obiter dicta*, рассмотрел применимое право арбитражного соглашения и сказал следующее в пункте 22:

" Тогда возникает вопрос, является ли, если не существует четко выраженного права арбитражного соглашения, правом, с которым это соглашение имеет самую тесную и реальную связь, право основного договора или право места арбитража. Мне кажется, что если (вопреки тому, что я сказал выше) это уместный вопрос, то ответом, скорее всего, будет право места арбитража, а не право основного договора.

216. Здесь стоит добавить, что в соответствии с *obiter dicta* Longmore, в 15-м издании книги Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, published in 2012, содержится следующее основное правило (правило 64(1)):

"Существенная действительность, объем и толкование арбитражного соглашения регулируются применимым к нему правом, а именно:

(a) правом, прямо или косвенно выбранным сторонами; или,

(b) при отсутствии такого выбора — правом, которое наиболее тесно связано с арбитражным соглашением, которым обычно является право места арбитража".

217. Затем мы подошли к тому, что, вероятно, можно считать ведущим делом: *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA* [2012] EWCA Civ 638; [2013] 1 WLR 102. Mr Bailey и Mr Dicker в обоснование своих доводов ссылались на ведущее решение Moore-Bick LJ (которое было также поддержано Hallett LJ и Lord Neuberger MR). Претензии были предъявлены бразильскими компаниями по двум страховым полисам, покрывающим строительные работы в Бразилии. Страховщики отрицали ответственность на основании оговорки об исключении и соглашения о неразглашении информации. В страховых договорах прямо оговаривается выбор бразильского законодательства в качестве применимого права, а в отношении бразильских судов действует оговорка об исключительной юрисдикции. Однако в арбитражной оговорке местом арбитражного разбирательства была указана Англия. При рассмотрении ходатайства страховщиков о наложении запрета на подачу иска главный вопрос

заклучался в том, какое право должно применяться к арбитражному соглашению. Согласно бразильскому законодательству, существовал "серьезный риск" (согласно Moore Bick LJ (п. 31)), что страхователь не был связан арбитражной оговоркой, поскольку он мог не дать конкретного согласия на ее исполнение. Апелляционный суд постановил, что английское право является надлежащим правом арбитражного соглашения. Однако тяжело определить, поддерживает ли решение Moore-Bick LJ подход "основного договора" или подход "места проведения арбитража".

218. Следующий абзац в пункте 26 поддерживает подход, основанный на "основном договоре", при условии наличия в основном договоре прямой оговорки о выборе права:

"... в тех случаях, когда арбитражное соглашение является частью материально-правового договора, выбор надлежащего права для регулирования этого договора является важным фактором, который необходимо принимать во внимание. ... В отсутствие каких-либо указаний на обратное, прямой выбор права, регулирующего основной договор, является убедительным свидетельством намерения сторон в отношении соглашения об арбитраже. Таким образом, поиск подразумеваемого выбора надлежащего права для регулирования арбитражного соглашения, скорее всего, приведет к выводу, что стороны намеревались, чтобы арбитражное соглашение регулировалось той же правовой системой, что и основной договор, если только нет других факторов, указывающих на иной вывод. Это могут быть условия самого арбитражного соглашения или последствия для его действительности, связанные с выбором надлежащего права материального договора.

219. Далее Moore-Bick LJ постановил, что имеются два "противоречащих друг другу показания" (п. 31), которые означают, что стороны не выбрали бразильское законодательство в качестве надлежащего права арбитражного соглашения. Во-первых, местом проведения арбитража являлась Англия, что неизбежно влекло за собой применение английского права, а значит, и положений Закона об арбитраже 1996 года, касающихся проведения арбитража и надзора за ним (т.е. применимым процессуальным правом арбитражного разбирательства было английское, и английские суды обладали надзорной юрисдикцией). Во-вторых, арбитражное соглашение может не иметь обязательной силы в отношении страхователя в соответствии с бразильским законодательством. Затем он обратился к третьему этапу применения подхода, основанного на общем праве, и в абзаце, в котором поддерживается подход "место проведения арбитража", он заявил следующее (п. 32):

"В дальнейшем необходимо рассмотреть вопрос о том, с какой правовой системой арбитражное соглашение имеет наиболее тесную связь. Хотя [представитель истца] утверждал, что арбитражное соглашение имеет наиболее тесную связь с законодательством Бразилии, поскольку оно регулирует материальный договор, который включает в себя арбитражное соглашение, мне кажется, что его довод не позволяет нам в полной мере провести различие между материальным договором и

правовой системой, в соответствии с которой он регулируется. Арбитражное соглашение, безусловно, имеет наиболее тесную связь с договором, частью которого оно является, но его правовая природа и цель совершенно различны. В моем понимании, соглашение о разрешении споров путем арбитража в Лондоне, и, следовательно, в соответствии с английским арбитражным законодательством, не имеет тесной юридической связи с правовой системой, регулирующей страховой полис, цель которого не связана с разрешением споров. Скорее всего, арбитражное соглашение имеет наиболее тесную связь с правом страны, в которой должно проводиться арбитражное разбирательство и которая будет осуществлять вспомогательную и надзорную юрисдикцию, необходимую для обеспечения эффективности процедуры. Отсюда следует, что арбитражное соглашение имеет наиболее тесную связь с английским правом. Таким образом, я согласен с судьей в том, что арбитражное соглашение регулируется английским правом.”

220. По окончании дела *Sulamérica* суд первой инстанции выносит два решения, имеющие важное значение. В деле *Arsanovia Ltd против Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2012] EWHC 3702 (Comm); [2013] 2 All ER (Comm) 1, Andrew Smith J столкнулся с проблемой прямого выбора индийского права в основном договоре и арбитражного соглашения с местом проведения арбитража в Лондоне. Особенность дела *Sulamérica* заключались в том, что, поскольку не было никаких признаков, противоречащих прямому выбору права, суд постановил, что надлежащим правом арбитражного соглашения является право Индии.

221. Затем мы переходим к отважной попытке Hamblen J (каким он тогда был) в деле *Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Istihsal Endustrisi AS v VSC Steel Co Ltd* [2013] EWHC 4071 (Comm); [2014] 1 Lloyd’s Rep 479, изложить, насколько это возможно, соответствующие принципы, которые должны быть выведены из дел в этой запутанной области. В отношении вопроса о надлежащем праве арбитражного соглашения предполагалось, что основной договор не включал оговорку о применимом праве, но регулировался турецким правом, с которым он имеет наиболее тесную связь. Стороны согласовали (как это было установлено Hamblen J) лондонскую арбитражную оговорку и, следовательно, было решено, что надлежащим правом арбитражного соглашения является английское. Hamblen J заявил следующее (п. 101).

“101. Основным источником является недавнее решение Апелляционного суда по делу *Sul América Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA* [2012] 1 Lloyd’s Rep 671. Moore-Bick LJ (с которым согласились Hallett LJ и Lord Neuberger MR) кратко изложил критерии определения права, применимого к арбитражным соглашениям (пп. 26-32). Решение Апелляционного суда было упомянуто Andrew Smith J в деле *Arsanovia Ltd v Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2013] 1 Lloyd’s Rep 235. Руководящие критерия, содержащиеся в данных источниках, можно резюмировать следующим образом:

(1) Даже если арбитражное соглашение является частью основного договора (как это обычно бывает), его надлежащее право может не совпадать с правом основного договора.

(2) Применимое право определяется путем теста, включающий 3 последовательных этапа: (i) поиск прямого выбора сторонами права, применимого к арбитражному соглашению; (ii) поиск подразумеваемого выбора сторонами права, применимого к арбитражному соглашению; и (iii) поиск системы права, с которой арбитражное соглашение имеет наиболее тесную связь.

(3) Если материальный договор не содержит оговорку о применимом праве, то подход "место проведения арбитража", вероятно, будет решающим. Это связано с тем, что арбитражное соглашение обычно имеет наиболее тесную связь с правовой системой страны, в которой проводится арбитражное разбирательство.

(4) Право, выбранное сторонами в отношении всего договора, распространяется и на арбитражное соглашение если не указано иное.

(5) Выбор сторонами другой страны в качестве места проведения арбитражного разбирательства является немаловажным фактором. Однако сам по себе он не недостаточен для опровержения презумпции о том, что право, выбранное сторонами в отношении всего договора, распространяется и на арбитражное соглашение

(6) В отсутствие явного выраженного или подразумеваемого выбора сторонами применимого права к арбитражному соглашению, арбитражное соглашение регулируется правом, с которым оно имеет наиболее тесную связь. Таким правом, по общему правилу, должно считаться право страны, в которой должно проводиться арбитражное разбирательство и которая будет осуществлять вспомогательную и надзорную юрисдикцию, необходимую для обеспечения эффективности процедуры.

102. Что касается третьего критерия, то я хотел бы добавить, что условия арбитражной оговорки сами по себе могут означать подразумеваемый выбор права. Общеизвестно, что они могут действовать как подразумеваемый выбор права для самого материального договора - см., например, *Cie Tunisienne de Navigation SA v Cie d'Armement Maritime SA* [1971] AC 572, Lord Wilberforce (п. 596) and Lord Diplock (пп. 604-605); ... В таких случаях они, безусловно, должны также действовать как подразумеваемый выбор права для арбитражного соглашения.

103. В настоящем деле речь идет о том, что в материальном договоре нет прямого выбора права. В таком случае решение *Sul América* является очевидным указанием на то, что применимым правом является право места проведения арбитража. Это было признано *Nabas*, который оставил за собой право оспорить решение в случае дальнейшего рассмотрения дела."

222. Ссылка на слово "решающий" в третьем пункте, как представляется, относится к словам *Moore-Bick LJ* в деле *Sulamérica* (п. 26), но следует отметить, что *Moore-Bick LJ*

использовал данную формулировку в контексте отдельного арбитражного соглашения, а не арбитражного соглашения, содержащегося в основном договоре.

223. Выводы Hamblen J свидетельствуют о явной поддержке подхода "место проведения арбитража": если в основном договоре отсутствует прямая оговорка о выборе права, то подход "место проведения арбитража", скорее всего, определит право, применимое к арбитражному соглашению; и даже в тех случаях, когда имеется прямо выраженная оговорка о выборе права, могут существовать достаточно факторов, указывающих на то, что право места проведения арбитража определяет надлежащее право арбитражного соглашения.

224. В связи с этим я хотел бы отметить, что Steven Chong J (Steven Chong J, как он тогда назывался) тщательно проанализировал эти вопросы в деле BCY v BCZ [2016] SGHC 249; [2016] 2 Lloyd's Rep 583 в Верховном суде Сингапура. В решении, в котором предпочтение отдается подходу "право основного договора", он заявил (п. 65):

"Если арбитражное соглашение является частью основного договора, то, принимая решение Sul América, я считаю, что применимое право основного договора является убедительным показателем применимого права арбитражного соглашения, если нет указаний на обратное. Выбор права места проведения арбитража, отличного от права основного договора, сам по себе не является достаточным для того, чтобы опровергнуть эту исходную позицию".

225. Подход, который был применен в деле BCY, впоследствии был признан верным Сингапурским апелляционным судом (Sundares Menon CJ, Judith Prakash JA, and Steven Chong JA), а также сторонами в BNA v BNB [2019] SGCA 84; [2020] 1 Lloyd's Rep, (п. 44-95).

226. Позиция Popplewell LJ в Апелляционном суде по данному делу можно считать в некоторой степени схожей с позицией Hamblen J в деле Habas. Так, Popplewell LJ заявил, что при условии прямого выбора права в основном договоре "общее правило должно заключаться в том, что закон арбитражного соглашения является, как правило, применимым процессуальным правом арбитражного разбирательства, при условии соблюдения каких-либо конкретных особенностей дела, свидетельствующих о веских причинах противоположного (п. 91)". Далее он заявил следующее (п. 105):

"Таким образом, я хотел бы резюмировать принципы, применимые к определению надлежащего права арбитражного соглашения, именуемое правом АА, в случае если оно содержится в соглашении, регулируемом иной правовой системой, следующим образом:

(1) Право АА должно быть определено путем применения теста, включающего 3 последовательных этапа, как того требуют коллизионные нормы английского общего права, а именно (i) существует ли прямой выбор сторонами права, применимого к арбитражному соглашению? (ii) если нет, то существует ли подразумеваемый выбор

сторонами права, применимого к арбитражному соглашению? (3) если нет, то с какой правовой системой арбитражное соглашение имеет наиболее тесную связь?

(2) При наличии в основном договоре прямого выбора права это может быть равнозначно прямому выбору права АА. Так ли это, зависит от толкования всего договора, включая арбитражное соглашение...

(3) Во всех других случаях существует твердая презумпция того, что стороны косвенно выбрали применимое процессуальное право арбитражного разбирательства в качестве права АА. Это общее правило, однако оно может уступить место другой системе права, регулирующей арбитражное соглашение, при наличии весомых противоположных факторов в отношениях между сторонами или обстоятельствах дела".

## **6. Какой закон должен применяться к арбитражному соглашению?**

### ***(1) Надлежащим правом арбитражного соглашения является российское право в силу подразумеваемого выбора права***

227. На данный момент необходимо решить, что является надлежащим правом арбитражного соглашения. Подобный вопрос должен быть решен с помощью норм общего права, касающихся выбора права, т.е. необходимо определить прямой выбор, подразумеваемый выбор или, если ни то, ни другое не применимо, правовую систему, с которой арбитражное соглашение имеет наиболее тесную связь (п. 193 (iv)). В данном случае тремя наиболее важными факторами при решении настоящего вопроса являются:

(i) Арбитражное соглашение не содержит прямой оговорки о выборе права, т.е. в статье 50.1 основного договора нет упоминания о выборе права.

(ii) Местом проведения арбитражного разбирательства, как это предусмотрено в арбитражном соглашении, является Англия.

(iii) Как мы установили ранее, надлежащим правом основного договора является российское право в силу подразумеваемого выбора сторон (п. 200-208).

228. По моему мнению, совокупность этих факторов приводит к выводу о том, что в соответствии с английским общим правом в отношении арбитражного соглашения в силу подразумеваемого выбора применяется российское право. Поскольку стороны косвенно выбрали российское право в качестве надлежащего право основного договора, было бы логично рассматривать данный выбор как распространяющийся на арбитражное соглашение. Такой подразумеваемый выбор является не чем иным, как правильным объективным толкованием основного договора и арбитражного соглашения.

229. Хотя решение о применимом праве арбитражного соглашения зависит от толкования основного договора и арбитражного соглашения, существует ряд основных

причин (то есть причин, которые не затрагивают толкования определенных договоров) которые свидетельствуют о том, при отсутствии оговорки о выборе права в арбитражном соглашении существует презумпция (или общее правило), что право, применимое к основному договору также распространяется на арбитражное соглашение; однако не существует такой презумпции (или общего правила), что право места проведения арбитража является надлежащим правом арбитражного соглашения. Иными словами, это причины, по которым предпочтение отдается подходу "основного договора", а не подходу "места проведения арбитража"

230. Прежде всего я хотел бы разъяснить, что все сказанное здесь касается арбитражного соглашения, содержащегося в основном договоре. Отдельное арбитражное соглашение, заключенное в одно и то же время, не будет рассматриваться иначе, в то время как самостоятельное арбитражное соглашение, заключенное в разное время и при других обстоятельствах, потребует иного анализа.

***(2) Причины, по которым при отсутствии прямого выбора права в арбитражном соглашении действует презумпция (или общее правило), согласно которой надлежащее право основного договора является также надлежащим правом арбитражного соглашения***

*(i) Déreçage является исключением, а не правилом*

231. Если рассматривать арбитражное соглашение таким же образом, как и все другие положения основного договора, то общим правилом будет применение одного и того же надлежащего права. Déreçage является исключением, а не правилом (см. п. 193 (iii) выше).

*(ii) Основа доктрины делимости*

232. Согласно доктрине делимости, арбитражное соглашение рассматривается для определенных целей, как в общем праве, так и в соответствии с разделом 7 Закона об арбитраже 1996 года, в качестве отдельного от основного договора. Причина этого заключается в том, чтобы обеспечить действительность арбитражного соглашения, несмотря на несуществование, недействительность, расторжение или прекращение действия основного договора. Иными словами, данная доктрина исключает довод о том, что стороны не договорились об арбитраже для урегулирования споров относительно отсутствия, недействительности или изначальной неэффективности основного договора; а также исключает довод о том, что арбитражное соглашение не может разрешать споры после прекращения или расторжения основного договора. Это объясняет содержание раздела 7 Закона об арбитраже 1996 года:

**"Отделимость арбитражного соглашения**

Если иное не согласовано сторонами, арбитражное соглашение, которое является частью другого соглашения или должно было стать его частью (будь то в письменной форме) не считается недействительным, не существует или неэффективно, потому что

другое соглашение недействительно, или не возникло или стали неэффективными, и для этой цели оно рассматривается как отдельное соглашение".

233. Эта формулировка в законе недвусмысленно указывает на то, что доктрина делимости была разработана с определенной целью. Цель данной доктрины заключается в том, чтобы рассматривать (можно сказать, несколько фиктивно) арбитражное соглашение как автономное соглашение, в то время как в действительности оно не является самостоятельным, а лишь частью основного договора. Однако эта цель не распространяется на выработку коллизионных норм, применимых к арбитражному соглашению. Из этого следует, что при решении вопроса о надлежащем праве арбитражные соглашения следует рассматривать как часть основного договора.

234. В связи с этим я хотел бы привести характерно четкую и конструктивную позицию Adrian Briggs, *Private International Law in English Courts* (2014), (пп. 14.37- 14.38):

"Если арбитражное соглашение является одним из условий более крупного договора, то право, регулирующее договор в целом, как правило, определяет сферу применения условий этого договора. Хотя арбитражное соглашение для некоторых определенных целей условно отделяется от основного договора, эти цели не включают необходимость того, чтобы его регулирующее право было отдельным или отличным от права основного договора, частью которого оно является. Было бы неправильно выводить из принципа делимости правило, согласно которому право, регулирующее арбитражное соглашение, должно определяться без ссылки на основной договор, в который стороны включили его в качестве условия. Автономность арбитражного соглашения - это одно дело, а его герметичная изоляция - совсем другое. Иными словами, автономность арбитражного соглашения не означает, что оно полностью независимо от основного договора. До любого расторжения арбитражное соглашение будет регулироваться законом, регулирующим договор; после расторжения арбитражное соглашение будет регулироваться тем же законом, поскольку в противном случае оно не будет расторгнуто; вместо этого появится нечто иное. В результате получается, что если право, регулирующее материальный договор, определено Регламентом Рим I, то это право, скорее всего, будет регулировать и арбитражное соглашение и, следовательно, будет также использоваться судом для определения действительности, содержания и сферы применения арбитражного соглашения. Несмотря на то, что Регламент Рим I не содержит требования об определении применимого права к арбитражным соглашениям, это не препятствует применению норм международного частного права для урегулирования настоящего вопроса, которое заключается в том, что арбитражное соглашение обычно регулируется правом договора, условием которого оно является, если оно является условием материального договора".

*(iii) Отделение арбитражного соглашения от остальной части договора может быть проблематичным*



235. Иногда могут возникнуть практические проблемы при проведении границы между арбитражным соглашением и остальной частью основного договора с целью определения надлежащего законодательства. Настоящее дело служит отличным примером. Это связано с тем, что арбитражное соглашение является частью более широкой арбитражной оговорки, т. е. статья 50.1 (изложенная в п. 191 выше) включает обязательство добросовестно разрешить спор и осуществить досудебное урегулирование и только после этого спор, если он еще не будет разрешен, должен быть передан в международный арбитраж. Было бы очень странно и затруднительно применять одно надлежащее право для толкования более ранних предложений статьи 50.1 и другое надлежащее право для толкования более последующих предложений. Более того, термины "извещение" и "письменное уведомление" используются в статье 50.1 - и, следовательно, влияют на момент передачи заявления в арбитраж, - а значение этих терминов изложено в статье 51.4 основного контракта. Следует признать, что для целей определения надлежащего права статья 50.1 должна быть отделена от основного договора. Хотя это позволит избежать трудностей, связанных с применением различных надлежащих норм права в рамках одной и той же оговорки о разрешении спора, но возникает проблема обеспечения согласованности с другими условиями основного договора, такими как статья 51.4 (или, например, статья 51.2, которая является оговоркой об исчерпывающем характере договора). Применение к статье 51.4 иного надлежащего права, чем к статье 50.1, было бы проблематичным. Всех этих трудностей можно было бы избежать, если бы надлежащее право арбитражного соглашения было таким же, как и надлежащее право основного договора.

236. Давайте предположим, что вместо того, чтобы включать арбитражное соглашение в оговорку о разрешении споров, договор, как это часто бывает, содержит два отдельных положения: оговорку о разрешении споров, действовавшее до арбитражного разбирательства, и арбитражное соглашение. Разумеется, использование двух положений вместо одного не может полностью изменить правовой вопрос. Тем не менее, на первый взгляд, именно этого и требует подход "места проведения арбитража".

237. Можно привести и другие примеры трудностей, которые возникнут в результате такого разделения надлежащего права. Возьмем, например, норму английского права о толковании, согласно которой преддоговорные переговоры не должны приниматься во внимание. Предположим (как это, по-видимому, и происходит), что вышеуказанное правило отличается от закона о толковании в Нью-Йорке. Затем предположим, что существует основной договор, регулируемый законодательством Нью-Йорка, который включает в себя арбитражное соглашение с местом проведения арбитража в Лондоне. Возможно, существуют преддоговорные переговоры, которые имеют отношение к пониманию договора, включая арбитражное соглашение. Однако было бы странно принимать во внимание эти переговоры при толковании основного договора (регулируемого правом Нью-Йорка), но исключать их

при толковании арбитражного соглашения (регулируемого английским правом). И в этом случае этой проблемы можно избежать, если одно и то же надлежащее право будет применяться повсеместно.

238. Еще один проблемный пример возникает из-за различных возможных подходов к оговорке о "запрете устных изменений". В английском праве такая оговорка действует для предотвращения последующих устных изменений договора (как указано в деле *MWB Business Exchange Centres Ltd v Rock Advertising Ltd* [2018] UKSC 24; [2019] AC 119). Предположим, что в соответствии с законодательством Нью-Йорка, как представляется, существует противоположная позиция. Тогда представим, что существует договор, содержащий оговорку о запрете устных изменений и арбитражное соглашение. Основной договор регулируется правом Нью-Йорка, но местом проведения арбитражного разбирательства является Лондон. Если к основному договору и арбитражному соглашению применять различные соответствующие законы, это приведет к неоднозначному результату, заключающемуся в том, что последующее устное изменение, которое может повлиять на арбитражное соглашение, будет иметь юридическую силу только в отношении основного договора, но не в отношении арбитражного соглашения. И в этом случае таких проблем не возникнет, если надлежащее право, применимое к основному договору, будет применяться также к арбитражному соглашению.

239. Несомненно, можно предвидеть и многие другие подобные практические проблемы, возникающие в связи с разделением, необходимым в соответствии с подходом места проведения арбитража. Подобные проблемы свидетельствуют о том, что, в отличие от подхода основного договора, подход места арбитража не дает принципиальной возможности двигаться вперед.

*(iv) В прошлых случаях чрезмерное значение придавалось месту проведения арбитража*

240. Тяжело определить, почему в ряде прошлых дел (п. 209-226 выше) место проведения арбитража считалось столь важным для определения надлежащего права арбитражного соглашения. Дело в том, что место проведения арбитража (почти), безусловно, влечет за собой как нормы процессуального права арбитражного разбирательства, так и процессуальную или надзорную юрисдикцию судов (см. п. 193(vi) выше). Поэтому, в данном случае не оспаривается тот факт, что местом действия арбитражного соглашения является Англия и что английские суды обладают процессуальной или надзорной юрисдикцией. Таким образом, возможно, прежде иногда не удавалось провести различие между процессуальным правом арбитражного разбирательства и процессуальной/надзорной юрисдикцией судов, которые с одной стороны, неизменно определяются правом места нахождения арбитража, и, с другой стороны, надлежащим правом арбитражного соглашения.

241. Как пишет Adrian Briggs в *Private International Law in English Courts* (2014) (п. 14.41):

"Определение места проведения арбитражного разбирательства является надежным показателем права, которое стороны намеревались или ожидали применить к разбирательству в арбитражном суде, к его поддержке, надзору и контролю, однако оно не является заявлением о праве, которое будет регулировать первоначальную действительность и сферу действия арбитражного соглашения. Стороны могут заявить, что они намереваются провести арбитражное разбирательство в Лондоне, и вполне возможно, что они рассчитывают, что Закон об арбитраже 1996 года станет основой для процедуры и будет применяться после начала арбитражного разбирательства. Однако из этого не следует или нет необходимости делать вывод о том, что действительность договора, также будет регулироваться английским правом, поскольку это совершенно иной вопрос".

242. Еще одно возможное объяснение того, почему в предыдущих делах предпочтение отдавалось месту проведения арбитража, заключается в том, что оно основывалось на устаревшей презумпции (с учетом того, как работает современный международный арбитраж), что арбитры, находящиеся в месте проведения арбитража, будет удобно применять лишь свое собственное право. В деле *Cie Tunisienne de Navigation SA v Cie d'Armement Maritime SA* [1971] AC 572 Палата лордов постановила, что выбор права места проведения арбитража в арбитражной оговорке является показателем надлежащего права основного договора. В поддержку этого утверждения было выдвинуто представление о том, что причиной выбора английских арбитражных судов является то, что английские арбитры будут наиболее хорошо знакомы с английским правом. Lord Wilberforce, отвергая данную позицию, заявил (п. 596): "Я осмелюсь предположить, что в настоящее время в коммерческих делах это может быть недостаточным признанием международного характера лондонского Сити как коммерческого центра, а не предпочтение английских правил, по которой выбирается арбитраж в Лондоне". В данном случае арбитрам не составило труда сделать выбор в пользу французского права, и я не думаю, что они сочли бы установление французского права в отношении возмещения убытков более сложным, чем английское законодательство о досрочном нарушении".

243. Как заявил Popplewell LJ в Апелляционном суде по данному делу (п. 72):

"Я сомневаюсь, что [этому утверждению] будет придаваться значительный вес в контексте большинства международных арбитражных разбирательств в Англии, в которых английским арбитрам часто предлагается решать вопросы в соответствии с иностранным регулирующим правом, и считается, что они компетентны сделать это. Тем более оно неприменимо к такому делу, как настоящее, включающему арбитраж по Регламенту ICC, которое обычно связано с назначением иностранных арбитров, представляющих различные правовые традиции и дисциплины несмотря на то, что местом проведения арбитражного разбирательства является Лондон."

244. Mr Dicker утверждал, что место проведения арбитража может часто выбираться для обеспечения объективности. Однако стремление к объективности, безусловно, обычно связано с квалифицированностью и добросовестностью лиц, принимающих решения, но редко имеет какое-либо отношение к праву, подлежащему применению (т. е. соответствующая объективность относится к лицу, принимающему решение, а не к праву, подлежащему применению этим лицом). В заявлении Mr Dicker, возможно, подразумевалось, что стороны в данном деле выбрали Англию в качестве места проведения арбитражного разбирательства именно потому, что не доверяли российским судам. Безусловно, можно с легкостью согласиться с тем, что объективность за пределами внутренних судов может быть причиной, по которой стороны выбирают международный арбитраж, и что юрисдикционная или надзорная юрисдикция судов в месте нахождения может быть значительной. Однако стремление к объективности не объясняет, почему стороны выбрали в качестве надлежащего права арбитражного соглашения право места проведения арбитража, а не право основного договора. Более того, в данном случае, если бы стороны действительно не доверяли российским судам, можно было бы ожидать, что в основном договоре будет оговорка об исключительной юрисдикции (требующая, чтобы любое разбирательство происходило в английских судах). В любом случае, нам не было представлено никаких доказательств, подтверждающих предположение о том, что стороны в данном деле не доверяли российским судам. Очевидно, что они предпочли решить спор путем арбитража, а не судебного разбирательства, но это уже совсем иной вопрос.

*(v) В прошлых делах, как правило, недостаточное значение придавалось подразумеваемому выбору сторон*

245. Хотя очень трудно аргументировать все предыдущие дела, но ясное обоснование, данное Апелляционным судом в этом деле (зеркально отражающее другие судебные попытки), в стремлении прочно утвердить закон, при всем уважении не придает достаточного значения предполагаемому выбору сторон. Этот подход заключался в том, что в целом надлежащее право арбитражного соглашения определяется местом, выбранным для арбитражного разбирательства, если только в основном договоре нет прямого выбора надлежащего права (см. решение Popplewell LJ пп. 90-91 и 105 и п. 226). Но почему только прямой выбор надлежащего права в основном договоре имеет подобную юридическую силу? Так, Mr Bailey убедительно утверждал в своем письменном заявлении, что "важно то, что стороны сделали выбор, а не то, каким образом этот выбор был сделан". Иными словами, не имеет рационального смысла придавать большое значение явно выраженному выбору в основном договоре и в то же время придавать малое значение подразумеваемому выбору.

*(vi) Процессуальное право арбитражного разбирательства и процессуальная юрисдикция могут быть отделены от надлежащего права арбитражного соглашения*

246. Основное утверждение Mr Dicker, совпадающее с мнением Popplewell LJ в Апелляционном суде, заключается в том, что нельзя должным образом отделить применимое процессуальное право арбитражного разбирательства от надлежащего права арбитражного соглашения, так как они взаимосвязаны (пп. 96-99). Из этого следует, что стороны вряд ли намеревались, чтобы надлежащее право арбитражного соглашения отличалось от применимого процессуального права арбитражного разбирательства (однако мы выяснили, что последнее является английским в силу выбора места проведения арбитража). Хотя в целом можно сказать, что процессуальное право арбитражного разбирательства касается арбитражной процедуры, а надлежащее право арбитражного соглашения – с содержанием арбитражного соглашения сторон (с его существованием, действительностью и сферой применения), однако в данном контексте нельзя прямо разделить процедуру и существо дела. Об этом, как утверждается, свидетельствуют положения Закона об арбитраже 1996 года. Если местом проведения арбитража является Англия, то положения этого закона применяются независимо от того, каким правом регулируется арбитражное соглашение; и многие из этих положений (например, разд. 5, 7, 12, 28(1), 58, 60, 71(4), 79 и 82(2)) являются материальными, а не процессуальными.

247. Если рассматривать это утверждение в общем контексте английских коллизионных норм, то оно может показаться неожиданным. Ведь давно признано, что, хотя при проведении сравнения могут возникать второстепенные вопросы, существует важное различие между процессуальными вопросами, которые регулируются законом суда, и вопросами существа, которые регулируются конкретным надлежащим правом; и в настоящее время не предполагается, что выбранный суд, регулирующий процедуру, будет решающим или даже важным фактором при принятии решения о надлежащем праве, которое определяет материальные права сторон.

248. Следует также отметить, что при наличии в основном договоре прямой оговорки о выборе права, определяющей иное надлежащее право, нежели правовое регулирование арбитражного соглашения, возникает тот же вопрос об отделении процессуального права арбитражного разбирательства от надлежащего права арбитражного соглашения. Однако широко распространено мнение, что при определении надлежащего права арбитражного соглашения прямая оговорка о выборе права в основном договоре будет иметь преимущественную силу перед выбором места проведения арбитража.

249. Более того, касаясь Закона об арбитраже 1996 года, я принимаю утверждения Chubb Russia, столь убедительно изложенные по этому вопросу Toby Landau QC, и считаю, что утверждения Mr Dicker (и доводы Popplewell LJ по этому поводу) неверны по следующим двум причинам:

(i) Почти все положения Закона об арбитраже 1996 года, которые называются материальными, а не процессуальными, являются диспозитивными. И в отношении таких диспозитивных положений раздел 4(5) Закона 1996 года устанавливает (как и

следовало ожидать в любом случае), что наличие соответствующего иностранного закона об арбитражном соглашении означает, что диспозитивные положения Закона 1996 года не применяются. На это положение Chubb Russia не ссылались в Апелляционном суде, и оно не было упомянуто в решении Апелляционного суда. Четвертый раздел устанавливает следующее:

#### **"Императивные и неимперативные положения"**

(1) Обязательные положения настоящей части перечислены в Приложении 1 и имеют силу, несмотря на любое соглашение об обратном.

(2) Другие положения данной части ("диспозитивные положения") позволяют сторонам заключать свои собственные соглашения о выборе применимого права, но устанавливают правила, которые применяются в отсутствие подобного соглашения....

(3) Стороны могут принять такие меры, договорившись о применении институциональных правил или предусмотрев любые другие средства, с помощью которых может быть решен вопрос.

(5) Выбор права, отличного от права Англии и Уэльса или Северной Ирландии, в качестве применимого права в отношении вопроса, предусмотренного диспозитивным положением настоящей части, эквивалентен соглашению, содержащему положение по данному вопросу. Для этой цели применимое право, определяемое в соответствии с соглашением сторон или объективно определяемое при отсутствии какого-либо прямого или подразумеваемого выбора, рассматривается как избранное сторонами".

Как отмечается в Дополнительном отчете Консультативного комитета Министерства по арбитражному праву (DAC) "позволяет избежать опасности то, что... выбор Англии в качестве места проведения арбитражного разбирательства неизбежно повлечет за собой применение каждого положения Закона" (п. 12, разд. 4(5)).

(ii) Остальные положения Закона 1996 года, на которые ссылается Mr Dicker (разделы 12-13 и 66-68), как представляется, носят процессуальный, а не материальный характер (они касаются продления сроков начала арбитражного разбирательства, сроков исковой давности, а также исполнения и отмены арбитражного решения). Но даже если рассматривать их как материально-правовые (см. *Poplewell* LJ п. 96), очевидно, что сами по себе они не могут рассматриваться как имеющие какое-либо отношение к надлежащему праву арбитражного соглашения.

*(vii) Раздел 103(2)(b) Закона об арбитраже 1996 года (кодифицирующий статью V(1)(a) Нью-Йоркской конвенции 1958 года) является нейтральным*

250. Mr Dicker попытался прибегнуть к статье V(1)(a) Нью-Йоркской конвенции 1958 года о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, которая была кодифицирована в статье 103(2)(b) Закона об арбитраже 1996 года. Это законодательное положение (которое по сути идентично статье V(1)(a) Нью-Йоркской конвенции 1958 года) гласит следующее:

### **"103. Отказ в признании или исполнении.**

(1) В признании или приведении в исполнение арбитражного решения, вынесенного на основании Нью-Йоркской конвенции, не может быть отказано, за исключением следующих случаев.

(2) В признании или приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит доказательства того, что:

(a) одна из сторон арбитражного соглашения была (по применимому к ней закону) недееспособной;

(b) арбитражное соглашение не соответствовало соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовало закону той страны, где имел место арбитраж; ...".

Таким образом, данное нормативное положение касается отказа в признании или приведении в исполнение иностранного арбитражного решения (т.е. решения, вынесенного на территории иностранного государства, которое является участником Нью-Йоркской конвенции: Закон об арбитраже 1996 г., раздел 100(1)), в случае, когда арбитражное соглашение является недействительным по закону, которому его подчинили стороны, или, при отсутствии какого-либо указания на это, по закону той страны, где имел место арбитраж. Таким образом, это означает признание законодателем значимости закона места проведения арбитража. Однако это положение непосредственно касается только приведения в исполнение или признания арбитражных решений. Оно не имеет прямого отношения к действительности арбитражного соглашения до возникновения каких-либо вопросов относительно его исполнения или признания, хотя Mr Dicker утверждает (опираясь на Albert van den Berg, *The New York Convention of 1958 (1981)*, пп. 126-128), что то, что имеет значение в конце, должно иметь значение и в начале. Ответ Mr Bailey состоял в том, что, даже если рассматривать это положение как имеющее значение на стадии, предшествующей исполнению, оно, как правило, поддерживает его заявление, поскольку значение закона места проведения арбитража имеет место только на исполнении обязательств: если стороны выбрали надлежащее право арбитражного соглашения, в том числе подразумеваемое, закон места проведения арбитража не применяется. Иными словами, по его мнению, настоящее законодательное положение просто не имеет значения в случае, когда имеется подразумеваемый выбор (как это имеет место в данном деле). Я согласен с его мнением. Однако важно добавить, что законодательное положение не имеет отношения к данному делу по более очевидной причине: как я уже указывал, данное дело касается толкования арбитражного соглашения, а не его действительности (пп. 194-199 выше). Следует также подчеркнуть, что арбитражное решение по данному делу будет национальным решением, поскольку местом его вынесения является Англия, и, следовательно, раздел 103(2)(b) к нему не применяется.

251. Тем не менее, в данном случае я хотел бы сформулировать причины, которые в целом говорят в пользу подхода, основанного на "основном договоре", а не на "место проведения арбитража". На первый взгляд, положение закона (и статья V(1)(a) Нью-Йоркской конвенции) действительно обеспечивает поддержку в отношении действительности арбитражного соглашения и, по крайней мере на стадии исполнения и признания, для применения права места проведения арбитража, если сторонами не был сделан явный или подразумеваемый выбор права. Можно сказать, что оно представляет собой законодательную политику и политику международного арбитража, которые должны соблюдаться в рамках общего права. Однако в той мере, в какой можно применить это положение, чтобы внести практические изменения в определение надлежащего права арбитражного соглашения (т. е. когда в качестве надлежащего права арбитражного соглашения на стадии, предшествующей исполнению, применяется закон места проведения арбитража, а не закон основного договора), возникают трудности с согласованием этого положения с "принципом валидации". В пункте 198 выше мы объяснили, что этот принцип является общим, согласно которому суды отдают предпочтение надлежащему праву, которое признает арбитражное соглашение законным, а не праву, который признает его недействительным; как видно, это основано на презумпции, что рациональные стороны предпочли бы, чтобы соглашение было признано действительным, а не наоборот. Из этого следует, что, если не принять неуместный вывод о том, что законодательное положение может (иногда) отменить принцип валидации (конечно, иногда оно будет соответствовать ему), необходимо толковать это положение таким образом, чтобы в случае, когда арбитражное соглашение было бы недействительным по закону места проведения арбитража, но действительным по закону основного договора, то последний будет иметь приоритет над первым. Наиболее очевидным способом достижения этой цели является признание того, что данное положение предоставляет свободу усмотрения. Соответствующие положения законодательства гласят, что в признании или приведении в исполнение арбитражного решения "может быть отказано". Если предположить, что такое усмотрение существует, то оно должно быть реализовано в соответствии с "принципом валидации". Следствием этого будет то, что любые практические различия в отношении действительности между надлежащим правом места проведения арбитража и надлежащим правом основного договора будут недействительны.

252. Ardavan Arzandeh и Jonathan Hill, "Ascertaining the Proper Law of an Arbitration Clause under English Law" (2009) *Journal of Private International Law* 425, 442, справедливо подчеркивают, что, несмотря на внешнюю привлекательность, проблематично решить вопрос о надлежащем праве арбитражного соглашения, прочитав статьи V (1) (a) Нью-Йоркской конвенции (и, следовательно, из статьи 103 (2) (b) Закона 1996 года):

"Хотя международная гармонизация правил выбора права на основе норм, закрепленных в статье V(1)(a) Нью-Йоркской конвенции, внешне привлекательна, она



не является полностью беспроблемной. Если национальный суд может по своему усмотрению распорядиться об исполнении арбитражного решения, несмотря на то, что лежащая в его основе арбитражная оговорка является недействительной в соответствии с правом, указанным в статье V(I)(a), то правомерно задаться вопросом, будет ли логичным или разумным рассматривать нормы о выборе права, закрепленные в статье V(I)(a), в интерпретации van den Berg, как автоматически применимые в контекстах, отличных от исполнения арбитражных решений, то есть в контекстах, в которых элемент усмотрения отсутствует".

253. Таким образом, итоговая позиция заключается в том, что раздел 103(2)(b) не только не имеет прямого отношения к обстоятельствам данного дела (поскольку нас интересует толкование, а не действительность, и арбитражное решение будет национальным), но и не имеет прямого отношения к нашему общему вопросу, поскольку мы не занимаемся приведением в исполнение или признанием арбитражного решения. Это согласуется с мнением Robert Merkin, *Arbitration Law* (Issue 84, 2020) (п. 7.15), согласно которому это положение "имеет более ограниченное действие", чем может показаться на первый взгляд. В любом случае, как представляется, предусмотренная в этом положении поддержка "подхода места проведения арбитража" может и должна быть ограничена, чтобы обеспечить соблюдение "принципа валидации" (тем самым исключая любые практические различия в отношении действительности между надлежащим правом места проведения арбитража и надлежащим правом основного договора). По всем этим причинам представляется разумным рассматривать раздел 103(2)(b) Закона об арбитраже 1996 года как диспозитивную норму, которое не должно рассматриваться как несовместимое с принципиальным решением или как препятствующее ему.

*(viii) Оговорка об исключительной подсудности по аналогии*

254. При определении принципиального подхода к надлежащему праву арбитражного соглашения целесообразно провести аналогию между арбитражным соглашением и оговоркой об исключительной юрисдикции. Допустим, имеется договор, регулируемый российским правом, но с юрисдикционной оговоркой, предоставляющей исключительную юрисдикцию английским судам. Какое право должно применяться к оговорке об исключительной юрисдикции? Хотя Mr Dicker утверждал, что эта оговорка будет регулироваться (предположительно) английским правом, как судом (и местом), выбранным сторонами, он не смог подкрепить это утверждение какими-либо убедительными источниками. Было бы удивительно, если бы надлежащее право юрисдикционной оговорки не совпадало с надлежащим правом основного договора. Безусловно, именно такой позиции придерживаются Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, 15th ed (2012), п. 12.103:

"Согласно общему праву, обычно соглашение о юрисдикции (как и арбитражные соглашения, которые также исключены статьей 1(2)(e) из сферы применения Регламента Рим I) регулируется правом, применимым к договору, частью которого оно

является. Таким образом, в соответствии с принципами коллизионного общего права, закон, регулирующий договор, будет также, как правило, регулировать соглашение о юрисдикции. Таким образом... данный закон регулирует построение и толкование соглашения..."

*(ix) Заключение*

255. В совокупности эти причины убедительно доказывают, что при определении надлежащего права арбитражного соглашения следует отдать предпочтение подходу, основанному на "основном договоре", а не на "месте проведения арбитража". Их следует рассматривать как поддержку презумпции (или общего правила), согласно которой надлежащее право основного договора также является надлежащим правом арбитражного соглашения. В данном случае они подтверждают вывод о том, что надлежащим правом арбитражного соглашения является российское право в силу подразумеваемого выбора.

***(3) Подлежащим применению правом арбитражного соглашения является российское право, даже если не было подразумеваемого выбора***

256. Я пришел бы к такому же выводу, что надлежащим правом арбитражного соглашения является российское право, по причинам, изложенным в пунктах 231-255 выше, даже если бы надлежащим правом основного договора было российское право согласно статье 4, а не согласно статье 3(1) Регламента Рим I, по крайней мере, если бы причиной этого было то, что Россия является страной, с которой договор наиболее тесно связан. Это, в свою очередь, позволило бы перейти к третьему этапу применения подхода, основанного на общем праве, и означало бы, что несмотря на то, что местом арбитражного разбирательства является Англия, арбитражное соглашение также имеет наиболее тесную связь с Россией. Неудивительно, что в общем праве можно прийти к одному и тому же результату, независимо от того, применяется ли подразумеваемый выбор или правило по умолчанию. Уже давно признано, что существует небольшое различие между этими двумя этапами: они представляют собой различие между подразумеваемым и условным намерением. В деле *Amin Rasheed Shipping Corp v Kuwait Insurance Co* [1984] AC 50 абсолютное большинство, во главе с лордом Diplock, решило, что английское право является надлежащим правом в силу подразумеваемого выбора, тогда как лорд Wilberforce пришел к такому же выводу, применив принцип наиболее тесной связи, признав при этом (п. 69), что эти два явления "сливаются друг с другом". Однако, в целом важно признать, что к такому же выводу можно прийти, если применить третью стадию подхода общего права. Более того, это дело можно решить, не выходя за рамки выбора сторон, применив данный подход. Таким образом, подлежащее применению право арбитражного соглашения является российское по причине подразумеваемого выбора.

***(4) Изложение норм общего права, касающихся надлежащего права арбитражного соглашения***

257. Приведенное выше обоснование позволяет мне изложить нормы общего права о надлежащем праве арбитражного соглашения (содержащегося в основном договоре) следующим прямым и принципиальным образом, который (если бы эта точка зрения нашла поддержку) был бы легко применим и стал бы одним из способов обеспечения ясности, к которой справедливо стремился Popplewell LJ:

(i) Надлежащее право арбитражного соглашения должно быть определено путем применения трехэтапного подхода, основанного на общем праве. Имеется ли прямой выбор права? Если нет, то существует ли подразумеваемый выбор права? Если нет, то с какой системой права арбитражное соглашение имеет наиболее тесную связь?

(ii) Если в арбитражном соглашении имеется прямая оговорка о надлежащем праве (что бывает редко), она будет иметь определяющее значение.

(iii) В тех случаях, когда такой оговорки нет, существует презумпция или общее правило, согласно которым надлежащее право основного договора является также надлежащим правом арбитражного соглашения. Эта презумпция или общее правило могут способствовать рассмотрению на любом из трех этапов подхода, основанного на общем праве. (Наиболее целесообразно использовать формулировку презумпции, когда рассматривается выбор сторон на первых двух этапах разбирательства, т.е. это презумпция намерений сторон, и использовать формулировку общего правила, когда рассматривается третий этап наиболее тесной связи).

(iv) Наиболее очевидно, что эта презумпция может быть опровергнута, или же существует исключение из этого общего правила, когда применяется стандартный "принцип валидации" (английский коллизионный закон), т.е. когда закон места проведения арбитража (или другая соответствующая юрисдикция) будет рассматривать арбитражное соглашение как действительное, тогда как надлежащее право основного договора будет рассматривать арбитражное соглашение как недействительное (или, как в деле *Sulamérica*, не имеющее обязательной силы для одной из сторон). В очень редких случаях эта презумпция может быть опровергнута, если очевидно, что стороны выбрали право места проведения арбитража в качестве надлежащего права арбитражного соглашения, даже если в арбитражном соглашении отсутствует прямая оговорка о надлежащем праве.

258. Все вышесказанное не отменяет устоявшуюся и неоспоримую позицию, согласно которой процессуальное право арбитражного разбирательства и процессуальная юрисдикция почти неизменно определяются местом проведения арбитражного разбирательства.

## **7. Заключительные положения о праве, применимом к арбитражному соглашению**

259. Нам были продемонстрированы труды многих авторов, затронувшие в своих комментариях данной проблематики. Некоторые из них (например, *International Commercial Arbitration, 2nd ed (2014), Chapter 4; and Julian Lew, The Law Applicable to the*

*Form and Substance of the Arbitration Clause in Albert van den Berg (ed) Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, (1998) ICCA Congress Series Vol 9, 114, 114-145*) ссылались на международный контекст, и я на протяжении всего процесса прекрасно осознавал, что было бы неуместно устанавливать подход к английскому общему праву, который противоречил бы общепринятым принципам права международного арбитража. Хотя авторы, как и судьи, не высказываются единогласно по стоящему перед нами вопросу, мною было обнаружено, что большинство работ, на которые нас ссылали, проясняют ситуацию. Особую помощь мне оказали работы, о которых я упоминал ранее, Лордов Mustill и Stewart Boyd, Gary Born, Robert Merkin и Louis Flannery, Albert van den Berg, Adrian Briggs, и Ardavan Arzandeh и Jonathan Hill. Кроме того, мне помогла отличная справка о решении Апелляционного суда по этому делу *Edwin Peel, "The Proper Law of an Arbitration Agreement" (2020) 136 LQR 534,260*. Из всего вышесказанного мною, очевидно, что мы пришли к практически единому мнению по большинству аспектов данного вопроса (например, в том, что (по крайней мере, в общем и целом) выбор применимого права сделанный явным или подразумеваемым способом, для основного договора распространяется на арбитражное соглашение, независимо от указанное место арбитражного разбирательства), тем не менее при всем моем уважении я не могу согласиться, с общим подходом или выводом в данном случае моих коллег, Лордов Hamblen и Leggatt (с которыми согласен Лорд Kerr). По их мнению, в данном случае надлежащим правом применимым к арбитражному соглашению является английское право, ввиду отсутствия совершения явного или подразумеваемого выбора применимого права к арбитражному соглашению, а также в связи с тем, что арбитражное соглашение имеет наиболее тесную и реальную связь с Англией как местом проведения арбитража. Их решение было бы иным, если бы надлежащим применимым правом к основному договору было российское законодательство по причине явно выраженного или подразумеваемого выбора. Но поскольку по их мнению, надлежащим применимым правом к основному договору является российское право только ввиду того, что оно имеет наиболее тесную и реальную связь с Россией, то в таком случае это означает, что надлежащим правом применимым к арбитражному соглашению является английское право.

260. Это приведет к принципиально разным выводам, которые будут обусловлены разделением между стадиями выбора и неисполнения положений Регламента Рим I и между второй и третьей стадиями подхода общего права таким образом, который, при всем уважении, я не считаю оправданным в принципе. Я также считаю, что такой подход приводит к нежелательным практическим и беспринципным последствиям (особенно путем принудительного разделения соответствующих законов), подобным тем, которые изложены выше в пунктах 235-239. У меня также есть опасения по поводу идеи о том, что английское общее право должно отойти от принципиального решения на основе предполагаемого - но, на мой взгляд, недоказанного - консенсуса относительно политики международного арбитража в пользу подхода по месту нахождения (при

отсутствии выбора). На мой взгляд, надлежащим законодательством для арбитражного соглашения является российское. Это связано с тем, что надлежащим правом основного договора является российское по подразумеваемому выбору, и этот подразумеваемый выбор включает в себя подразумеваемый выбор российского права для арбитражного соглашения или переносится на него, чтобы представлять собой подразумеваемый выбор российского права для арбитражного соглашения. Даже если мои рассуждения о надлежащем праве основного договора неверны - и надлежащим правом основного договора является российское право по причине того, что Россия имеет наиболее тесную и реальную связь, а не по подразумеваемому выбору, - я бы все равно рассматривал надлежащее право арбитражного соглашения как российское право по причине арбитражного соглашения, имеющее наиболее тесную и реальную связь с российским законодательством. Это делается для применения общего правила, из которого здесь нет исключений, согласно которому надлежащее право основного договора также является надлежащим правом арбитражного соглашения

#### **8. Судебный запрет на возбуждение иска**

261. Если бы возобладал мой вывод о надлежащем праве арбитражного соглашения - о том, что надлежащим правом арбитражного соглашения является российское право, - возник бы следующий вопрос. Следует ли передать это дело в Английский коммерческий суд для принятия решения о вынесении судебного запрета на возбуждение иска или, как утверждал Mr Bailey, следует оставить это дело на усмотрение российских судов, отказав в вынесении судебного запрета на возбуждение иска (отменив решение Апелляционного суда)? Не подлежит сомнению, что английские суды, поскольку Англия является местом проведения арбитражного разбирательства, обладают юрисдикцией курации или надзора для поддержки и приведения в исполнение арбитражного соглашения (см. пункт 193(vi) выше). Также очевидно, что Английский коммерческий суд располагает средствами и опытом, опираясь на экспертные заключения по российскому законодательству, для принятия решения о правильном толковании арбитражного соглашения с применением российского законодательства. Я считаю, что в этих обстоятельствах, если бы мое мнение о надлежащем праве арбитражного соглашения было мнением большинства, надлежащим решением был бы вопрос о том, следует ли предписать передать судебный запрет на подачу иска в Английский коммерческий суд, который должен был бы определить, следует ли, применяя российское законодательство для толкования арбитражного соглашения, разбирательство в России представляло собой нарушение арбитражного соглашения. Этот суд также должен был бы определить, если бы Епка было дано разрешение заявить о своей позиции по данному вопросу, существовал ли, применяя российское законодательство, серьезный риск признания арбитражного соглашения недействительным в соответствии с российским законодательством на момент заключения этого арбитражного соглашения (см. пункт 197 выше). Если бы мое мнение о надлежащем законодательстве возобладало, приостановление исполнения

судебного запрета на подачу иска, следовательно, не было бы отменено, и обязательства, данные сторонами, в ожидании результатов этой апелляции, пришлось бы продлить, чтобы защитить позицию Enka.

## **9. Заключение**

262. Вопреки совместному решению Лорда Hamblen и Лорда Leggatt (с которыми согласен Лорд Kerr), по крайней мере я считаю, что по основному вопросу права в деле *Chubb Russia* в том, что надлежащим правом применимым к арбитражному соглашению является российское, а не английское право; и в этом отношении исходя из этого, я бы передал вопрос о том, следует ли выносить судебный запрет на возбуждение иска, в Английский коммерческий суд.

### **ЛОРД SALES:**

263. Я согласен с суждением Лорда Burrows. В отношении определения надлежащего применимого права арбитражного соглашения, содержащегося в основном контракте, я считаю, что подход “основного контракта” следует предпочесть подходу “места заключения”. Я добавляю краткое собственное суждение, чтобы объяснить свою позицию в отношении пунктов, по которым в суде существуют расхождения во мнениях, и указать области, в которых я согласен с решением Лорда Hamblen и Лорда Leggatt.

264. Суд пользуется этой возможностью, чтобы прояснить позицию относительно подхода к определению права применимого к арбитражному соглашению, которое является частью основного контракта. Основной контракт может содержать или не содержать положение, устанавливающее надлежащее право контракта. В тех случаях, когда основной договор содержит такое положение, стороны обычно отдельно не предусматривают право применимое к арбитражному соглашению, включенного в основной договор.

265. Согласно английским коллизионным нормам, право применимое к основному контракту обычно определяется путем применения регламента Рим I, который в свою очередь не применяется в отношении арбитражного соглашения. Применительно к арбитражному соглашению надлежащее право определяется ссылкой на коллизионные нормы общего права: надлежащим правом является то, которое выбрано сторонами (i) прямо или (ii) косвенно, в соответствии с условиями любого соглашения, заключенного между ними, и (iii) в отсутствие такого выбора является правом страны, с которой арбитражное соглашение имеет наиболее тесную и реальную связь

### **Выбор сторон**

266. В тех случаях, когда основной договор включает в себя условие, устанавливающее надлежащее право, применимое к контракту, я могу выразить согласие с позицией Лорда Hamblen и Лорда Leggatt, заключающейся в том, что обычно

выбор права, определенный таким положением распространяет свое действие в том числе на арбитражное соглашение.

267. Я также согласен с Лордом Hamblen и Лордом Leggatt в том, что для этих целей необязательно проводить четкое различие между явно выраженным выбором применимого права и подразумеваемым. Этот момент может быть проиллюстрирован решением по делу *Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA против Enesa Engenharia SA* [2012] EWCA Civ 638; [2013] 1 WLR 102 ("*Sulamérica*"). Это дело касалось арбитражного соглашения, содержащегося в основном контракте, которое включало условие о том, что правом применимым к контракту является бразильское законодательство. В своем решении Moore-Bick LJ предположил, что речь шла о том, был ли совершен подразумеваемый выбор сторонами, тем самым подразумеваемый выбор права в отношении арбитражного соглашения, и постановил, что в силу применения принципа действительности договора термин "выбор права" не может быть истолкован как имеющий такой эффект: пункты 25-26 и 31. Однако можно было бы проанализировать влияние соответствующего правового положения в основном контракте, задавшись вопросом, распространяется ли на истинную конструкцию его прямых условий утверждение о том, что надлежащим правом контракта является бразильское законодательство, на арбитражное соглашение, которое было частью этого контракта. Опять же, применение принципа действительности указывало бы на то, что в конкретных обстоятельствах дела стороны не намеревались распространять это заявление так далеко.

268. Этапы (i) и (ii) нормы общего права приведены в соответствии с критерием, предусмотренным в статье 3(1) Регламента Рим I. Первый основной момент различия между решением Лорда Burrows и решением Лорда Hamblen и Лорда Leggatt заключается в том, намеренно ли в обстоятельствах настоящего дела стороны выбрали российское законодательство в качестве права, регулирующего основной договор, включая арбитражное соглашение. В этом вопросе я согласен с Лордом Burrows в том, что они это сделали. Хотя стороны не включили в основной договор прямого указания на выбор права, они включили в основной договор множество ссылок, чтобы дать понять свое намерение, урегулировать их отношения российским законодательством. В обстоятельствах данного дела и учитывая характер задачи, которую предстояло выполнить Enca, с их стороны было бы странно предполагать, что должен применяться какой-либо другой закон. Рекомендации, содержащиеся в докладе Giuliano и Lagarde о Римской конвенции, которая позже стала Регламентом Рим I (пункт 203 выше), убедительно подтверждают эту точку зрения. В отличие от дела *Sulamérica*, не было веской компенсирующей причины указывать на то, что воля сторон была направлена, на выбор права, который они сделали для своего контракта, не распространялся на арбитражное соглашение, являющегося его частью.

269. Если стороны основного контракта включают арбитражное соглашение как часть этого контракта, то в общих чертах есть веские основания сделать вывод о том, что

они намерены своим выбором закона, регулирующего этот контракт, распространить также и на арбитражное соглашение, как указывают Лорд Hamblen и Лорд Leggatt: пункт 53 выше. Существует презумпция, что в обычных обстоятельствах контракт имеет единый применимый закон, поскольку в противном случае в коммерческие соглашения был бы внесен “существенный элемент неопределенности”: *Jacobs, Marcus & Co против Credit Lyonnais (1884) 12 QBD 589, 602-603 за Bowen LJ*; смотрите также дело *Kahler v Midland Bank [1950] AC 24, 42* (Лорд MacDermott). Контракт содержит единый набор прав и обязанностей, созданных при одном и том же стечении обстоятельств, поэтому обычным и естественным выводом является то, что стороны на объективной основе намереваются, чтобы в отношении них применялось одно и то же надлежащее законодательство. Арбитражное соглашение, содержащееся в основном контракте, накладывает обязательство передавать споры в арбитраж при определенных обстоятельствах как части совокупности прав и обязанностей, созданных и изложенных в основном контракте. В обычных обстоятельствах я не вижу веских оснований для вывода о том, что стороны основного контракта намеревались, чтобы толкование обязательства по арбитражному разбирательству регулировалось какой-либо иной системой права, отличной от системы права, которая регулирует толкование всех других обязательств в их контракте.

270. Применение одного и того же права для регулирования конструкции всего договора, заключенного сторонами, обеспечивает простоту и согласованность в его толковании. Это позволяет избежать неопределенности, связанной с толкованием различных частей договора по законодательству разных юрисдикций. Можно ожидать, что любая национальная правовая система будет обладать внутренней согласованностью, чего не будет в случае, когда две национальные правовые системы установлены бок о бок или накладываются друг на друга. У каждого из них будет своя внутренняя логика в решении конкретных вопросов, которая расходится с внутренней логикой другого. У каждого могут быть разные решения практических проблем, которые согласуются в рамках этой системы, но противоречат решениям, предлагаемым другой системой, в соответствии с тем, что согласовано в рамках этой другой системы. Таким образом, презумпция того, что в договоре действует единое применимое законодательство, отражает обычные ожидания сторон договора, поскольку разумно предположить, что они предпочитают определенность, согласованность и простоту при разработке практических последствий своего соглашения.

271. На мой взгляд, эти моменты лежат в основе замечания Лорда Mustill в деле *Channel Tunnel Group Ltd против Balfour Beatty Construction Ltd [1993] AC 334, 357-358*, что было бы исключением, если бы право применимое к арбитражному соглашению отличалось от права применимого к основному контракту. Мнение Лорда Mustill в этой области имеет большой вес. Он также отметил, что нет ничего необычного в том, что право применимое к процессуальным аспектам арбитража в отношении арбитража отличается от права применимого к основному контракту (и надлежащего права



арбитражного соглашения, содержащегося в основном контракте). Объяснение этому заключается в том, что процессуальный закон следует за выбором места. Когда стороны выбирают конкретное место, причины, по которым они это делают, включают в себя взаимосвязь между предусмотренными в законодательстве места проведения основаниями, по которым суды этой юрисдикции могут вмешиваться в процесс проведения арбитражной процедуры или влиять на ее исход, и степенью, в которой эти суды могут предпринять позитивные действия в поддержку проведения арбитражной процедуры и сохранения арбитражного соглашения, в том числе путем вынесения судебного запрета. Эти причины применимы независимо от того, каким будет выбрано право к основному договору или арбитражному соглашению. Следовательно, я не считаю, что обычно выбор места рассмотрения дела является каким-либо надлежащим основанием полагать какое применимое право к основному договору или арбитражному соглашению стороны намеревались применить или могли ожидать его применения.

272. По этому поводу можно сделать два замечания. Во-первых, много десятилетий назад было понятно, что, когда стороны оговаривали, что место проведения их арбитража будет находиться в определенной юрисдикции, их намерение состояло в том, чтобы арбитрами были местные юристы, выбранные за их опыт в законодательстве этой юрисдикции, так что можно было сделать вывод, что стороны намеревались, что они будут применять это законодательство при решении спорных вопросов, в том числе в отношении надлежащего толкования арбитражного соглашения и основного контракта. Но изменения в способах проведения международного арбитража означал, что такой вывод уже к 1970 году был неоднозначным, как объяснил Лорд Wilberforce в *Cie Tunisienne de Navigation SA против Cie d'Armement Maritime SA* [1971] AC 572, 596. В современных условиях международного арбитража, в которых арбитры могут быть привлечены из разных юрисдикций и от которых регулярно ожидается получение доказательств в отношении иностранного права и их применение, в настоящее время это уже не является правдоподобным выводом.

273. Во-вторых, стороны иногда могут выбирать арбитраж для разрешения своих споров с местом нахождения в нейтральной юрисдикции, поскольку та или иная из них не полностью доверяет беспристрастности судов государства другой стороны. Но предпочтение нейтрального места не подтверждает каких-либо выводов относительно намерений сторон относительно права, которое арбитры должны применять при толковании основного договора или арбитражного соглашения. Можно ожидать, что арбитры будут беспристрастно применять любой соответствующий закон, независимо от того, право какой страны является подходящим а суды нейтральной юрисдикции будут беспристрастны при применении права, регулирующего процессуальные аспекты арбитража. Если требуется сделать вывод о надлежащем праве основного договора или арбитражного соглашения, требуется нечто большее: указание на то, что стороны

хотели, чтобы закон, применяемый для регулирования толкования их договора, был нейтральным в том смысле, что он не соответствует национальной юрисдикции ни одного из них. В исключительных случаях обстоятельства могут подтверждать такой вывод: см., например, *Egon Oldendorff promiv Libera Corp.* [1995] 2 *Lloyd's Law Rep.* 64, 69 и см. пункт 114 выше. Однако обстоятельства настоящего дела показывают, что здесь нельзя сделать такой вывод. Стороны оговорили, что обязательства Епка по основному контракту должны включать нормы российского законодательства. Соответственно, я считаю, что Лорд Hamblen и Лорд Leggatt преувеличивают важность выбора места проведения арбитража в данном случае. Выбор права, связанный с выбором места проведения, направлен на другой предмет (регулирование взаимоотношений между судами по месту нахождения и проведения арбитражной процедуры), чем правила, направленные на определение надлежащего права договора с целью его толкования, поэтому это нецелесообразно использовать первое в качестве основы для установления того, каким должно быть второе.

274. Вывод о том, что стороны, заключившие договор в настоящем деле, имели в виду, что его толкование в целом должно регулироваться российским законодательством, особенно убедителен, поскольку арбитражное соглашение содержится в сложном основном договоре со многими взаимозависимыми частями, которые должны существовать вместе в согласованных отношениях. В частности, намерение сторон, если судить объективно, заключается в том, что обязательство проводить арбитражное разбирательство, изложенное в арбитражном соглашении, содержащемся в статье 50.1 основного договора, должно толковаться таким образом, чтобы оно согласовывалось с другими предусмотренными в том же положении обязательствами стремиться к добросовестным переговорам для нахождения решений споров. Я не вижу причин, по которым толкование последнего набора обязательств не регулируется российским законодательством, как и все другие обязательства по основному контракту. Обязательство по арбитражному разбирательству в статье 50.1 также является просто еще одним обязательством, изложенным в основном договоре, и оно настолько тесно связано с другими обязательствами по разрешению споров в основном договоре, что очевидный вывод заключается в том, что стороны намеревались, чтобы толкование всего положения регулировалось одним и тем же законом, т.е. Российское законодательство.

275. Принцип делимости арбитражного соглашения от основного договора, не изменяет этот анализ. Этот принцип имеет ограниченное значение. Как отражено в разделе 7 Закона об арбитраже 1996 года, он допускает сохранение арбитражного соглашения, содержащегося в основном договоре, если действительность, существование или эффективность основного договора ставятся под сомнение, с тем чтобы арбитры могли выносить решения по таким вопросам. Это ничего не говорит о правовой системе, которая, по замыслу сторон или по разумным ожиданиям, могла бы регулировать толкование арбитражного соглашения как части основного договора.

276. Напротив, принцип валидации, как показано в деле *Hamlyn & Co против Talisker Distillery [1894] AC 202 u Sulamérica*, действительно позволяет сделать вывод относительно системы права, которая, по замыслу сторон, должна регулировать толкование арбитражного соглашения. Этот принцип может служить основой для проведения различия между правом применимым к арбитражному соглашению и правом применимым к основному договору или, в тех случаях, когда право применимое к основному договору является неопределенным, он также может служить основой для вывода о том, что право применимое к основному договору должно быть подчинено выбору права регулирующего арбитражное соглашение (в деле *Hamlyn v Taliske* Лорд Herschell LC упомянул об этой возможности на стр. 209).

277. На мой взгляд, принцип валидации является аспектом общего объективного подхода к определению намерения сторон контракта *ut res magis valeat quam pereat* (исходя из того, что основная суть соглашения была оставлена действительной, а не подлежала уничтожению). Если основной контракт включает в себя арбитражное соглашение, очевидно, что стороны намерены, чтобы обязательство по арбитражному разбирательству, изложенное в арбитражном соглашении, было действительным. Предполагается, что стороны знали состояние законодательства на момент заключения договора. Если окажется, что в соответствии с законом, регулирующим основной договор, арбитражное соглашение было бы недействительным, то можно сделать вывод, что стороны намеревались, чтобы арбитражное соглашение регулировалось другим законом, чтобы сохранить его действительность и действие. То же самое верно, если выясняется, что в соответствии с законодательством, регулирующим основной договор, арбитражное соглашение подвергалось бы серьезному риску быть признанным недействительным или что его обязательная сила была бы утрачена (как в случае с *Sulamérica*), поскольку напрашивается вывод, что стороны предпочли бы определенность, а не ее отсутствие в вопросе оставления в силе части контракта. Обычно, поскольку правовая система, регулирующая основной договор, исключается из этого рассуждения, очевидный вывод заключается в том, что стороны намеревались вместо этого применять законодательство того государства места проведения арбитража, которое они оговорили. Условия арбитражного соглашения, изложенные на фоне состояния законодательства в двух юрисдикциях-кандидатах, показывают, что стороны намеревались применять законодательство юрисдикции места проведения арбитража в такого рода делах. Это рассуждение неприменимо в тех случаях, когда речь идет о выборе надлежащего права для определения сферы действия арбитражного соглашения, а не о том, было бы оно недействительным или не налагало бы связывающего обязательства обратиться в арбитраж, если бы применялась одна система права, а не другая.

278. В деле "*Sulamérica*" Moore-Bick LJ справедливо указал, что принципы валидации применяются таким образом, чтобы исключить любой выбор бразильского законодательства в качестве надлежащего права арбитражного соглашения. Он, по-

видимому, пришел к выводу, что это означало, что стороны не сформировали намерения относительно того, каким должно быть применимое право к арбитражному соглашению (см. пункт 31), и поэтому приступил к анализу позиции со ссылкой на норму общего права о неисполнении обязательств в разделе (iii), чтобы прийти к выводу, что Арбитражное соглашение, содержащееся в основном контракте, регулировалось английским, а не бразильским законодательством. Однако, на мой взгляд, следуя приведенным выше рассуждениям, правильнее считать, что принцип валидации показал, что стороны намеревались, чтобы арбитражное соглашение регулировалось английским правом. К такому выводу следовало прийти на этапе (i)/ii) анализа общего права.

279. В настоящем деле, с учетом одного аргумента, впервые представленного компанией Enka при подаче апелляции в этот суд (см. выше пункт 197), принцип валидации неприменим. До слушания в этом процессе было общепризнано, что в соответствии с российским законодательством арбитражное соглашение, предусмотренное статьей 50.1, является действительным и обязательным по своему действию; вопрос, который разделил стороны, заключается в последствиях применения российского законодательства в отношении толкования его сферы применения. Что касается нового аргумента Enka о том, что принцип валидации действительно применяется, я согласен с Лордом Burrows в том, что если бы наша точка зрения относительно надлежащего права арбитражного соглашения возобладала, дело следовало бы передать в Коммерческий суд и что именно этот суд должен был бы рассмотреть вопрос о том, может ли новый аргумент быть использован. быть внесенным и, если бы это было так, то вынести решение по нему наряду с другим вопросом российского законодательства, который является предметом спора между сторонами, а именно, будет ли толкование статьи 50.1 в соответствии с российским законодательством более узким или таким же, как данное английским законодательством.

280. Вторая основная область разногласий, вытекающая из решения Лорда Burrows и решения Лорда Hamblen и Лорда Leggatt, касается действия нормы общего права о неисполнении обязательств на стадии (iii), если стороны не сделали выбора на стадии (i) или стадии (ii). Согласно анализу Лорда Burrows, с которым я согласен, стороны основного контракта подразумевали, что толкование соглашения об ассоциации в этом контракте должно регулироваться российским законодательством на этапе (ii). Если бы это было правильно, стадия (iii) не была бы достигнута. Однако большинство с этим не согласно. При их анализе необходимо учитывать позицию, исходя из того, что стороны не сделали выбора ни на этапе (i), ни на этапе (ii).

### **Общее правило**

281. В ранее сформулированной интерпретации нормы общего права Дайси в 1896 году (пункт 36 выше) разница между стадией (i)/стадией (ii) и стадией (iii) была описана как разница между тем, что стороны (фактически) намеревались, и тем, что они “могут

справедливо предполагать". намеревался". Очевидно, что предполагаемый выбор - это нечто отличное от фактического выбора. Позже норма общего права о неисполнении обязательств на этапе (iii) была сформулирована в терминах системы права, с которой контракт имеет наиболее тесную и реальную связь. Но это не означает радикального изменения. Скорее, сосредоточение внимания на наиболее тесной и реальной связи служит той же основополагающей политике, которая заключается в стремлении отразить вероятные ожидания сторон как бизнесменов путем получения результата, который является разумным и последовательным сам по себе и не делает чрезмерного акцента на границе между стадией (ii) и этапом (iii). Если, по результатам анализа, стороны сами не сделали выбор в пользу надлежащего права - возможно, потому, что они не думали об этом, или они предпочли оставить вопросы неясными в интересах достижения соглашения без необходимости спорить по этому поводу и в надежде, что никогда не возникнет спор, требующий определения о проблеме - политика общего права, выраженная в правиле по умолчанию на этапе (iii), заключается в том, чтобы дать ответ, который, как представляется, бизнесмены на месте сторон, действуя разумно, скорее всего, выбрали бы для себя, если бы им пришлось столкнуться с этим вопросом лицом к лицу.

282. Многие факторы, имеющие отношение к аргументу о том, что подразумеваемый выбор надлежащего права может быть выявлен на этапе (ii), также будут иметь отношение к альтернативному аргументу, основанному на правиле по умолчанию, на этапе (iii). В широком смысле, бизнесмены ожидали бы, что они, скорее всего, приведут к аналогичным результатам. Это, безусловно, был судебный подход до недавнего времени, как показано в решении Палаты лордов по делу *Amin Rasheed Shipping Corp. против Kuwait Insurance Co [1984] AC 50*. В этом случае большинство Апелляционного комитета определило надлежащее право контракта, сославшись на стадию (ii), в то время как Лорд Wilberforce пришел к такому же выводу, сославшись на проверку на стадии (iii), по очень похожим причинам. Аналогичным образом, в деле *Cie Tunisienne* все члены Апелляционного комитета пришли к одному и тому же выводу относительно надлежащей правовой характеристики контракта, но они сделали это различными путями; некоторые пришли к выводу, что стороны сделали выбор, другие - что применялось правило по умолчанию на стадии (iii). В ведущих инстанциях, упомянутых в деле *Cie Tunisienne, Bonython* против Австралийского содружества [1951] AC 201, и в деле *re United Railways of Havana u Regla Warehouses Ltd [1961] AC 1007*, критерием, применяемым для определения надлежащего права контракта, было то, что указано Лордом Simonds в *Bonython*, на стр. 219: "система права, со ссылкой на которую был заключен договор, или та, с которой сделка имеет самую тесную и реальную связь", которая намеренно игнорирует вопрос о выборе стороны и правиле по умолчанию. Близкое соответствие подхода, предусмотренного стадией (ii), и подхода, предусмотренного стадией (iii), было прослежено Toulson LJ в деле *Lawlor против Sandvik Mining and Construction Mobile Crushers and Screens Ltd [2013] 2 Закон Ллойда*, представитель 98, пункты 20-27.

283. Поскольку граница между стадией (ii) и стадией (iii) ни в коем случае не является кристально ясной, и у видных судей есть возможность прийти к различным мнениям относительно того, какая стадия анализа общего права дает ответ в том или ином конкретном случае, принятие правила по умолчанию чревато проявлением произвола на этапе (iii), результаты которого радикально отличались по сравнению со стадией (i) и стадией (ii). Кроме того, если бы общее право приняло радикально отличающуюся норму о неисполнении обязательств, так что это привело бы к значительным различиям в результатах, это стало бы стимулом для сторон к судебному разбирательству вопроса о том, следует ли анализировать дело как подпадающее под стадию (i)/стадию (ii) или под стадию (iii). Это противоречило бы интересам бизнесменов избегать дорогостоящих судебных разбирательств для разрешения споров, насколько это возможно. Если стороны понимают, что все дороги, так сказать, ведут в Рим, необходимость в судебных разбирательствах для принятия решения о том, какой дорогой следует следовать, устраняется.

284. Этот анализ побуждает к дальнейшему комментарию по поводу *Sulamérica*. Постановив (вопреки моему мнению, изложенному в пункте 278 выше), что применение принципа подтверждения означает, что стороны не сделали выбора относительно надлежащего права арбитражного соглашения в рамках основного контракта, Moore-Bick LJ приступила к применению правила по умолчанию на этапе (iii) (пункт 32). Однако при этом он придерживался мнения, что арбитражное соглашение имеет самую тесную и реальную связь с законодательством места нахождения (Англия); и это несмотря на тот факт, что, при условии применения принципа валидации, он полагал, что на этапе (ii) стороны подразумевали, что надлежащее право основного договора (бразильское законодательство) также будет применяться к арбитражному соглашению (пункты 26-27). Я думаю, очевидно, что анализ Moore-Bick LJ как на этапе (ii), так и на этапе (iii) был правильно разработан, чтобы привести в действие принцип валидации и поддержать эффективную обязательную силу арбитражного соглашения в данном случае в соответствии с намерением сторон. Но, к сожалению, при этом он предложил решение, которое, если принять его за чистую монету и обобщить, привело бы к радикальному расхождению результатов между стадией (i)/стадией (ii) и стадией (iii), чего фактически стремится избежать норма общего права о неисполнении обязательств, и которое действительно не отражает предыдущие полномочия, упомянутые выше.

285. Суду в *Sulamérica* не нужно было делать шаг, заявляя, что арбитражное соглашение имеет самую тесную и реальную связь с законодательством местонахождения, чтобы добиться соответствующего результата, который заключался в поддержании обязательной силы арбитражного соглашения в соответствии с требованиями сторон намерение путем применения принципа валидации: см. пункт 278 выше. Можно также сказать, что принцип валидации способен действовать как на стадии (iii), так и на стадии (i)/стадии (ii), как аспект нормы общего права по умолчанию, как выражение политики общего права по поддержанию действительности и

обязательного действия соглашения. арбитражное соглашение, которое стороны решили заключить. Но опять же, это означало бы, что право места нахождения (Англия) было применимо в качестве надлежащего права арбитражного соглашения в качестве единственного оставшегося кандидата после того, как бразильское законодательство было исключено в качестве кандидата путем применения принципа валидации. В конце этого процесса анализа можно было бы сказать, что арбитражное соглашение имело самую тесную и реальную связь с законодательством места нахождения; но это только в том очень ограниченном смысле, что это была единственная система права, с которой можно было бы сказать, что арбитражное соглашение соответствует иметь какую-либо связь, если принцип валидации должен был вступить в силу. Однако то, как MooreBick LJ объясняет свои рассуждения в пункте 32, звучит так, как будто общая отправная точка, если анализ на этапе (i)/этапе (ii) не дает результата, всегда заключается в том, что арбитражное соглашение, содержащееся в основном контракте, имеет надлежащий характер. право - это право места нахождения, а не общее следование надлежащему праву основного договора. По моему глубокому убеждению, такой подход ошибочен и противоречит принципам и авторитету.

286. На мой взгляд, убедительные доводы, которые Лорд Hamblen и Лорд Leggatt приводят в пункте 53 своего суждения относительно ожиданий бизнесменов относительно того, что их контрактные соглашения должны иметь внутреннюю согласованность (так что, если стороны выбрали надлежащий закон основного контракта, они обычно ожидали бы, что тот же надлежащий закон будет применяться к применяются в отношении арбитражного соглашения, содержащегося в нем) также применяются в отношении действия правила о неисполнении обязательств на этапе (iii), когда обстоятельства означают, что ясно, каково надлежащее право основного договора, даже если это не является результатом осуществления выбора по смыслу статьи 3(1) Регламента Рим I. Основной контракт содержит правовую систему, которая регулирует его толкование и применение. Соответственно, необходимость и ожидание того, что между основным договором и содержащимся в нем арбитражным соглашением будет соблюдаться согласованность, означает, что арбитражное соглашение имеет самую тесную и реальную связь с правовой системой, которая составляет надлежащее право основного договора, в котором оно содержится.

287. Напротив, я считаю, что аргумент в пользу связи между арбитражным соглашением и законодательством места нахождения гораздо слабее. Стороны в любом случае пользуются преимуществами судебного права по месту нахождения, независимо от надлежащего права арбитражного соглашения: см. пункт 271 выше. Таким образом, выбор места проведения арбитража не указывает на какую-либо конкретную связь с арбитражным соглашением с точки зрения предоставления рекомендаций относительно его надлежащего законодательства. В той мере, в какой суды по месту нахождения осуществляют надзорную функцию в отношении арбитража, например, для обеспечения того, чтобы арбитры действовали в рамках арбитражного

соглашения в соответствии с его истинной конструкцией, они могут легко сделать это, сославшись на доказательства о любом иностранном праве, которое идентифицируется как надлежащий закон арбитражного соглашения.

288. В настоящем деле Епка оспаривает, что в статье 3(1) регламент Рим I был сделан выбор надлежащего права для основного контракта, но признает, что статья 4, как правило по умолчанию, установленное в Регламенте, приводит к тому, что надлежащим правом основного контракта является российское право. Эта уступка должна основываться на признании того, что из всех обстоятельств ясно, что основной контракт явно больше связан с Россией, чем с какой-либо другой страной (включая страну постоянного проживания Епка, Турцию): см. статью 4(3). Оценка в соответствии со статьей 4(3) предполагает изучение права государства, с которым контракт, рассматриваемый в целом, имеет наиболее тесную связь. Там, где в данном случае, следуя этому пути анализа, основной контракт, взятый в целом, явно имеет самую тесную связь с Россией, так что российское законодательство считается его надлежащим правом, мне кажется, что приведенные выше рассуждения указывают на то, что арбитражное соглашение, содержащееся в основном контракте, аналогичным образом имеет самую тесную связь с Россией и самая реальная связь с российским законодательством. Нет веских оснований делать вывод о том, что законодательство места нахождения более тесно связано или обеспечивает лучшее руководство для целей применения нормы, призванной определить право, которое должно регулировать толкование арбитражного соглашения.

289. В своем решении в отношении этапа (iii) нормы общего права Лорд Hamblen и Лорд Leggatt ссылаются на статью V(1)(a) Нью-Йоркской конвенции и раздел 103(2)(b) Закона об арбитраже 1996 года в поддержку своего мнения о том, что на этом этапе арбитражное соглашение в основном контракте имеет самую тесную и реальную связь с законодательством места нахождения (Англия), а не с законодательством, регулирующим основной контракт. На мой взгляд, это делается для придания этим положениям чрезмерного веса при анализе применения нормы общего права. Как я стремился показать, политика общего права, отраженная в стандартном правиле на этапе (iii), заключается в приведении этого правила в соответствие с вероятным результатом, которого стороны хотели бы достичь, чтобы обеспечить разумную согласованность во всех своих договорных отношениях. Применение статьи V(1)(a) нанесло бы ущерб этой политике, поскольку привело бы к радикальному расхождению между действием стадии (i)/стадии (ii) и стадии (iii) нормы общего права.

290. Другой способ выразить это состоит в том, чтобы сказать, что замечания, высказанные Лордом Hamblen и Лордом Leggatt в пункте 53 их судебного решения, не исключаются из анализа для целей общего права на этапе (iii), но продолжают иметь юридическую силу и на этом этапе. Напротив, когда кто-то применяет статью V(1)(a), эти пункты выпадают из общей картины и не имеют силы именно потому, что Нью-Йоркская конвенция устанавливает норму, которая исключает их из сферы применения.



291. Более того, статья V(1)(a) не дает надлежащего руководства относительно применения нормы общего права. Статья V(1)(a) устанавливает правило по умолчанию в рамках схемы Конвенции, которое отличается от правила по умолчанию в соответствии с общим правом и которое, в случае его применения, подорвало бы принцип валидации, когда он применяется общим правом в качестве с точки зрения этапа (iii) (см. пункт 285 выше). В этом положении говорится, что при отсутствии выбора сторон в признании арбитражного решения может быть отказано, если арбитражное соглашение “недействительно... в соответствии с законодательством страны, в которой было вынесено арбитражное решение”. Это, по-видимому, говорит о том, что в признании может быть отказано, если арбитражное соглашение является недействительным в соответствии с правом места проведения арбитража; но в соответствии с общим правом в таком случае будет применяться принцип валидации, и суд определит другую правовую систему в качестве права применимого к арбитражному соглашению, чтобы обеспечить силу и привести в действие арбитражное соглашение. Таким образом, статья V(1)(a) устанавливает то, что справедливо можно охарактеризовать как очень простую и негибкую норму применяемой по умолчанию для целей режима Конвенции, которая отличается от более гибкой и детализированной стандартной нормы общего права о “самой тесной и реальной связи”, и ее не следует использовать для подмены этой нормы правилом. В рамках режима Конвенции обоснование выбора простого теста понять нетрудно. Это четкое правило, ссылаясь на которое достаточно легко судить о том, соответствуют ли ему действия государств - участников Конвенции или нет. Напротив, стандартная норма общего права, применяемая по умолчанию была установлена в течение очень длительного периода времени, возможно, задолго до того, как международная политика стала формироваться в соответствии со статьей V(1)(a) Нью-Йоркской конвенции, и она отражает различные политические цели, изложенные выше. Что касается выбора применимого права в отношении арбитражного соглашения (в отличие от вопроса признания иностранных арбитражных решений, который регулируется разделом 103(2)(b) Закона 1996 года), статья V(1)(a) Нью-Йоркской конвенции является частью неинкорпорированного международного договора, и неясно, какое юридическое обоснование должно быть, чтобы можно было считать, что он заменил хорошо установленную норму общего права, применимой по умолчанию. Ни один из ведущих органов общего права не придает никакого значения статье V(1)(a) при формулировании или применении нормы общего права.

292. Для настоящих целей нет необходимости искать другое положение) в статье 4 помимо того, что установлено в 4(3), для определения применимого права к основному договору. Достаточно сказать, что, на мой взгляд, есть веский аргумент в пользу того, что приведенный выше анализ имеет тенденцию указывать на то, что также в такого рода случаях надлежащее право основного договора обычно дает наилучшее представление о надлежащем праве арбитражного соглашения, содержащегося в нем, на стадии (iii) общего разбирательства. правило закона. Опять же, замечания,

высказанные Лордом Hamblen и Лордом Leggatt в пункте 53 их решения, не должны здесь выпадать из общей картины. Такой подход отражал бы то, как стороны, вероятно, подошли бы к решению вопросов самостоятельно, начав с их соглашения по существенным аспектам основного контракта, а затем добавив арбитражное соглашение в эти рамки, с общим намерением и ожиданием того, что основной контракт и арбитражное соглашение составят единое целое. Это также имело бы то преимущество, что в любом случае анализ был бы максимально простым и понятным. Можно было бы начать с определения надлежащего права основного договора в соответствии с выбором сторон в соответствии со статьей 3 Регламента Рим I и, при отсутствии какого-либо выбора, со ссылкой на правила, изложенные в статье 4 Регламента, и тогда презумпция будет заключаться в том, что надлежащее право основного договора арбитражное соглашение - это то же самое.

### **Судебный запрет на возбуждение иска**

293. Наконец, если толкование статьи 50.1 регулировалось российским законодательством, как мы с Лордом Burrows считаем, и российский суд собирается вынести решение о толковании этого положения в соответствии с российским законодательством в ходе параллельного разбирательства между сторонами в России, возникает вопрос, не делает ли это его неуместным то, чтобы английский суд выносил судебный запрет на подачу иска в пользу Enka, будь то на странице 114 по причине неудобства форума, вежливости или иным образом. По этому вопросу я согласен с разделом IX судебного решения Лорда Hamblen и Лорда Leggatt, которое соответствует решению Лорда Burrows. Английский суд, как суд по месту проведения арбитражного разбирательства, выбранного сторонами, несет особую ответственность за обеспечение соблюдения арбитражного соглашения и его применения в соответствии с его условиями. На основании экспертных заключений по иностранному праву, представленных обычным способом, английский суд мог бы определить значение статьи 50.1 в соответствии с российским законодательством. Если статья 50.1, истолкованная таким образом, налагает на Chubb Russia обязательство действовать путем арбитража, а не судебного разбирательства, английский суд может и должен обеспечить выполнение этого обязательства путем судебного запрета на возбуждение иска