



CHAMBER OF ARBITRATORS

Международный научно-практический юридический журнал

Сегодня в номере:

Гульнур Нуркеева : Практические аспекты признания и исполнения иностранных арбитражных решений в КНР

Mohamed Mahayni : The challenges of – and opportunities in – deromanticising the duty to apply the law

№ 3 - 2023

январь-июнь

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ



Алексей Анищенко
Sorainen, партнер, Минск



Виталий Крейдич
Спортивный третейский суд, заместитель председателя, Минск



Андрей Вашкевич
Lex Torre, партнер, Минск



Анна Козьменко
партнер практики разрешения международных споров, глава группы по работе со странами СНГ Schellenberg Wittmer, Цюрих



Дмитрий Давыденко
МГИМО МИД России, доцент, Москва



Александр Коробейников
Baker McKenzie, партнер, Алматы



Роман Зыков
Арбитражная ассоциация, генеральный секретарь, Mansors, управляющий партнер, Москва



Ма Синго
TeamSource, директор международного отдела, Гуачжоу



Виктор Каменков
Международный научно-образовательный центр медиации, примирения и третейских процедур Белорусского государственного университета, директор, Минск



Алексей Корочкин
Палата арбитров, председатель, Бюро 24, партнер, Минск

Главный редактор: **Виталий Крейдич**

Заместители главного редактора: **Валерия Дубешко, Кристина Ивашкова**

Учредитель:

Международный арбитражный (третейский) суд «Палата арбитров при Союзе юристов»

Адрес: 220029, Республика Беларусь, г. Минск, ул. А.Пашкевич, 9-5Н

E-mail: info@arbchamber.by

СОДЕРЖАНИЕ

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО.....	4
ПИСЬМЕННАЯ ФОРМА АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ В СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ АЛЕКСЕЙ АНИЩЕНКО, БОРИС КРУГЛИКОВ	5
ОБЪЕДИНЕНИЕ ДЕЛ И МНОЖЕСТВЕННОСТЬ КОНТРАКТОВ В АРБИТРАЖНОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ ВАЛЕРИЯ ДУБЕШКО, БОРИС КРУГЛИКОВ	12
КАК САНКЦИИ МОГУТ ИЗМЕНИТЬ МЕЖДУНАРОДНЫЙ АРБИТРАЖ РОМАН ЗЫКОВ.....	20
РАССМОТРЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ КОММЕРЧЕСКИХ СПОРОВ В АРБИТРАЖНОМ ИНСТИТУТЕ ТОРГОВОЙ ПАЛАТЫ Г. СТОКГОЛЬМА: ОБЗОР И РЕКОМЕНДАЦИИ АЛЕКСАНДР КОРСАК, ЕЛИЗАВЕТА ТЕНЮТА	24
ПРАКТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ПРИЗНАНИЯ И ИСПОЛНЕНИЯ ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ В КНР ГУЛЬНУР НУРКЕЕВА.....	31
THE CHALLENGES OF – AND OPPORTUNITIES IN – DEROMANTICISING THE DUTY TO APPLY THE LAW МОХАМЕД МАНАУНИ	38
GZAC-ODR PLATFORM AND FINANCIAL CASE REPORT JENNY LI	44
THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS IN CHINA МА ХИНГУО	46

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

Дорогие друзья!

Мы рады представить Вам очередной номер специализированного издания – «Chamber of Arbitrators», посвященного вопросам международного арбитража.

В этом номере уже традиционно собраны статьи на русском и английском языках – как видных арбитражных практиков Беларуси, стран СНГ и зарубежья, так и материалы авторов, только начинающих свой путь.

Центральной темой номера выступают актуальные аспекты ведения арбитражного разбирательства, а также признания и приведения в исполнение арбитражных решений на территории Китая.

Актуальными и увлекательными представляются статьи о влиянии санкций на арбитраж, письменной форме арбитражного соглашения, объединении дел и множественности контрактов в арбитраже.

Особый интерес представляет статья Mohamed Mahayni о вызовах, которые стоят перед арбитражем в процессе применения права.

Представляется, что третий номер журнала вновь получился актуальным и разносторонним.

Приглашаем к прочтению и ждем новых авторских материалов!

С почтением,

**Председатель Международного
арбитражного (третейского) суда
«Палата арбитров при Союзе юристов»**

Алексей Корочкин

**Главный редактор журнала
«Chamber of Arbitrators»**

Виталий Крейдич

ПИСЬМЕННАЯ ФОРМА АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ В СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ



Алексей Анищенко,
партнер ИООО «Сорайнен и партнеры»



Борис Кругликов,
помощник юриста арбитражной практики «Сорайнен и партнеры»

В нынешних меняющихся цифровых и геополитических реалиях обостряется конкуренция между ведущими арбитражными центрами за привлечение споров. Вопросы экспорта и импортозамещения представляются актуальными не только для реального сектора экономики, международной торговли товарами, но и для такой публично-правовой услуги, как разрешение международных коммерческих споров. Арбитражные институты, включая и международный арбитражный (третейский) суд «Палата арбитров при Союзе юристов», чтобы оставаться востребованными и конкурентоспособными, регулярно обновляют свои регламенты, совершенствуют и адаптируют процедуру администрирования споров к вызовам времени.

На государственном уровне конкуренция происходит на регуляторном уровне (т.н. “*regulatory competition*”), т.е. речь идет об арбитражном законодательстве и, что особенно важно, правоприменительной практике, включая практику государственных судов. Судебная практика – ключевой показатель отношения национальной юрисдикции к международному арбитражу как на стадии признания и приведения в исполнение, так и в иных вопросах, по которым арбитраж нуждается в эффективной поддержке со стороны государственной судебной системы. Одним из таких вопросов, не менее важным, чем признание арбитражных решений, является вопрос о признании арбитражного соглашения и соответствующий современным цифровым реалиям подход к оценке соблюдения требования о письменной форме арбитражного соглашения.

Начало формирования системы международного арбитража в привычном для нас виде напрямую связано с принятием в 1958 году Нью-Йоркской конвенции¹. Совершенно очевид-

1 Здесь и далее в статье используются следующие сокращения:

но, однако, что реалии середины прошлого века, когда коммуникация осуществлялась посредством писем и телеграмм, имеют мало общего с реалиями 2023 года, Web 3.0, блокчейном, смарт-контрактами и прочими проявлениями ускоряющейся цифровизации и стремительным приспособлением к данному процессу экономики и права.

В этих реалиях неизбежно возникает вопрос: а необходимо ли сохранять требование письменной формы арбитражного соглашения в принципе? В уже далёком 2003 году на этот вопрос попытался ответить Тоби Ландау, ещё не будучи королевским советником и одним из наиболее авторитетных специалистов международного арбитража. В своей известной статье Ландау выделил два ключевых обоснования требования письменной формы:

- доказательство первоначального *согласия*,
- доказательство *содержания* соглашения².

Не вдаваясь в детали, можно отметить, что уже тогда, 20 лет назад, сложилось вполне аргументированное мнение о том, что требование письменной формы арбитражного соглашения больше не является оправданным³. Тем не менее, пока о всеобъемлющем его упразднении говорить не приходится: международные договоры в сфере арбитража и большинство национальных законодательств сохраняют данное требование.

В настоящей статье мы проследим изменение подхода к нормативному закреплению понятия «письменная форма» в исторической перспективе, а также рассмотрим подходы, сложившиеся в Республике Беларусь, включая современную арбитражную практику.

Нью-Йоркская конвенция

П. 1 ст. II Нью-Йоркской конвенции предписывает каждому Договаривающемуся Государству признавать «**письменное соглашение**, по которому стороны обязуются передавать в арбитраж все или какие-либо споры, возникшие или могущие возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным договорным или иным правоотноше-

Нью-Йоркская конвенция – Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.)

Европейская конвенция – Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961 г.)

Типовой закон ЮНСИТРАЛ – Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, принятый ЮНСИТРАЛ 21.06.1985 г.

Рекомендация ЮНСИТРАЛ – Рекомендация относительно толкования пункта 2 статьи II и пункта 1 статьи VII Нью-Йоркской конвенции, принятая ЮНСИТРАЛ 07.07.2006 г.

ЮНСИТРАЛ – Комиссия ООН по праву международной торговли

ГК – Гражданский кодекс Республики Беларусь

Закон о МАС – Закон Республики Беларусь от 09.07.1999 г. № 279-З (ред. от 01.07.2014) «О международном арбитражном (третейском) суде»

МАС – международный арбитражный (третейский) суд

ПВТ – Парк высоких технологий

Положение о ПВТ – Декрет Президента Республики Беларусь от 21.12.2017 г. N 8 (ред. от 18.03.2021) «О развитии цифровой экономики»

ППВХС № 34 – Постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 23.12.2005 г. № 34 (ред. от 31.10.2011) «О подведомственности споров после уступки требования или перевода долга»

2 *Toby Thomas Landau*, ‘The Requirement of a Written Form For an Arbitration Agreement When “Written” Means “Oral”’, in Albert Jan Van den Berg (ed), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, ICCA Congress Series, Volume 11 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2003) pp. 22-25.

3 *См. сноску 2*, pp. 42-52.

нием, объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства». Термин «письменное соглашение», согласно п. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции, включает арбитражную оговорку в договоре, или арбитражное соглашение, подписанное сторонами, или содержащееся в обмене письмами или телеграммами. Таким образом, Нью-Йоркской конвенцией определено два альтернативных варианта соблюдения письменной формы арбитражного соглашения:

- подписание сторонами, или
- обмен письмами или телеграммами.

На практике, даже такие, на первый взгляд, недвусмысленные нормативные предписания подвергались различному, в некоторых случаях «креативному» толкованию государственными судами различных юрисдикций. Так, в одном деле Федеральный окружной суд Южного округа Нью-Йорка, рассматривая ходатайство о передаче дела в арбитраж (англ. “motion to compel arbitration”), истолковал п. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции, как если бы между частью «арбитражную оговорку в договоре» и разделительным союзом «или» не было запятой. Таким образом, суд сделал вывод о том, что квалификация «подписанное сторонами, или содержащееся в обмене письмами или телеграммами» относится только к отдельному арбитражному соглашению (т.н. “submission to arbitration”), но не к арбитражной оговорке в договоре⁴. Апелляционная инстанция, к слову, такой подход не оценила, и пришла к выводу, что требование о подписании сторонами или наличии соглашения в обмене письмами или телеграммами распространяется в равной степени на арбитражную оговорку в договоре⁵.

Европейская конвенция

Три года спустя авторы Европейской конвенции пошли несколько дальше и определили в пп. а) п. 2 ст. 1, что письменную форму арбитражного соглашения можно также считать соблюденной в случае обмена сообщениями по телетайпу. Кроме того, указанное положение специально предусмотрело, что арбитражным соглашением является «*в отношениях между государствами, в которых ни один из законов не требует письменной формы для арбитражного соглашения, – всякое соглашение, заключенное в форме, разрешенной этими законами*».

При этом судебная практика свидетельствует о наличии разных подходов к толкованию данной нормы. Так, Высший земельный суд Баварии в одном деле посчитал, что пп. а) п. 2 ст. 1 Европейской конвенции «*допускает устные арбитражные соглашения только в том случае, если обе задействованные правовые системы предусматривают такую возможность. Недостаточно, чтобы только закон одной стороны или применимый арбитражный закон содержали менее строгие формальные требования*»⁶. В то же время Федеральный верховный суд Германии⁷ и Высший земельный суд Кёльна⁸ принимали во внимание национальное

4 *Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd.*, No. 95 CIV. 10506 (DLC), 24 February 1997 (S.D.N.Y. 1997).

5 *Kahn Lucas Lancaster, Inc., Plaintiff-appellee, v. Lark International Ltd., Defendant-appellant*, 186 F.3d 210, 29 July 1999 (2d Cir. 1999).

6 *Exporter (Yugoslavia) v. Importer (Germany)*, Bayerisches Oberstes Landesgericht, 4Z Sch 16/02, 12 December 2002, in Vol. XXIX, Yearbook Commercial Arbitration, pp. 761–766 (Albert Jan van den Berg ed., 2004).

7 *Austrian seller v. German (F.R.) buyer*, Bundesgerichtshof, 25 May 1970 in Vol. II, Yearbook Commercial Arbitration, p. 236 (Pieter Sanders ed., 1977).

8 *Seller v. Buyer*, Court of Appeal of Cologne (*Oberlandesgericht*), 16 December 1992, in Vol. XXI,

право государства-участника лишь одной из сторон, что представляет собой менее строгий стандарт.

Следует отметить, что, в отличие от Нью-Йоркской конвенции, в Европейской конвенции участвует лишь 31 государство (включая Республику Беларусь), в связи с чем её практическое применение весьма ограничено.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ

Новый этап эволюции требования письменной формы арбитражного соглашения ознаменовало принятие Типового закона ЮНСИТРАЛ, впоследствии имплементированного в той или иной степени в 118 юрисдикциях⁹.

В ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ констатируется возможность соблюдения письменной формы арбитражного соглашения путем обмена сообщениями **с использованием иных средств связи, обеспечивающих запись такого соглашения**. Данное положение также закрепляет уже сложившуюся к тому времени (1985 г.) практику заключения арбитражных соглашений путем отсылки к разного рода стандартным формам и общим условиям, содержащим арбитражную оговорку.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ (с изменениями 2006 года) и Рекомендация ЮНСИТРАЛ

Несмотря на довольно прогрессивные для того времени положения Типового закона ЮНСИТРАЛ, мир и электронные способы коммуникации развивались и возникало все больше споров, где недобросовестные ответчики пытались использовать ст. II Нью-Йоркской конвенции для оспаривания юрисдикции с очевидно «партизанскими» целями. К нескольким таким ярким примерам апеллирует и Тоби Ландау в упомянутой выше статье. Так, в августе 1999 года норвежский суд признал не соответствующей п. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции, а следовательно, недействительной, арбитражную оговорку, содержащуюся в проформе чартера «Дженкон», на которую стороны сделали ссылку в договоре фрахтования. Сам договор был заключен путем обмена электронными письмами¹⁰.

Как видно, контраст между реалиями коммерческих отношений и архаичными подходами Нью-Йоркской конвенции уже в 1999 был достаточно ощутимым и проявлялся на практике. Следствием этого стали два важных события, произошедших в 2006 году.

Во-первых, был обновлен Типовой закон ЮНСИТРАЛ, причем ст. 7 была изложена в двух вариантах:

Вариант 1 существенно расширил перечень возможных способов соблюдения письменной формы арбитражного соглашения, включая:

фиксацию содержания соглашения в какой-либо форме, независимо от того, заключено ли арбитражное соглашение или договор или нет в устной форме, на основании поведения сторон или с помощью других средств,

удовлетворение требования о письменной форме арбитражного соглашения электронным сообщением.

Вариант 2 в принципе исключил необходимость соблюдения письменной формы как условие действительности арбитражного соглашения.

Yearbook Commercial Arbitration, pp. 535–541 (Albert Jan van den Berg ed., 1996).

9 С информацией о статусе Типового закона ЮНСИТРАЛ можно ознакомиться по следующей ссылке: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status

10 См. сноску 2, pp. 34-42.

Во-вторых, что, на наш взгляд, является ещё более важным, была принята Рекомендация ЮНСИТРАЛ, согласно которой: 1) перечень способов соблюдения письменной формы, содержащийся в п. 2 ст. II, должен толковаться как *неисчерпывающий*, и 2) режим «наиболее благоприятного регулирования», закрепленный в п. 1 ст. VII, распространяется не только на арбитражные решения, но и на арбитражные *соглашения*.

Поскольку внесение изменений в Нью-Йоркскую конвенцию (например, в форме протокола) в доктрине категорически не поддерживалось, в качестве одного из возможных решений предлагалось принятие декларации или резолюции Генеральной Ассамблеи ООН или ЮНСИТРАЛ, со ссылкой в качестве основания на возможность аутентичного толкования международных договоров, установленной пп. а) п. 3 ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров¹¹. Неудивительно, что в конечном итоге данное предложение материализовалось, ведь данный инструмент толкования действительно является гибким и, в отличие от принятия протокола к Нью-Йоркской конвенции, не причиняет «*серьезный – и возможно непоправимый – ущерб нынешней системе международного арбитража*»¹².

Закон о МАС

Применительно к белорусскому *lex arbitri*, в ст. 11 Закона о МАС содержится формулировка, практически идентичная ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ без изменений, принятых в 2006 году, что, полагаем, свидетельствует о предпочтении отечественным законодателем консервативного подхода и применении к арбитражному соглашению норм материального права Республики Беларусь (прежде всего ГК) только «с учетом его специфики и в той части, в которой соответствующие вопросы не урегулированы в Законе о МАС»¹³.

В то же время последняя практика показывает, что возможен и иной, более про-арбитражный подход к толкованию Закона о МАС и оценке соблюдения письменной формы арбитражного соглашения. Проиллюстрируем это на примере одного из дел Международного арбитражного суда при БелТПП, в ходе рассмотрения которого был разрешен вопрос о соблюдении письменной формы арбитражного соглашения в следующей, весьма распространённой в современных реалиях ситуации.

Ситуация

Предметом юрисдикционного спора стало арбитражное соглашение между резидентом ПВТ (**Истец**) и иностранным заказчиком (**Ответчик**) в виде арбитражной оговорки в типовых Условиях оказания услуг (Terms of Service), размещенных на сайте Истца, согласие с которыми выражено Ответчиком при регистрации учетной записи и создании личного кабинета на Интернет-платформе путем клика и перехода по соответствующей гиперссылке.

Позиция Истца

Истец в обоснование действительности арбитражного соглашения сослался на п. 3 ст. 404, п. 3 ст. 408 ГК и ч. 4 п. 21 Положения о ПВТ, позволяющие считать **простую письменную форму сделки**, в том числе внешнеэкономической, совершаемой с участием резидента ПВТ, соблюденной, если:

- предложение заключить договор, в том числе в виде программного кода, электронного или иного сообщения, сделанного с использованием элек-

11 См. сноску 2, р. 80.

12 См. сноску 2, р. 65.

13 Международный коммерческий арбитраж: пособие / А. И. Анищенко [и др.] ; под ред. У.Хелльманна, С. А. Балашенко, Т. В. Сысуева. – Минск: Изд. центр БГУ, 2017. – С. 69.

тронной или иной связи, информационных систем или информационных сетей (включая публичную оферту, пользовательское соглашение, общие условия сотрудничества и иные документы (информация), программный код, размещенные в открытом доступе в глобальной компьютерной сети Интернет, содержащие существенные условия договора и предложение заключить договор на указанных условиях с любым, кто отзовется, независимо от наличия в таких документах (информации) подписи, электронной цифровой подписи),

▪ принято путем совершения лицом, получившим оферту, в срок, установленный для ее акцепта, действий по выполнению указанных в ней условий договора (отгрузка товаров, предоставление услуг, выполнение работ, уплата соответствующей суммы и т.д.) или иным способом, установленным актами законодательства или предложением заключить договор, независимо от наличия в таком предложении подписи, в том числе электронной цифровой подписи, если обстоятельства заключения договора позволяют определить, что оно исходит от стороны по договору.

Позиция Ответчика

Ответчик, признавая существование прогрессивного про-арбитражного подхода, отраженного в Типовом законе ЮНСИТРАЛ с изменениями 2006 года и реализованного во многих зарубежных юрисдикциях, тем не менее опирался на буквальное толкование ст. 11 Закона о МАС и заявил о следующем.

Во-первых, арбитражное соглашение недействительно ввиду несоблюдения письменной формы. Формальная действительность арбитражного соглашения должна оцениваться исключительно с точки зрения ст. II Нью-Йоркской конвенции и ст. 11 Закона о МАС, содержащей закрытый перечень способов заключения арбитражного соглашения в письменной форме. Указанные нормы не позволяют говорить о соблюдении письменной формы арбитражного соглашения в случае акцепта публичной оферты в сети Интернет, содержащей арбитражную оговорку, посредством совершения конклюдентных действий, включая переход по гиперссылке.

Во-вторых, нормы ГК и Положения о ПВТ не применимы, поскольку они регулируют исключительно материальные правоотношения, в то время как арбитражное соглашение является особым *sui generis* соглашением, создающим процессуальные права и обязанности. В подтверждение данного тезиса Ответчик сослался на ч. 2 п. 3 ППВХС № 34, подчеркнувшее именно процессуальный характер арбитражного соглашения.

В качестве альтернативного аргумента Ответчик заявил, что даже в случае потенциального применения ГК и Положения о ПВТ, данные акты не могут отменять или изменять специальные требования к письменной форме арбитражного соглашения, императивно сформулированные в ст. II Нью-Йоркской конвенции и ст. 11 Закона о МАС. В подтверждение данного тезиса Ответчик сослался на ч. 3 п. 1 ст. 161 ГК и ч. 2 п. 2 ст. 404 ГК, согласно которым «[в] случаях, предусмотренных законодательными актами, допускаются только определенные ими способы заключения договора в простой письменной форме»).

Позиция МАС при БелТПП

Определение состава арбитража и постановление Президиума МАС при БелТПП констатировали следующее.

Во-первых, Нью-Йоркская конвенция отдает безусловный приоритет нормам *lex arbitri* в определении действительности арбитражного соглашения по форме и содержанию. В силу п. 1 ст. VII Нью-Йоркской конвенции, а также с учетом Рекомендации ЮНСИТРАЛ, применение к форме арбитражного соглашения норм Положения о ПВТ, предъявляющих меньше формальных требований к заключаемым сделкам, чем Закон о МАС, не только соответствует законодательству Республики Беларусь, но и сочетается с современными тенденциями развития международного коммерческого арбитража. Таким образом, для оценки соблюдения письменной формы арбитражного соглашения подлежат применению положения о письменной форме сделок, закрепленные нормами применимого материального права Республики Беларусь.

Во-вторых, указанные в ст. 11 Закона о МАС способы заключения арбитражного соглашения являются частными случаями соблюдения письменной формы арбитражного соглашения, соответственно ч. 3 п. 1 ст. 161 ГК и ч. 2 п. 2 ст. 404 ГК не применимы. Нормы п. 21 Положения о ПВТ, в свою очередь, применимы к арбитражному соглашению и развивают требование о письменной форме, предъявляемое к арбитражному соглашению ч. 2 ст. 11 Закона о МАС.

Резюме

Безусловно, подход МАС при БелТПП является прогрессивным и вселяет, среди прочего, надежду на «про-арбитражное» будущее отечественного законодательства о международном коммерческом арбитраже. В то же время, учитывая его консервативное настоящее, представляется критически важной, но пока остается неясной позиция по данному вопросу экономических судов Республики Беларусь.

В ситуации, когда применение прогрессивных положений материального права Республики Беларусь к соблюдению простой письменной формы сделки, направленных на стимулирование развития цифровой экономики, вступает в потенциальный конфликт с буквальными формулировками п. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции и норм *lex arbitri*, логичным и надежным инструментом устранения этой правовой неопределенности представляется обновление Закона о МАС и его адаптация к современным реалиям цифровизации делового оборота.

ОБЪЕДИНЕНИЕ ДЕЛ И МНОЖЕСТВЕННОСТЬ КОНТРАКТОВ В АРБИТРАЖНОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ



Валерия Дубешко,

юрист арбитражной практики ИООО «Сорайнен и партнеры», Stockholm University International Commercial Arbitration Law Program (LL.M)



Борис Кругликов,

помощник юриста арбитражной практики ИООО «Сорайнен и партнеры»

В развитие статьи о третьих лицах¹⁴ рассмотрим не менее актуальную в международном арбитраже тему – объединение дел и множественность контрактов. От того, как в конкретном регламенте и на практике разрешается вопрос объединения дел или подачи иска из нескольких контрактов, может зависеть эффективность и качество арбитражного процесса.

Ситуации могут быть разные. Например, между фирмой «А» (франчайзер, США) и ООО «Б» (суб-франчайзер, Малайзия) заключен договор генерального производственного франчайзинга (master-franchising). В соответствии с договором фирма «А» обязуется, *inter alia*, поставить определенное сырье ООО «Б», а последний уже в рамках определенной в договоре территории (Малайзии) поставить данное сырье своим многочисленным суб-франчайзи по договорам суб-франчайзинга, передав им технологию производства.

Может возникнуть «сложный спор», когда каждый суб-франчайзи подает отдельный иск против суб-франчайзера о, например, взыскании роялти. Суб-франчайзер, в свою очередь, подает соответствующий иск к франчайзеру по первоначальному договору генерального франчайзинга о взыскании убытков. В данном случае, если применимое право и арбитражные соглашения по договору генерального франчайзинга и договорам суб-франчайзинга будут совпадать, то, во-первых, в целях эффективности процесса, а во-вторых, во избежание конфликтующих арбитражных решений, логичным представ-

14 Дубешко В., Кругликов Б. Третьи лица в арбитражном разбирательстве / Chamber of Arbitrators. – 2022. – № 02. – С. 37 – 43.

ляется объединение дел в единое производство, известное в иностранной доктрине и практике под термином consolidation.

Однако в отношении consolidation и рассмотрения споров, вытекающих из множественных контрактов (multiple contracts), имеются свои нюансы. Во-первых, просто так объединить два и более дел, или же соединить требования из разных контрактов, невозможно и не всегда целесообразно. Для этого должны быть определенные основания, например, взаимосвязанность споров или договоров. Во-вторых, данные механизмы могут повлечь за собой участие в арбитражном разбирательстве третьих лиц, связанных разными арбитражными соглашениями и, строго говоря, не дававших прямого согласия на рассмотрение спора в рамках объединенного дела.

В настоящей статье мы рассмотрим регулирование и практику consolidation и multiple contracts в Республике Беларусь, а также обратимся к примерам из иных юрисдикций, чтобы идентифицировать best practices («лучшие практики»), которые возможно учесть в отечественном арбитраже.

Основные термины, используемые в настоящей статье, следующие:

Consolidation – действие или процесс объединения в одно дело нескольких уже инициированных арбитражных разбирательств.

Multiple contracts – ситуация, при которой основание подаваемого иска составляют два и более разных договоров.

Регулирование и практика в Республике Беларусь

Закон Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде» (**Закон**) не содержит регулирования consolidation и multiple contracts. Включение подобных положений в целом не характерно для национальных законов об арбитраже¹⁵.

15 Последние, однако, могут содержать положения о так называемом «court-ordered consolidation» в рамках которого государственный суд по ходатайству одной из сторон может при соблюдении определенных условий объединить арбитражные разбирательства в одно производство. Данная форма consolidation не входит в предмет настоящей статьи, приведем лишь несколько примеров для наглядности.

[Статья 1046 Гражданского процессуального кодекса Нидерландов](#): «Если арбитражное разбирательство было начато в арбитражном суде в Нидерландах в отношении предмета, связанного с предметом арбитражного разбирательства, начатого в другом арбитражном суде в Нидерландах, любая из сторон может, если стороны не договорились об ином, обратиться к судье Окружного суда в Амстердаме, ведающим во временных мерах судебной защиты (Provisional Relief Judge), об издании приказа об объединении разбирательства.»;

[Статья 2 Гонконгского Постановления Об Арбитраже \(The Hong Kong Arbitration Ordinance\)](#): «(1) Если в связи с двумя или более арбитражными разбирательствами Суд считает —

- (a) что общий вопрос права или факта возникает в обоих или во всех из них;
- (b) что права на судебную защиту, заявленные в ходе такого арбитражного разбирательства, относятся к одной и той же сделке или серии сделок или вытекают из них; или
- (c) что по любой другой причине желательно издать приказ в соответствии с настоящим разделом, Суд может по заявлению любой стороны в этом арбитражном разбирательстве -
- (d) издать постановление в отношении такого арбитражного разбирательства о -
 - (i) его объединении на таких условиях, которые он считает справедливыми; или
 - (ii) параллельном или последовательном рассмотрении; или
- (e) о приостановлении любого из этих арбитражных разбирательств до вынесения решения по любому другому из них»

Однако поскольку передача спора на рассмотрение согласно арбитражному регламенту, содержащему соответствующие положения о consolidation и multiple contracts, является одним из механизмов выражения сторонами воли на компетенцию арбитров¹⁶ на совершение таких действий, мы считаем необходимым проанализировать положения регламентов различных арбитражных институтов и соответствующую практику по consolidation и multiple contracts.

Регламент МАС при БелТПП не допускает объединения споров из множественных контрактов. Так, статья 21 Регламента определяет, что: «*В случае предъявления исковых требований, возникших из разных договоров, каждое такое требование должно быть оформлено самостоятельным иском заявлением с оплатой каждого из них арбитражным сбором*». Таким образом, такое процессуальное явление, как multiple contracts, однозначно недопустимо согласно Регламенту МАС при БелТПП.

Относительно consolidation Регламент МАС при БелТПП не содержит регулирования. Однако если обратиться к Постановлению Президиума МАС при БелТПП от 20.07.2018 № 4 «О разъяснении отдельных положений Регламента Международного арбитражного суда при БелТПП», то можно увидеть, что возможность consolidation ограничена, поскольку пункт 1 данного Постановления устанавливает, что «*не только в одном исковом заявлении не могут быть соединены требования из разных договоров, и по требованиям из различных договоров должны быть возбуждены самостоятельные дела, но и состав суда по указанным делам после возбуждения отдельных дел **не вправе их объединять в одно производство***».

Таким образом, consolidation по смыслу Регламента МАС при БелТПП, теоретически может иметь место только если речь идет об объединении споров из одного контракта. Практика МАС при БелТПП соответствует данному пониманию.

Например, Решение МАС при БелТПП от 01.07.2014 (дело № 1313/71-13). В этом деле акционерное общество «А» (Республика Беларусь) обратилось в МАС при БелТПП с иском о взыскании суммы основного долга и неустойки с общества с ограниченной ответственностью «В» (Литовская Республика).

В судебном заседании представители ответчика заявили о наличии на рассмотрении МАС при БелТПП других дел между теми же сторонами: одного, предметом которого является поставка тракторов по иному контракту между этими же сторонами, и второго, касающегося необоснованного, по мнению ответчика, отказа истца от исполнения агентского соглашения, заключенного с ответчиком. С учетом этого ответчик заявил ходатайство об объединении всех дел в одно производство. Данное ходатайство составом суда было отклонено в связи с тем, что ответчик не представил надлежащих доказательств, что указанные требования уже заявлены в суде и, что они связаны между собой, в том числе, по основаниям возникновения и/или доказательствам.

Решение МАС при БелТПП от 02.02.1998 (дело № 108/34-97). В этом деле от фирмы «А» (Ирландия) поступило два исковых заявления к совхозу «Б» (Республика Беларусь), по которым были возбуждены два дела. В связи с тем, что эти заявления

16 Chapter 3: The Possibility of Bringing Together in One Single Proceeding all the Parties Who Have Participated in the Performance of One Economic Transaction Through Interrelated Contracts', in Bernard Hanotiau, Complex Arbitrations: Multi-party, Multicontract, Multi-issue – A comparative Study (Second Edition), International Arbitration Law Library, Volume 14 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2020) pp. 197 – 310); Smith, Gordon. 'Comparative Analysis of Joinder and Consolidation Provisions Under Leading Arbitral Rules'. Journal of International Arbitration 35, no. 2 (2018): 173–202.

касались двух поставок по одному контракту, в первом судебном заседании оба дела были объединены в одно производство.

На наш взгляд, такая особенность Регламента МАС при БелТПП слабо способствует принципу эффективности арбитражного разбирательства и процессуальной экономии. Как показывает практика, при наличии по сути однородных требований в рамках схожих, если не идентичных коммерческих отношений сторон, например, по поставке, приходится подавать два и более исковых заявлений, отдельно заявлять в каждом разбирательстве релевантные ходатайства, а составу суда, следовательно, по несколько раз рассматривать и соответствующим образом реагировать на идентичные ходатайства. Конфликтующих решений в этих случаях можно попытаться избежать, если составы арбитража в таких разбирательствах идентичны, однако в Регламенте отсутствуют положения, которые бы это гарантировали.

Регламент МАС «Палата арбитров при Союзе юристов» в отношении consolidation положений не содержит. На наш взгляд, данное обстоятельство объясняется тем, что в Регламенте ЮНСИТРАЛ, на котором он основан, регулирование consolidation также отсутствует. Включение положений о consolidation в Регламент ЮНСИТРАЛ обсуждалось, однако в редакцию 2010 года они так и не вошли, поскольку был сделан вывод, что «механизм consolidation может быть слишком сложным для реализации в не администрируемых/ad hoc арбитражах»¹⁷. В отсутствие устоявшейся практики рассмотрения споров и разъяснений института, на наш взгляд, возможны следующие варианты разрешения вопроса об объединении дел.

Подход 1. Составы арбитража, аналогично МАС при БелТПП, могут фактически руководствоваться нормами Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь¹⁸ при разрешении определенных неурегулированных в Регламенте и Законе вопросов, включая consolidation. При таком подходе возможность consolidation будет ограничена объединением в одно производство лишь дел, вытекающих из одного контракта и в которых участвуют одни и те же лица. Данный подход, как уже было отмечено выше, слабо способствует эффективности процесса.

Подход 2. Составы арбитража могут по аналогии закона руководствоваться положениями пункта 5 статьи 17 Регламента МАС «Палата арбитров при Союзе юристов», регулирующих вопросы joinder и intervention, а также общими положениями статьи 17, которые позволяют составу арбитража вести разбирательство так, как он считает надлежащим. В качестве применимых критериев для объединения дел могут рассматриваться:

- 1) связанность арбитражным соглашением лиц, становящихся сторонами объединенного дела,
- 2) объединение дел не повлечет причинения ущерба правам лиц, становящихся сторонами объединенного дела.

При этом состав арбитража остаётся связанным обязанностью вести арбитражное

17 Sabahi, B. and Rubins, N., *Chapter VII - Special Procedures: Applications and Motions*, in Sabahi, B., Rubins, N., and Wallace, D., *Investor-State Arbitration*, 2nd edition, Oxford University Press, 2019, Section 7.112.

18 Часть первая и вторая статьи 165: «Истец вправе соединить в одном искомом заявлении несколько требований, связанных между собой по основаниям возникновения или представленным доказательствам.

Суд, рассматривающий экономические дела, вправе объединить в одно дело несколько однородных дел, в которых участвуют одни и те же лица.»

разбирательство:

1) при условии равного отношения к сторонам и предоставления каждой из них разумной возможности для изложения своей позиции, и

2) стремясь избежать неоправданных задержек и расходов и обеспечить справедливый и эффективный процесс разрешения спора между сторонами.

Полагаем, важность такого института, как consolidation, оправдывает если не включение в Регламент МАС «Палата арбитров при Союзе юристов» регулирования объединения дел, то как минимум принятие официальных разъяснений или руководства для арбитров и сторон (“guidelines”) применительно к данному вопросу.

Относительно multiple contracts Регламент МАС «Палата арбитров при Союзе юристов» также не содержит прямого регулирования. Однако, полагаем, что, ввиду подпункта с) пункта 4 статьи 3, устанавливающего, что исковое заявление должно включать *«указание на договор или другой документ, из которого или в отношении которого возник спор, или, в отсутствие такого договора или документа, краткое описание спорного правоотношения»*, можно пытаться утверждать, что такая возможность Регламентом ограничена. Аналогично с consolidation, практика рассмотрения споров и принятие соответствующих разъяснений и/или руководства МАС «Палата арбитров при Союзе юристов» позволили бы прояснить данный вопрос.

Практика иностранных арбитражных институтов

Регламенты наиболее известных зарубежных арбитражных институтов по мере наработки практики претерпевали определенные изменения и в итоге сформировали более детальное регулирование по вопросам объединения дел в одно производство и рассмотрения споров с множественностью контрактов.

Арбитражный регламент ИСС предусматривает как multiple contracts, так и consolidation. Так, статья 9 Арбитражного регламента ИСС устанавливает следующее:

«При условии соблюдения положений статей 6(3) – 6(7)¹⁹ и статьи 23(4), требования, вытекающие из или в связи с более чем одним контрактом, могут быть рассмотрены в одном арбитражном производстве, независимо от того, заявлены ли эти требования на основании одного или более соглашения(ий) об арбитраже в соответствии с Регламентом».

Статья 6(4)(ii) Арбитражного регламента ИСС, в свою очередь, устанавливает, что Суд ИСС продолжает разбирательство в случае, если он *prima facie* пришел к выводу о существовании арбитражного соглашения, в частности, *«если требования в соответствии со статьёй 9 были заявлены на основании более чем одного арбитражного соглашения, арбитражное производство продолжается по тем требованиям, в отношении которых Суд prima facie пришел к выводу, что (a) арбитражные соглашения, на основании которых заявлены такие требования, могут быть совместимы и, (b) возможно, что все стороны арбитражного производства согласились на совместное рассмотрение таких требований в одном арбитражном производстве».*

Относительно consolidation статья 10 Арбитражного регламента ИСС устанавливает, что Суд ИСС может принять решение об объединении двух или более арбитражных

19 Статьи 6(3) – 6(7) Арбитражного регламента ИСС устанавливают порядок рассмотрения составом арбитража относительно существования, действительности или сферы действия арбитражного соглашения или относительно возможности рассмотрения всех заявленных требований совместно в одном арбитражном производстве или Судом ИСС.

производств, которые уже ведутся согласно Регламенту, в одно арбитражное производство, при соблюдении следующих альтернативных критериев:

- а) стороны согласились на такое объединение; или
- б) все требования в арбитражных производствах заявлены на основании одного и того же арбитражного соглашения или одних и тех же арбитражных соглашений; или
- с) требования в арбитражных производствах не заявлены на основании одного и того же арбитражного соглашения или одних и тех же арбитражных соглашений, но арбитражные производства ведутся между одними и теми же сторонами, споры в арбитражных производствах возникают из одного и того же правоотношения, и Суд находит арбитражные соглашения совместимыми.

Принимая решение о consolidation, Суд может принять во внимание любые обстоятельства, которые он сочтёт имеющими отношение к делу, включая то, были ли утверждены или назначены один или несколько арбитров в более чем одном арбитражном производстве, и в этом случае, были ли утверждены или назначены одни и те же или разные лица.

Регламент Гонконгского международного арбитражного центра (HKIAC) содержит схожее регулирование consolidation и multiple contracts, делая больший упор на вопросах существа спора. Так, статья 28 устанавливает, помимо аналогичных статье 10 Арбитражного регламента ICC критериев, что HKIAC имеет право осуществить consolidation по запросу стороны и, что характерно, после консультации как со сторонами, так и с любыми утвержденными или назначенными арбитрами, если во всех объединяемых арбитражных разбирательствах возникает *«общий вопрос о праве или факте, испрашиваемые права на судебную защиту относятся к одной и той же сделке или серии связанных сделок и арбитражные соглашения совместимы»*.

Если HKIAC решает объединить два или более арбитражных разбирательства, считается, что стороны во всех таких арбитражных разбирательствах отказались от своего права назначать арбитра, и HKIAC может отозвать любое подтверждение или назначение арбитра. HKIAC назначает арбитражный суд в отношении объединенного разбирательства с учетом или без учета назначения какой-либо стороны.

Статья 29 Регламента HKIAC предусматривает multiple contracts, устанавливая аналогичные для consolidation критерии (общий вопрос права и факта, относимость заявленных требований к из одной и той же сделке или серии взаимосвязанных сделок, совместимость арбитражных соглашений).

Также стоит отметить еще одну особенность Регламента HKIAC. Так, согласно статье 30, после консультации со сторонами состав суда может провести два или более арбитражных разбирательства в соответствии с Регламентом одновременно или сразу одно за другим, или приостановить любое из этих арбитражных разбирательств до вынесения решения по любому из них, при соблюдении следующих кумулятивных критериев: 1) в каждом арбитраже формируется один и тот же состав арбитража; и 2) во всех арбитражных разбирательствах возникает общий вопрос о праве или факте.

Регламент Сингапурского международного арбитражного центра (SIAC) содержит схожее регулирование рассматриваемых вопросов. Он также указывает на такие критерии, как возникновение спора из (1) одних и тех же правоотношений; (2) контрактов, состоящих из основного контракта и его вспомогательных контрактов.

В отношении multiple contracts и consolidation следует отметить следующую про-

цессуальную особенность. Согласно статье 6 Регламента SIAC, истец может либо подать Уведомление об арбитраже в отношении каждого арбитражного соглашения и одновременно подать заявление об объединении арбитражей, либо подать единое Уведомление об арбитраже в отношении всех арбитражных соглашений. В последнем случае истец считается инициировавшим несколько арбитражных разбирательств, а Уведомление об арбитраже считается заявлением об их объединении.

Регламент Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма (SCC) также предусматривает возможность рассмотрения споров из множественных контрактов. Согласно статье 14 такие требования могут рассматриваться в рамках одного разбирательства – причем даже при возражении любой из сторон – при условии, что отсутствие юрисдикции SCC в отношении спора не является очевидным.

При принятии решения Правление должно запросить мнение сторон, а также учесть: 1) совместимость арбитражных соглашений; 2) вытекают ли требования из одной и той же сделки или серии сделок; 3) эффективность и быстроту разбирательства; 4) иные обстоятельства, имеющие значение для рассматриваемого спора. Любое решение о наличии юрисдикции состава арбитража в отношении требований принимается самим составом арбитража.

Относительно consolidation, статья 15 Регламента SCC предусматривает, что Правление может принять такое решение при соблюдении аналогичных Арбитражному регламенту ICC критериев, за тем лишь исключением, что, ввиду отсутствия союза «или», как то имеет место в статье 10 Арбитражного регламента ICC, согласие сторон на consolidation представляется обязательным. Правление также должно учитывать при принятии решения следующие факторы: 1) стадию разбирательства; 2) эффективность и быстроту разбирательства; 3) иные релевантные обстоятельства.

Арбитражный регламент LCIA не предусматривает multiple contracts. В одном из дел (Decision: A v B [2017] EWHC 3417 Comm) английский суд пришел к выводу, что у состава арбитража не было юрисдикции на рассмотрение споров, поскольку иск, поданный по спорам из двух контрактов, недействителен.

После этого дела Регламент LCIA претерпел изменения, однако в него все равно не было включено положение о multiple contracts, а появилась условная «альтернатива» – это возможность подать composite request («объединенное требование»). Альтернатива условная, поскольку из такого требования возбуждается несколько арбитражных разбирательств и они продолжаются как самостоятельные процессы.

В отношении consolidation Регламент LCIA устанавливает возможность состава арбитража с одобрения Суда LCIA разрешить consolidation если (1) все стороны договорились об этом в письменной форме, или (2) разбирательства начаты в соответствии с тем же арбитражным соглашением или любым совместимым арбитражным соглашением, либо между теми же сторонами в споре, либо в результате одной и той же сделки или серии связанных сделок, если Суд LCIA либо не сформировал состав арбитража, или если он состоит из тех же арбитров.

Также Арбитражный регламент LCIA предоставляет составу арбитража право по аналогичным основаниям принять решение об одновременном проведении арбитражных разбирательств, если в них сформированы одни и те же составы арбитража. Аналогичные права (за исключением проведения параллельных разбирательств) предоставляются Суду LCIA.

Применение consolidation и multiple contracts в спорах, рассматриваемых в белорусских арбитражных институтах, либо крайне ограничено, либо вовсе невозможно. Диаметрально противоположный подход наблюдается в регламентах ведущих иностранных арбитражных институтов, и, как описано выше, он представляется более эффективным.

Если Регламент МАС при БелТПП прямо запрещает рассмотрение споров из множественных контрактов в рамках одного производства, равно как и объединение в одно производство уже возбужденных дел, требования по которым возникают из разных контрактов, то Регламент МАС «Палата арбитров при Союзе юристов» умалчивает о регулировании данных вопросов.

Полагаем, что это оставляет пространство для прогрессивной интерпретации и правоприменительной практики. Для целей ее формирования представляется целесообразным разработать и принять официальные разъяснения или руководство для арбитров и сторон, что сделало бы процесс более предсказуемым и стало бы дополнительной отличительной чертой института.

КАК САНКЦИИ МОГУТ ИЗМЕНИТЬ МЕЖДУНАРОДНЫЙ АРБИТРАЖ



Зыков Роман Олегович,

*Генеральный секретарь Арбитражной ассоциации (Россия),
Управляющий партнер юридической фирмы Мансорс, к.ю.н.*

ВЛИЯНИЕ НА ЮРИДИЧЕСКИЙ РЫНОК

Введение санкций в отношении России и ее лиц, а также ответные меры, принятые Россией, стали шоком для мировой экономики и бизнеса. Это привело к приостановке и расторжению многочисленных контрактов, проектов, оплат по договорам, приостановке миграции рабочей силы, ограничениях в обмене информацией, проблемам в кибербезопасности и другим. Кроме того, всего за несколько дней произошли значительные негативные изменения в сферах спорта, культуры, образования и многих других гуманитарных областях. Будущее покажет, как будут развиваться события, но уже сейчас очевидно, что мировую экономику, а следовательно, и международный коммерческий арбитраж ждут изменения.

На протяжении нескольких десятилетий российский бизнес был заметным пользователем западной правовой инфраструктуры, особенно правовой системы Англии и Уэльса и стран ЕС. В 2022 году международные юридические фирмы закрыли свои представительства в России и отказались от представления интересов российских клиентов, некоторые арбитражные учреждения приостановили рассмотрение уже идущих дел и не принимают новые дела, а банки не осуществляют переводы денежных средств. Фактически такие действия также можно рассматривать как «отключение» России от западной правовой инфраструктуры. По оценкам английского регулятора 85% юридических услуг российским лицам оказывалось юрфирмами из государств G7, при этом, британские юрфирмы занимали 59% в доле иностранных юрфирм (или 69% в абсолютном выражении).²⁰ Уход международных юрфирм создал предпосылки для реформирования юридического рынка в России.

Представляется, что в результате мы увидим увеличение количества международных сделок с участием российских сторон, совершаемых по российскому праву, и, вероятно, по праву Гонконга взамен привычного ранее английского права, и, аналогично, нарастающее использование возможностей альтернативных арбитражных центров вместо других традиционных арбитражей. Постепенный переток в Азию некоторых споров, связанных с Россией, который наблюдался на протяжении последних 10 лет, существенно ускорится в ближайшем будущем.

20 <https://www.gov.uk/government/news/sanctions-in-response-to-putins-illegal-annexation-of-ukrainian-regions>

Санкции привели к росту как международных, так и внутренних коммерческих споров. Такие споры могут возникать в результате неисполненных и расторгнутых контрактов, обесценивания валюты, инфляции, применения нового административного и финансового регулирования, экспроприации собственности и других обстоятельств.

Я ожидаю, что мы также увидим кардинальные изменения в системе разрешения международных споров. Мы уже видели массовый уход иностранных юристов из российских проектов и закрытие международных юридических фирм в России. Российские стороны в арбитражном процессе обеспокоены тем, что к ним могут начать относиться предвзято, либо юристы откажутся от представительства в уже начатых процессах. В частности, уже поступали сообщения о том, что рассмотрение некоторых российских дел были приостановлены, и даже что российские арбитры были исключены из списков арбитров некоторых арбитражных учреждений и т. д.

Основополагающий принцип равного доступа к правосудию фактически перестал действовать для некоторых сторон. Потенциально это может негативно повлиять на доверие сторон, в том числе и не российских, к самой концепции нейтральности и беспристрастности правовой системы, создаваемой веками.

ЧЕГО ОЖИДАТЬ В БУДУЩЕМ?

Введение санкций заставляет стороны пересмотреть свою политику разрешения споров и адаптироваться к новой реальности.

Во-первых, возникает вопрос о том, какое место арбитража предпочтительно выбрать в свете текущих и будущих санкций. Традиционно российские стороны отдавали предпочтение крупным европейским центрам. Глядя на имеющуюся статистику за последние 10 лет, споры, связанные с Россией, составляют заметную часть дел в этих центрах, особенно по суммам заявленных требований. Однако с 2014 года стали появляться сообщения о том, что некоторым сторонам было отказано в принятии исков в ряде арбитражных центров, поскольку последние якобы не могли принять арбитражные сборы от санкционных компаний и банков. Опрос, проведенный Арбитражной Ассоциацией (РАА) в 2021 году, подтвердил, что проблема с оплатой арбитражных расходов санкционными лицами действительно существует. Несмотря на то, что можно подать заявление на получение специальной лицензии от компетентных органов на оплату арбитражных расходов и сборов, на практике таких случаев крайне мало. Исключением из правил, пожалуй, можно считать LCIA, который получил лицензию на администрирование российских споров. Между тем, в самой лицензии указывается, что она может быть изменена или отменена частично или полностью в любой момент по решению государственного органа.

Во-вторых, уход иностранных консультантов из российских проектов изменит российский юридический рынок. Частично их заменят бывшие сотрудники международных консалтинговых фирм из России, частично – консультанты из государств, которые не ввели/не вводят санкций против России. С другой стороны, возникает вопрос, кем и как быстро в основном европейские и американские юристы смогут заменить своих российских клиентов.

В-третьих, по тем же причинам, хотя и менее вероятно, иностранные арбитры могут начать отказываться от участия в делах, связанных с Россией, опасаясь стать объектом вторичных санкций или критики коллег, поскольку подобная деятельность, при желании, может квалифицироваться как оказание услуг лицам, попавшим под санкции.

В-четвертых, почти наверняка российские стороны откажутся от выбора английского, швейцарского, сингапурского и шведского применимого права, которое они ранее традиционно использо-

вали в своих контрактах. Это может произойти из-за того, что российские стороны не смогут нанять юристов и экспертов или назначить арбитров из этих юрисдикций. Вполне вероятно, что в ближайшие годы будет расти использование в контрактах российского права, а также права Гонконга и даже *lex mercatoria*. Такое же изменение может произойти в отношении выбора *lex arbitri* (процессуально-го права) и, следовательно, изменения в предпочтениях сторон в отношении места арбитража.

В-пятых, запрет на передвижение российских граждан ограничит возможности для некоторых российских сторон и консультантов организовывать и присутствовать на слушаниях в определенных государствах. Опять же, стороны будут искать более доступные места для слушаний или будут использовать онлайн арбитраж, там, где это возможно.

В-шестых, отключение российских банков от SWIFT делает оплату арбитражных расходов затруднительным, а иногда даже невозможным. Точно так же российские арбитры могут столкнуться с трудностями при получении оплаты их гонорара по уже завершенным делам. Подобные трудности потребуют от арбитражных учреждений использования альтернативной валюты для своих дел.

В-седьмых, применение национальными судами Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года может потребовать уточнений. Могут возникнуть трудности в отношении таких вопросов, как исполнение арбитражных соглашений, заключенных лицами, находящимися под санкциями, равное отношение к иностранным арбитражным решениям, применение публичного порядка ввиду введенных третьими государствами санкций, и т.д.

Любое из вышеперечисленных обстоятельств может сделать существующие арбитражные соглашения неисполнимыми, и, следовательно, перспектива рассмотрения дел, связанных с санкциями, в соответствии с правилами институционального арбитража может оказаться нежелательной. Это может потребовать пересмотра и корректировки существующих арбитражных соглашений. Незыблемость арбитражных соглашений может потребовать от сторон адаптации к новым обстоятельствам и приложения максимальных усилий для того, чтобы разрешить свой спор именно в арбитраже, например в формате *ad hoc* или посредством рассмотрения спора альтернативными арбитражными учреждениями на основании их регламентов. В любом случае, рекомендуется заранее связаться с секретариатом согласованного в оговорке арбитражного учреждения, чтобы выяснить, может ли конкретный спор быть рассмотрен в этом арбитраже.

КАК СНИЗИТЬ ВОЗМОЖНЫЕ РИСКИ?

Стороны могут предпринять различные договорные меры для снижения рисков, связанных с неисполнением контрактов и препятствиями в доступе к правосудию.

Во-первых, существует практика заключения так называемых «каскадных арбитражных оговорок», в которых несколько арбитражных учреждений перечислены в порядке приоритета, так что в случае возникновения спора арбитраж передается учреждениям с наивысшим рейтингом в списке. Если такое арбитражное учреждение по какой-либо причине не может урегулировать спор, стороны соглашаются передать его во второе в списке арбитражное учреждение и т. д.

Во-вторых, происходит постепенный переход к арбитражу, к применимому праву и месту арбитража по коммерческим контрактам ряда стран глобального Юга (Азия, Ближний Восток, Северная Африка). Мы считаем, что эта тенденция продолжится.

В-третьих, нередко стороны договариваются об альтернативных системах оплаты, об оплате в нейтральных валютах и предусматривают механизм корректировки цен.

В-четвертых, стороны нередко договариваются о порядке уменьшения или избегания рисков, связанных невозможностью исполнения договоров, позволяющие им уже

после подписания контрактов адаптировать их к изменяющимся обстоятельствам.

В-пятых, следует уделить особое внимание положениям о форс-мажоре, чтобы уменьшить потенциальное влияние внешних обстоятельств на свои контракты.

РАССМОТРЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ КОММЕРЧЕСКИХ СПОРОВ В АРБИТРАЖНОМ ИНСТИТУТЕ ТОРГОВОЙ ПАЛАТЫ Г. СТОКГОЛЬМА: ОБЗОР И РЕКОМЕНДАЦИИ



Александр Корсак,

*партнер, руководитель практики «Разрешение споров»
GRATA International, Belarus*



Елизавета Тенюта,

младший юрист GRATA International, Belarus

Что такое ТПС как арбитражный институт?

Арбитражный институт при Торговой палате г. Стокгольма (англ. - The SCC Arbitration Institute²¹) (далее – ТПС) является одним из всемирно известных и популярных коммерческих арбитражных институтов.

ТПС был создан в 1917 году в качестве независимого подразделения Торговой палаты Стокгольма для осуществления администрирования внутренних и международных коммерческих споров. Следует отметить, что долгое время в ТПС администрировались исключительно внутригосударственные споры, однако, начиная с 70-х годов тенденция изменилась и в ТПС постепенно стали передаваться международные коммерческие споры.

Современ СССР арбитражная оговорка о передаче споров с участием иностранных компаний в ТПС была довольно распространенной в международных контрактах. В настоящее время подобная тенденция сохраняется, многие внешнеэкономические контракты, заключаемые при участии резидентов стран ЕАЭС с иностранными компаниями (резидентами ЕС и др.), содержат арбитражную оговорку о передаче споров в ТПС.

Следует отметить, что доля национальных коммерческих споров в ТПС является преобладающей составляет около 60%. Например, согласно официальным статистическим данным, в 2021 году на рассмотрении в ТПС находилось 165 дел, из которых 78 являлись для

21 Новое наименование арбитражного института, утвержденное Арбитражным регламентом, вступившим в юридическую силу с 1 января 2023 года.

Швеции международными (т.е. с участием нерезидента Швеции), в то же время в 2022 году на рассмотрении в ТПС было 143 дела, 67 из которых - международные споры²².

Регламентация деятельности ТПС.

Администрирование споров в ТПС осуществляется на основе Арбитражного регламента (в ред. от 01.01.2023), а также, в случае рассмотрения споров по ускоренной процедуре, на основе Правил ускоренной арбитражной процедуры («Регламент»)²³. Все эти акты доступны на официальном сайте института.

По некоторым вопросам необходимо обращаться к положениям Закона Швеции «Об арбитраже». Например, по таким вопросам, как требования, предъявляемые к арбитрам; содержание и форма арбитражного решения; недействительность и отмена арбитражного решения; процедура обжалования арбитражного решения и т.п.

Структура органов ТПС.

Организационная структура ТПС включает в себя секретариат и правление.

Секретариат выполняет основную организационную работу при администрировании споров: принимает корреспонденцию от Сторон; ведет с ними переписку до момента образования состава арбитров; организует формирование и начало работы состава арбитров; направляет арбитрам полученные от Сторон документы.

В функции Правления входит принятие решений, которые Регламент относит к компетенции Правления: о юрисдикции ТПС, о назначении арбитров, об отводе арбитров, об отстранении арбитров от своих полномочий; об определении арбитражных расходов и т.п.²⁴

Соглашение о передаче спора на разрешение ТПС.

Разрешение спора в ТПС возможно при наличии заключенного Сторонами арбитражного соглашения. Наиболее распространенным способом заключения арбитражного соглашения является включение арбитражной оговорки в договор (соглашение, контракт).

Каждый арбитражный институт разрабатывает свои типовые арбитражные оговорки, позволяющие исключить любые риски признания оговорки недействительной. ТПС предлагает следующую арбитражную оговорку (в ред. от 2023 года):

«Любой спор, разногласие или претензия, вытекающие из настоящего контракта или в связи с ним, в том числе касающиеся его нарушения, прекращения или недействительности, будут окончательно разрешены путем арбитража в соответствии с Арбитражным регламентом Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма».

Дополнительно Стороны могут указать в арбитражной оговорке: место проведения арбитража, язык арбитражного разбирательства, применимое право²⁵.

Рекомендация от авторов: Стороны, планирующие передать на рассмотрение в будущем свои споры в ТПС, должны тщательно подойти к составлению арбитражной оговорки, в том числе выбрать право, применимое к самому арбитражному соглашению, во избежание споров в этой части.

22 SCC statistics (<https://sccarbitrationinstitute.se/en/about-scc/scc-statistics>)

23 SCC Arbitration Institute Rules, enter into force on 1 January 2023 (<https://sccarbitrationinstitute.se/en/resource-library/rules-and-policies/scc-rules>)

24 SCC Rules Appendix I Organisation

25 The SCC Model Clauses (<https://sccarbitrationinstitute.se/en/model-clauses>)

Затраты на арбитражное разбирательство в ТПС.

Рассмотрение дел в ТПС – процесс дорогостоящий. Проигравшая дело сторона, как правило, несет свои расходы и возмещает все расходы по делу выигравшей стороне. Общая сумма таких расходов двух сторон в среднем может составлять 500-800 тыс. евро. Конкретный размер будет зависеть от цены иска, дороговизны юридических представителей сторон, наличия в деле экспертов, продолжительности рассмотрения дела, его объемности и сложности.

Так, при обращении в ТПС Сторона уплачивает регистрационный сбор в размере 3 000 евро. Регистрационный сбор не подлежит возврату и является частью Административного сбора.

До непосредственного начала рассмотрения спора каждая Сторона должна внести 50% **аванса на покрытие расходов по делу**, размер которого определяется Правлением ТПС. Сумма аванса рассчитывается Правлением ТПС исходя из размера предполагаемых арбитражных расходов, а также с учетом подлежащего к оплате административного сбора.

Арбитражные расходы ТПС включают:

Гонорары арбитров;

Административный сбор;

Компенсации расходов арбитров и ТПС (к примеру, компенсация транспортных расходов по прибытию к месту устных слушаний, расходов на проживание, расходов по организации проведения устных слушаний, расходов по оплате услуг переводчика и др.)²⁶.

Сумма подлежащего уплате административного сбора определяется Правлением ТПС в зависимости от размера цены иска в соответствии с разработанной ТПС шкалой и уплачивается в полном объеме в составе аванса на покрытие расходов. Следует отметить, что в Арбитражном регламенте (в ред. от 01.01.2023) обновлена шкала расчета административного сбора, в связи с чем увеличились арбитражные расходы²⁷.

Примеры расчета суммы аванса на покрытие расходов:

А) в случае подачи заявления о взыскании средств в размере 100 тыс. евро полная сумма аванса в случае рассмотрения спора тремя арбитрами составляет 38 266 евро. Соответственно, для Истца размер аванса (50% от полной суммы) составляет 19 133 евро.

Б) в случае подачи заявления о взыскании средств в размере 2 млн. евро полная сумма аванса в случае рассмотрения спора тремя арбитрами составляет 160 137 евро. Соответственно, для Истца размер аванса (50% от полной суммы) составляет 80068,50 евро.

Обращаем внимание, что если Ответчик отказывается от внесения своей части, то дело продолжается только при условии, что Истец оплатит взнос за Ответчика.

До вынесения арбитражного решения Правление определяет окончательный размер всех арбитражных расходов, учитывая, насколько эффективно и быстро Состав арбитров рассматривал дело, сложность спора и другие обстоятельства, относящиеся к делу.

Кроме указанных расходов Стороны несут расходы на оплату услуг юридических консультантов, оплату услуг экспертов, расходы по транспортировке, проживанию, печати документации и т.д.

При вынесении решения по делу Состав арбитров также разрешает вопрос о распределении всех расходов между Сторонами.

Рекомендация от авторов: Поскольку арбитраж в ТПС – процедура дорогостоящая, то до подачи иска изучите и оцените все свои аргументы и доказательства. Цена ошибки высо-

26 Art.49 SCC Rules

27 SCC Rules costs of the arbitration

ка. Также рекомендуем воспользоваться размещенным на сайте калькулятором арбитражных расходов для предварительного расчета возможных расходов при рассмотрении спора в ТПС. Предварительный расчет позволит оценить целесообразность обращения в арбитраж с финансовой точки зрения.

С чего начинается арбитражное разбирательство в ТПС?

Арбитражное разбирательство в ТПС начинается с направления Истцом Просьбы об арбитраже («**Request for Arbitration**»). Это обычно довольно короткий документ, где Истец кратко излагает существо спора, а также предварительно указывает искимые требования, в том числе проводит денежную оценку размера требований; дает описание арбитражного соглашения или оговорки, на основе которой должен быть разрешен спор; сообщает о предполагаемом количестве арбитров и месте арбитража²⁸.

Просьба об арбитраже может быть направлена как по обычной почте, так и по электронной почте arbitration@chamber.se (что является удобным в современных условиях).

Арбитражное производство считается начатым в день получения Секретариатом ТПС Просьбы об арбитраже.

Ответчик после ознакомления с Просьбой об арбитраже в установленный ТПС срок предоставляет своей ответ на Просьбу об арбитраже.

Формирование Составы арбитров.

Одним из важнейших этапов в рассмотрении любого дела в арбитраже является формирование Составы арбитров («**Arbitral Tribunal**»).

Стороны определяют количество арбитров по своему усмотрению при заключении арбитражного соглашения²⁹. В отсутствие договоренности сторон о количестве арбитров, Правление ТПС решает, должно ли дело рассматриваться единоличным арбитром или Составом арбитража из трех арбитров, принимая во внимание сложность дела, сумму требований и иные обстоятельства, имеющие значение для рассматриваемого вопроса. Например, в 2021 году 60 дел в ТПС было рассмотрено составом арбитров из трех арбитров и 37 дел – единоличным арбитром³⁰.

По общему правилу, если состав арбитров состоит из трех арбитров: один назначается Истцом, один - Ответчиком, третий арбитр – он же председатель Составы арбитров избирается Правлением ТПС. Если Стороны бездействовали по вопросу назначения арбитров, то все арбитры назначаются Правлением ТПС, учитывая такие факторы, как, характер и обстоятельства спора, применимое право, место и язык арбитража, а также гражданскую принадлежность сторон³¹.

После формирования Составы арбитров сопровождение дела переходит в их компетенцию. С этого момента состав арбитров решает текущие вопросы коммуникации со сторонами, разрешает их заявления.

Рекомендация от авторов: На стадии подачи Просьбы об арбитраже Истцу целесообразно указать кандидатуры арбитров для назначения. При этом, рекомендуем разумно подойти к выбору кандидатур. Предварительно проведите их проверку на предмет независимо-

28 Art. 6 SCC Rules

29 Art.16 SCC Rules

30 SCC statistics 2021 (<https://sccarbitrationinstitute.se/en/about-scc/scc-statistics-2021>)

31 Art.17 SCC Rules

сти и беспристрастности, также при выборе учитывайте язык арбитражного разбирательства, применимое право, категорию спора и квалификацию арбитра.

Порядок рассмотрения дела в ТПС.

При рассмотрении дела в ТПС, основное время уходит на подготовку и обмен письменными позициями сторон, а также на коммуникацию между сторонами и Составом арбитров, которая происходит удаленно (посредством электронной почты, звонков, видеоконференцсвязи).

Непосредственно слушание является одной из заключительных стадий процесса и занимает всего лишь несколько дней. Это отличает порядок рассмотрения дела, например, от известного белорусским юристам порядка в Международном арбитражном суде при БелТПШ.

С целью определения графика и порядка разбирательства состав арбитров проводит организационное совещание (Case management conference - **СМС**) со сторонами. Совещание обычно проходит в дистанционном формате, но возможен и другой подход³².

По результатам совещания, Составом арбитров утверждается процессуальный приказ («**Procedural order**»), который является обязательным для сторон и содержит процедурное регулирование. Таких приказов по делу может быть несколько по разным вопросам.

Обычно в рамках рассмотрения дела Стороны обмениваются такими документами, как исковое заявление («**Statement of Claim**»), Отзыв на иск («**Statement of Defence**»), Возражения истца («**Reply**»), встречные Возражения ответчика («**Rejoinder**»), краткие пояснения по итогам слушаний («**Post Hearing Brief**»), заявления Сторон о взыскании расходов по делу («**Submission on Costs**»).

Все доказательства по делу делятся на фактические (например, деловая переписка, договоры), правовые (например, правовые акты, правовые публикации), показания свидетелей и экспертов (WS).

Платформа ТПС.

«**SCC platform**» – это цифровая система управления делами, находящимися в производстве ТПС. Платформа обеспечивает архивное хранение всех процессуальных документов по делу, а также доказательств, предоставленных в арбитраж Сторонами. Кроме осуществления хранения документов, в платформу интегрирован календарь, позволяющий Сторонам контролировать все даты и сроки в рамках арбитражного разбирательства³³.

Платформа является важным средством коммуникации Сторон и арбитров в процессе арбитражного разбирательства. Вместе с тем, наличие платформы не отменяет коммуникацию через электронную почту, при этом соответствующие письма должны загружаться и на платформу.

Доступ к платформе открыт круглосуточно. Также в Платформе в разделе «Участники дела» отражаются контактные данные всех представителей Сторон по делу и арбитров.

Слушания по делу в современных условиях.

Несмотря на то, что ТПС расположена в Стокгольме (Швеция), устные слушания в очном формате могут быть проведены в любом месте, которое будет либо согласовано Сторонами при заключении арбитражного соглашения в качестве места проведения устных слушаний, либо будет определено Составом арбитров с учетом мнения Сторон.

32 Art.28 SCC Rules

33 SCC Platform – case management system (<https://sccarbitrationinstitute.se/en/case-management>)

В новой редакции Арбитражного регламента закреплено право Состава арбитров с учетом мнения сторон проводить слушания в дистанционном формате с использованием современных цифровых технологий.³⁴ Вследствие распространения COVID-19 и введения определенных карантинных мер во многих странах судебные слушания в ТПС часто проводились в дистанционном формате. В настоящее время количество очных слушаний увеличивается.

В какой срок рассматривается дело и принимается арбитражное решение?

Сроки рассмотрения дела зависят от сложности дела, поведения сторон, других объективных обстоятельств. По общему правилу, арбитражное решение должно быть вынесено не позднее шести месяцев со дня передачи дела Составу арбитража³⁵. В некоторых случаях Правление ТПС вправе продлить срок рассмотрения на основании мотивированной просьбы со стороны Состава арбитража или при иных обстоятельствах.

Исходя из сложившейся практики, от обращения с Просьбой об арбитраже до получения Истцом арбитражного решения проходит в среднем около одного года, по сложным делам – срок может быть дольше.

Арбитражное решение подле жит обжалованию?

Арбитражное решение выносится Составом арбитров в письменной форме. Оно является окончательным и обязательным для Сторон с момента его вынесения. Однако в некоторых случаях арбитражное решение может быть обжаловано в Апелляционный суд округа Свеа (Стокгольм) Швеции.

Согласно Закону Швеции «Об арбитраже» арбитражное решение может быть полностью или частично отменено Апелляционным судом по ходатайству одной из Сторон, если:

- 1) оно не охватывается действительным арбитражным соглашением;
- 2) арбитры вынесли решение после истечения установленного сторонами срока либо арбитры вышли за пределы своих полномочий;
- 3) арбитражное разбирательство не должно было иметь место в Швеции;
- 4) арбитр был назначен в нарушение соглашения сторон;
- 5) в ходе разбирательства было допущено какое-либо иное нарушение, которое, вероятно, повлияло на исход спора³⁶.

Следует отметить, что ходатайство об отмене арбитражного решения должно быть заявлено **в течение трех месяцев** с момента получения решения стороной. Особенность рассмотрения такого ходатайства – процесс ведется не на английском языке, а на шведском.

Арбитражное решение, которым арбитры завершили разбирательство, однако которое не содержит выводов по вопросам, переданным на разрешение арбитража, также может быть изменено полностью или частично по ходатайству стороны. Ходатайство должно быть заявлено в течение трех месяцев с момента получения Стороной арбитражного решения³⁷.

Обращаем внимание, что на период рассмотрения жалобы процесс признания и приведения в исполнения арбитражного решения может быть приостановлен.

Также напоминаем, что в рамках Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 года) и национального законодательства есть основания, по которым может быть отказано в признании и приведении

34 Art.32 SCC Rules

35 Art.43 SCC Rules

36 Статья 34 Закона Швеции 1999 г. «Об арбитраже»

37 Статья 36 Закона Швеции 1999 г. «Об арбитраже»

в исполнение арбитражного решения (противоречие публичному порядку и др.).

Подводя итог, можно отметить, что рассмотрение международных коммерческих споров в ТПС является дорогостоящей процедурой, в которой можно рассчитывать на профессиональное и тщательное разбирательство по делу с соблюдением традиций Шведского арбитража, что может быть оправданным в конкретных значительных спорах.

ПРАКТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ПРИЗНАНИЯ И ИСПОЛНЕНИЯ ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ В КНР



Гульнур Нуркеева,

партнер, глава офиса GRATA International в Пекине

Масштабные инфраструктурные проекты Китая, в рамках реализации программы «Один пояс - Один путь», сотрудничество в ключевых секторах, участие в ШОС – эти и другие факторы служат дальнейшему развитию торгово-экономических отношений стран СНГ с поднебесной, что в свою очередь делает еще более актуальным вопрос признания и исполнения решений иностранного арбитража на территории КНР.

Нормативно-правовая база для признания и исполнения иностранных арбитражных решений

Китай в 1987 году присоединился к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года (далее - Нью-Йоркская конвенция).

При присоединении к Нью-Йоркской конвенции Китай сделал две оговорки. Одна из них заключается в том, что конвенция применяется только к признанию и приведению в исполнение арбитражных решений, вынесенных на территории другого договаривающегося государства. Она известна как «оговорка взаимности». Другая так называемая «оговорка по коммерческим вопросам» заключается в том, что Нью-Йоркская конвенция должна распространяться только на те правоотношения, которые считаются коммерческими в соответствии с национальным законодательством КНР.

В данной статье мы не будем рассматривать перечень необходимых документов для признания и исполнения решения арбитража в КНР, поскольку национальное законодательство КНР, регулирующее вопросы признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений, соответствует Нью-Йоркской конвенции с учетом двух вышеуказанных оговорок.

Статья 290 Гражданского процессуального кодекса КНР предусматривает, что в тех случаях, когда арбитражное решение иностранного арбитражного учреждения нуждается в признании и приведении в исполнение китайскими судами, заинтересованные стороны должны обращаться непосредственно в Народный суд по месту жительства ответчика или местонахождению имущества ответчика. Суд будет рассматривать этот вопрос в соответствии с международными договорами т.е. Нью-Йоркской конвенцией, двусторонними международными соглашениями и принципом взаимности.

В целях реализации положений Нью-Йоркской конвенции Верховный Народный Суд КНР (Supreme People's Court of China) в 1987 году издал Уведомление о приведении в исполнение Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, в котором разъясняются правила, применимые к Нью-Йоркской конвенции, включая юрисдикцию, сроки подачи заявок, стандарты обжалования для признания и приведения в исполнение и т.д.

Для дальнейшего уточнения правил о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в 1995 году Верховный Народный Суд выпустил Уведомление для Народного суда, занимающегося иностранным арбитражем, которое было дополнительно пересмотрено в 2008 году (Уведомление 2008 года).

В уведомлении 2008 года разъясняются обстоятельства, при которых китайские суды могут отказать в признании или приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Кроме того, Уведомление 2008 года также усиливает надзор Народных судов за признанием и приведением в исполнение иностранных арбитражных решений путем создания внутренней системы отчетности.

В соответствии с этой системой отчетности, когда Народный суд склонен отказать в признании или приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, он обязан представить доклад в вышестоящий Народный Суд апелляционной инстанции (People's High Court) для дальнейшего рассмотрения.

Если вышестоящий Народный суд также склоняется к мнению, что в признании должно быть отказано, то дело должно быть передано в Верховный Народный Суд КНР для окончательного рассмотрения и разрешения, прежде чем может быть вынесен отказ в удовлетворении заявления о признании.

Таким образом, Народный суд вправе только признать иностранное арбитражное решение: отказ в признании иностранного арбитражного решения осуществляет только Верховный Народный Суд КНР.

31 Декабря 2021 года Верховный Народный Суд КНР опубликовал резюме симпозиума Верховного Суда с разъяснениями по применению Нью-Йоркской конвенции.³⁸ Ключевые разъяснения 2021 года касаются следующих вопросов:

- Непроведение «переговоров до арбитражного разбирательства» не является процессуальным нарушением в соответствии со статьей V (1)(d) Нью-Йоркской конвенции.
- Если китайский суд уже постановил, что арбитражное соглашение между сторонами не заключено, ничтожно, недействительно или истекли сроки исковой давности, и признание и приведение в исполнение арбитражного решения будет противоречить вступившему в силу решению китайского суда, то китайский суд должен отказать в признании такого арбитражного решения, поскольку это является нарушением публичного порядка, как это предусмотрено в статье 5 пункта 2 (b) Нью-Йоркской конвенции.

Необходимо отметить, что резюме симпозиума лишь подтверждает предыдущую практику Народных китайских судов.

С момента присоединения Китая к Нью-Йоркской конвенции китайские суды
38 <http://cicc.court.gov.cn/html/1/218/62/409/2172.html> Резюме симпозиума по иностранным коммерческим судебным разбирательствам

только дважды (в 2008 и в 2018) отказывались признавать и приводить в исполнение иностранные арбитражные решения по основаниям, противоречащим публичному порядку³⁹.

В деле 2018 года основанием для отказа китайского суда явился тот факт, что китайский суд подтвердил недействительность арбитражной оговорки.

Мнения китайских судов по делу 2018 года и делу 2008 года можно резюмировать следующим образом. В деле 2018 года заинтересованные стороны подали заявление об арбитраже в иностранном государстве, даже когда китайский суд уже подтвердил недействительность арбитражного соглашения. Соответственно, китайский суд постановил, что арбитражное решение нарушило публичный порядок Китая.

В деле 2008 года китайский суд постановил, что арбитражное решение содержало решения по вопросам, не вынесенным на рассмотрение в арбитраж, и, таким образом, одновременно нарушило публичный порядок Китая.

Практика по признанию решений иностранного арбитража в КНР

Основываясь на исследованиях из базы данных судебных решений, с 2001 по 2022 год насчитывается 243 дела, связанных с признанием и приведением в исполнение иностранных арбитражных решений, из которых только 43 случая привели к отказу в признании или приведении в исполнение.

В различных источниках информация о процентном соотношении успешных дел по признанию отличается. Обусловлен этот факт тем, что при соответствующих расчетах чаще всего предметом анализа являются дела, по которым возбуждено гражданское производство, тогда как в некоторых расчетах учтены также дела, гражданское производство по которым не возбуждалось и заявления о признании были возвращены или отозваны.

Так согласно исследованиям China Justice Observer (CJO) в 2018 – 2019 гг. 87.5% заявлений о признании и исполнении иностранных арбитражных решений были успешно признаны и исполнены⁴⁰.

В 2019 году китайские суды рассмотрели в общей сложности 30 дел о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений.

Китайские суды признали и привели в исполнение, полностью или частично, иностранные арбитражные решения по 21 делу; в трех случаях китайские суды отказали в признании, а в остальных шести случаях заявления были либо отозваны заявителями, либо имелся спор о подсудности.

Другими словами, в общей сложности 24 дела были переданы на рассмотрение по существу, 21 из которых касались признания и исполнения арбитражных решений, что позволило СЛ прийти к выводу об уровне успешности признания иностранных арбитражных решений составляющем 87.5%.

Согласно другим источникам, в период с 2005 по 2015 гг. были признаны 68% дел, в период с 2015 по 2017 гг. средний уровень признания составил 75.3%, в период с 2018 – 2022 гг. были признаны 66.7% дел⁴¹.

39 <https://zh-tw.chinajusticeobserver.com/a/china-refuses-to-recognize-a-foreign-arbitral-award-on-the-grounds-of-public-policy-for-the-2nd-time>

40 <https://www.cjoglobal.com/index.php/2021/12/10/can-foreign-arbitral-awards-be-enforced-in-china/>

41 浅析外国仲裁裁决在中国的承认和执行, 张毅 朱安然, 金诚同达律师事务所 <http://www.cqlsw.net/business/theory/2022111839919.html>

При данных расчетах, учитывались все дела, в том числе отозванные или не принятые к рассмотрению по существу, гражданское производство по которым не возбуждалось.

Судебные расходы

Государственная пошлина по заявлению о признании иностранного арбитражного решения составляет 500 китайских юаней (приблизительно US\$ 71).

За исполнительное производство судебные сборы исчисляются из суммы, подлежащей принудительному исполнению. В частности, ставки сборов за каждое исполнительное производство являются следующими:

- от 50 юаней до 500 юаней по неимущественным спорам;
- 50 юаней, если исполнение включает сумму, не превышающую 10 000 юаней;
- 1,5% от суммы, превышающей 10 000 юаней, но менее 500 000 юаней;
- 1 процент от суммы, превышающей 500 000 юаней, но менее 5 миллионов юаней;
- 0,5 % от суммы, превышающей 5 миллионов юаней, но менее 10 миллионов юаней; и
- 0,1 % от любой суммы, превышающей 10 миллионов юаней.

При планировании расходов также необходимо учитывать гонорары китайских адвокатов, поскольку иностранные адвокаты не имеют права на представление интересов в Китайских народных судах. Лицензированными адвокатами могут являться только граждане КНР.

Согласно отчету Всемирного банка Doing Business 2020⁴², расходы на китайских адвокатов в среднем составляют 7.6% от суммы иска.

До 2018 года правительство Китая устанавливало регулируемые государством цены на гонорары адвокатам. Хотя правительство больше не ограничивает размер стоимости юридических услуг, на практике гонорары китайских юристов в основном не отличаются от указанных в отчете Всемирного банка ориентировочных цен.

Согласно последнему стандарту взимания платы, выпущенному в 2016 году муниципальным правительством Пекина, для каждого этапа судебного разбирательства китайские юристы могут определять условные гонорары пропорционально стоимости иска, а метод расчета также является прогрессивным.

Согласно прогрессивной формуле правительства Пекина:

(1) Для дела со стоимостью иска 1 миллион долларов США, судебные издержки для каждой стадии составляют 44,000 долларов США, а общие судебные издержки на двух стадиях составляют порядка 8,8%;

(2) Для дела со стоимостью иска 2 миллиона долларов США, судебные издержки для каждой стадии составляют 74,000 долларов США, а общие судебные издержки на двух стадиях составляют 7,4%.

Этот стандарт также коррелируется со статистикой Всемирного банка.

Сроки рассмотрения

Заявления о признании и приведении в исполнение арбитражного решения должны быть поданы в течение двух лет с даты исполнения, предусмотренного решением

42 <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>

арбитража⁴³. Если в арбитражном решении не оговаривается срок исполнения, двухлетний срок исчисляется с даты вступления в силу арбитражного решения.

Согласно законодательству КНР, если суд удовлетворяет ходатайство о признании, суд должен принять такое решение в срок от 2 до 6 месяцев с момента принятия заявления⁴⁴. При особых обстоятельствах продление вышеуказанных сроков утверждается председателем Народного суда и такие сроки могут быть продлены еще на 6 месяцев⁴⁵.

Однако, если суд отклоняет ходатайство о признании иностранного арбитражного решения, суд, отклоняющий ходатайство, должен сообщить об отказе в вышестоящий народный суд в соответствии с требованиями вышеуказанного Уведомления 2008 года. Если вышестоящий Народный суд займет позицию, что заявление должно быть удовлетворено, суд непосредственно вернет свое заключение в народный суд первой инстанции. Тогда как если вышестоящий народный суд согласится с отказом народного суда в удовлетворении заявления, он, в свою очередь, должен сообщить об отказе в Верховный Народный Суд КНР. Только после того, как Верховный народный суд КНР согласится отклонить заявление о признании, Народный суд первой инстанции может вынести решение об отказе в признании иностранного арбитражного решения.

Таким образом, сроки по рассмотрению заявлений о признании в случаях, когда речь идет об отказе в признании иностранного арбитражного решения, на практике могут составлять от 1 до 2 лет.

В 42 проанализированных решениях суда среднее время на признание составило 356 дней, максимальный срок рассмотрения 1727 дней и минимальный 41 день⁴⁶.

После признания исполнение иностранных арбитражных решений ничем не отличается от исполнения судебных решений Китая. Исходя из данных Всемирного банка на исполнение решения суда в среднем требуется 240 дней⁴⁷.

Причины отказа в Признании

Полученные результаты анализа дел показывают, что отказ обусловлен главным образом процессуальными дефектами, причем наибольшее число дел связано с неэффективными арбитражными соглашениями или процессуальными дефектами. Как было отмечено выше, менее часто упоминаемым основанием является нарушение публичного порядка.

43 статья 246 Гражданского процессуального кодекса КНР

44 Закон об Арбитраже КНР 1994 г

45 中国国际经济贸易仲裁委员会 <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=256>

46 <https://zh-cn.chinajusticeobserver.com/a/time-and-expenses-recognition-and-enforcement-of-foreign-arbitral-awards-in-china>

47 <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>

Причины отказа в признании (анализируемый период 1994 -2015 гг.)	Основание	Количество 32	%
Арбитражное соглашение недействительно	Нью-Йоркская конвенция Статья 5 пункт 1 подпункт (а)	8	23.53%
Состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или закону страны арбитражного рассмотрения	Нью-Йоркская конвенция Статья 5 пункт 1 подпункт (d)	8	23.53%
Сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла пред- ставить свои объяснения	Нью-Йоркская конвенция Статья 5 пункт 1 подпункт (b)	6	17.65%
Не представлено должным образом заверенное (нотариально заверенное и легализованное), переведенное, подлинное арбитражное решение	Нью-Йоркская конвенция Статья 4	3	8.82%
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	Нью-Йоркская конвенция Статья 5 пункт 1 подпункт (c)	3	8.82%
Отсутствие доказательств того, что ответчик или имущество, принадлежащее ответчику, находится в Китае	Нью-Йоркская конвенция Статья 1	2	5.88%
Признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны	Нью-Йоркская конвенция Статья 5 пункт 2 подпункт (b)	1	2.94%
Стороны заменили арбитражное оговорку и предпочли рассмотрение Народным судом КНР	Нью-Йоркская конвенция Статьи 1, 2	1	2.94%

Заключительные рекомендации

Учитывая длительность рассмотрения решений о признании, высокую стоимость расходов на гонорары китайских адвокатов, по суммам контрактов, не превышающим 1-2 миллионов долларов США, многие дела не доходят до стадии возбуждения производства по признанию иностранного арбитражного решения, ввиду отсутствия экономической целесообразности для стороны, в пользу которой вынесено арбитражное решение, например в странах СНГ.

Соответственно такие решения иностранного арбитража не участвуют при формировании внушительной успешной статистики по признанию решений иностранных арбитражей на территории КНР.

Необходимо также учитывать особенности китайских иероглифов и рекомендовано заключать договоры как минимум на двух языках, одним из которых является китайский. В одном из случаев из нашей практики суд отказал в возбуждении производства по признанию иностранного арбитражного решения ввиду ненадлежащего истца.

В отношении Китайского сельскохозяйственного холдинга (далее – Холдинг) вынесено арбитражное решение в одной из стран СНГ. Как выяснилось на этапе признания и исполнения решения арбитража, Холдинг не мог выступать ответчиком по делу, поскольку в какие-либо договорные отношения с Истцом не вступал.

Китайская компания, которая заключила договор с Истцом и получила оплату, имеет такую же транслитерацию наименования, что и указанный Холдинг, однако состоит из других иероглифов. Для заключения сделки были представлены переводы правоустанавливающих документов и копия выписки с единой государственной базы действительно данного Холдинга. Однако, сделка была заключена мошеннической компанией, специально созданной для этих целей с идентичным наименованием.

Данный пример демонстрирует, что в Китае очень важно учитывать ее языковые особенности. Из-за письменности, основанной на иероглифах, может существовать тысячи разных компаний, к примеру с китайским наименованием концерна Фольцваген - Dazhong (Да Чжун), так как созвучие Да можно выразить 77-мя иероглифами (大, 打, 达, 搭, 答, 哒, 沓, 瘩, 塔, 奘, 鞑, 烎, 拏, 揸), а созвучие Zhong 84-мя иероглифами (中, 种, 重, 终, 众, 肿, 忠, 衷, 種, 恫, 汝, 盅, 瓮, 鍾). Таким образом, название компании можно будет выразить бесчисленным количеством комбинаций, и каждая из этих комбинаций на совершенно законных основаниях в транслитерации правоустанавливающих документов и договоров будет одинаковой.

В этой связи уже на этапе заключения договора, включая китайскую версию договора, при выборе арбитража рекомендовано рассматривать потенциальные расходы на признание и исполнение решения иностранного арбитража и последующую экономическую целесообразность принятия соответствующих мер по признанию и исполнению. Рекомендовано рассмотреть китайские арбитражные комиссии, решения которых не требуют признания. Панель арбитров в арбитражных комиссиях КНР включает в себя значительное количество профессиональных арбитров как китайских, так и иностранных, в совершенстве владеющих китайским, английским и русским языками.

THE CHALLENGES OF – AND OPPORTUNITIES IN – DEROMANTICISING THE DUTY TO APPLY THE LAW⁴⁸



Mohamed Mahayni,

Honorary Lecturer (Queen Mary University of London)

*Solicitor (England & Wales), Avocat (Paris Bar), Independent
counsel*

[Introduction].

Good afternoon. Thank you to the Union of Lawyers, to the Bar Association and to the Chamber of Arbitrators for inviting me to participate in today's conference.

In the 20 minutes available to me, I will essentially speak on the challenges of – and opportunities in – deromanticising the duty to apply the law. I am conscious that it is a slightly provocative title. But the intention is by no means to provoke but simply to elicit curiosity and interest.

In the time available to me, I will therefore make **two observations and one suggestion**. The first observation is that the duty to apply the law is romantic and romanticised. The second observation is that the duty to apply the law – although straightforward in appearance – is more complicated than it appears to be. That this duty entails in fact instances where arbitrators *have not* applied the law and arguably *should not* apply the law. And based on that observation, I make a tentative suggestion. That perhaps it is worth considering a reformulation of the duty away from a prescriptive 'duty to *apply*'. And I will then nuance that suggestion by reference to some **challenges** – obvious challenges – to any sort of such reform.

Before jumping to these two observations and that one suggestion, perhaps I should clarify for members of the audience who are less familiar with international arbitration what we mean when refer to 'the duty to apply the law'. We all know that party autonomy is a one of the cornerstones of international arbitration. Beyond agreeing to having their dispute resolved and determined by international arbitration, parties have various choices to make or choices that they are encouraged to make. One of the choices which they are often encouraged to make is to choose the law (or legal rules or laws) which are applicable to the substance of their dispute. These can be national⁴⁹, sub-national (state or provincial) laws⁵⁰. They can be non-na-

48 Edited transcript of presentation by Mohamed Mahayni on 2 December 2023 at the International scientific and practical conference 'Current Trends and Challenges of International Arbitration', organised by Belarusian Republican Union of Lawyers, the Minsk Regional Bar Association, the International Arbitration Court 'Chamber of Arbitrators at the Union of Lawyers', Grata International law firm, and 'Bureau 24' Law Group.

49 For example, Belarussian law, French law, or English law.

50 For example, California law, Quebec law.

tional laws.⁵¹ They can be international law. They can be a combination of all the above.⁵² And there are various strategic considerations behind any such choice. The duty to apply the law is simply put the duty on arbitrators to abide by the parties' choice⁵³.

[First observation].

Now the romance. And I will confess to you that the romance is something that occurred to me while reading a chapter contribution by Yas Banifatemi – an illustrious arbitrator. Her contribution was titled 'The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration' – but the same statement that she makes applies in commercial arbitration (which is the ambit of my presentation). She states, and I quote:

“When the applicable law has been chosen by the parties, the arbitrators have a duty to apply such law and nothing but such law. It is only in the absence of a choice by the parties that the arbitrators are entitled to exercise a degree of discretion in the determination of the applicable law”.⁵⁴

The second statement in that quotation is outside the scope of this presentation. Indeed, when the parties have not selected an applicable law, it is on arbitrators to determine the applicable law in their stead. There are two principles ways in which arbitral rules and statutes formulate this ability to determine the applicable law. There is a sizeable element of discretion in this. But we will not get into that. In this presentation, I am simply talking about the duty placed on arbitrators to apply the law or legal rules or laws which are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. And here, Banifatemi says that “arbitrators have a duty to apply such law and nothing but such law”.

For me, when I read this, and more I thought about it, it represented a certain layer of romance.

On the one hand, you have 'the law'. I think most attendees will probably be legally educated, legally trained, legally qualified. As lawyers, we are wired to fetishise the law. Like love, it provokes a certain feeling of mystery, of excitement. It provokes understanding, misunderstanding, elusiveness. It provokes protagonism and antagonism as to what the law is and what it should be.

That is one layer of romance.

The other layer of romance is in speaking of “the duty to apply the law and *nothing* but such law”. For me, that almost sounds chivalrous, as in it is virtuous to apply the law. This should be understood from how the duty appears in arbitral statutes, civil procedure codes and institutional rules where explicitly – typically – alongside the duty somewhere, at some point in the same article, arbitrators are forbidden from acting *ex aequo et bono* or as *amiable com-*

51 For example, UNIDROIT principles or *lex mercatoria*.

52 For example, a choice of French and English law, or a choice of a national law and international law.

53 See for example UNCITRAL Model Law, Article 28(1) first sentence (“The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute”); UNCITRAL Arbitration Rules (“The tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute”).

54 Yas Banifatemi, “The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration”, in K. Yannaca-Small (Ed.) *Arbitration under International Investment Agreements*, (Oxford University Press, 2010), pp. 191-210, at p. 192.

positeurs unless they have been expressly authorised to do so by the parties.⁵⁵ Thus, the law is almost put distinctly to what equity is, despite the fact that most laws integrate equity within them.

[Second observation].

So before that two-pronged romance, I make my second observation.

The romance is not as romantic as it seems because there are instances where arbitrators simply *do not* apply the law. There are various examples but let me focus on just two.

Let us say you have a contract between two parties. The parties designated an applicable law. The contract has been signed and perhaps some of it has been performed. One party decides that it is in its interests to escape its obligations by arguing that the contract is invalid or unenforceable. It finds a mandatory rule in the applicable law which has that effect – to render the contract invalid or unenforceable. What do you do if you are an arbitrator in that instance? Do you apply the terms of the parties' contract which evidently say one thing? Or do you apply the mandatory rule in the applicable law which says something else? There is a trade-off. And most authors whom I have read on the issue will say that there are considerations for and against. You might consider that party autonomy and the parties' choice of law requires you to apply the mandatory rule. That the legitimacy of international arbitration as an institution requires you to apply the mandatory rule. That the survival of international arbitration requires you to apply the mandatory rule. Others will say – well, not necessarily. You also have to look at the parties' expectations, the result of applying the mandatory rule, and the impact that this has on the parties' expectations when they concluded their contract. Others submit that you would also have to look at how legitimate the mandatory rule actually is – for example is it congruent with transnational public policy? Yet others will say that it really depends on the facts and circumstances of each case, on the sophistication of the parties, on their expectations when they selected the applicable law (eg. did they understand and expect that this mandatory rule would apply). There are various considerations for and against. But you will find that at least a good portion of the arbitration community – at least those whom I have read – agree that there are ways to circumvent the mandatory rule, and there are moral justifications to do that.

Another example is where you have two parties that designated an applicable law in their contract. But the contract does not actually reflect most of their precontractual negotiations. One party then seeks to capitalise on the fact that the contract does not reflect the parties' understanding of what they were agreeing and then strategically tries to invoke this to its advantage. If you are the arbitrator, you have to interpret the contract in accordance with the rules of contractual interpretation available under the applicable law. But let us say that the applicable law excludes the possibility of using precontractual negotiations to add to, vary, or contradict the clear and precise terms of the contract⁵⁶. What do you do in those instances?

At least in my experience, some arbitrators are willing to overcome some of the constraints which arise from the rules of contractual interpretation in the applicable law for the

55 See for example UNCITRAL Model Law, Article 28(3) (“The arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* or as *amiable compositeur* only if the parties have expressly authorized it to do so.”); UNCITRAL Arbitration Rules, Article 35(2) (“The arbitral tribunal shall decide as *amiable compositeur* or *ex aequo et bono* only if the parties have expressly authorized the arbitral tribunal to do so.”).

56 For example, some national laws allow resort to extrinsic evidence to add to, vary, or contradict the clear and precise written terms of a contract (eg Swiss law, Saudi law), other do not (eg English law, French law).

sake of fairness, reasonableness, justice. In fact, it is not only my experience which indicates this. A study conducted by Joshua Karton – a professor at Queen’s University in Canada – corroborates that arbitrators do not always give the weight due to the rules of interpretation under the applicable law. After analysing 73 awards and conducting 20 interviews with international arbitrators who presumably are reputable, he concluded that:

“The analysis of published awards...shows that arbitrators tend to follow a relatively consistent interpretive approach, regardless of the governing law. This approach is characterized by invocation of the subjective intention of the parties, an emphasis on reading the contractual text in its commercial context, and an inclusive approach to extrinsic evidence of the parties’ intentions”⁵⁷.

This suggests that the applicable law is not the be all and end all. Even though arbitrators have a duty to apply the law selected by the parties – with no apparent discretion to depart from the implications of that applicable law – they do depart from the applicable law.

This may seem wrong or controversial. But when you place it in the context of international arbitration, perhaps it seems more palatable.

Most arbitrators agree that arbitrators do not approach the applicable law with the same syllogistic rigour as judges might. Arbitrators are not tasked with establishing precedent. They are not tasked with harmonising the law in their legal system. They are acting as ad hoc adjudicators to finally resolve the dispute which in most circumstances – absent an agreement to have an appeal on a point of law – is final on the merits. And oftentimes they do this where there are various laws which are relevant (eg. the law of the seat, the law of the arbitration agreement, the substantive law of the contract, the law of the likely place(s) of enforcement). They do this where the parties, their counsel, the experts, and other co-arbitrators might be from different legal cultures and have different legal educations. They do this in instances where the parties have different levels of sophistication. They do this where the nature of the transaction, trade usages, the terms of the contract can be just as important as the applicable law. There is a multitude of considerations that arise in practice.

International arbitration is a sui generis method of dispute resolution which makes its practice quite relevant in informing how duties can or ought to be approached. In this regard, I was pleasantly surprised to note that **Article 35.3** of the Chamber of Arbitrators Rules expressly imposes on arbitrators a duty to take into account international arbitration practice⁵⁸. Indeed international arbitration is a beast of its own. Therefore, it is understandable that arbitration practice may better inform how the duty to apply the law should be understood. It must not be read in an ether.

[Suggestion].

If this is right, then my suggestion is that perhaps we should consider reformulating the duty to apply the law away from a prescriptive ‘duty to apply’.

57 Joshua Karton (2015) “The Arbitral Role in Contractual Interpretation”, Journal of International Dispute Settlement, Volume 6, Issue 1, pp. 4-41, at p. 14.

58 **Rules of the Chamber of Arbitrators at the Union of Lawyers (Minsk) Article 35.3** (“Considering the dispute, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract binding upon the parties and shall take into account international business customs, arbitration and court practice.”).

We already have an example from Rule 24(c) of the JAMS Comprehensive Arbitration Rules & Procedures 2021, which says: “The arbitrators shall be guided by the legal rules that the parties have chosen”⁵⁹. Perhaps that is a more authentic and realistic way of describing the authority that the applicable law can have – and indeed seemingly has had – in practice. You would think that perhaps such a reformulation might help users understand what the implications of their choice of applicable law are and entail.

[Challenges].

I am conscious that I am running out of time. Let me present some brief considerations – or reasons – why we may be better off leaving the duty as it is.

First, if you were to reformulate the duty to apply the law as a duty merely to be ‘guided by’ or ‘take into account’ the law or legal rules that the parties have chosen, then you are blurring the line between a decision by law and a decision by equity. What would be the difference between a decision in law and a decision as *amiable compositeur* which, incidentally, allows arbitrators to depart from the law where this would produce an unjust outcome? I think there are some important nuances between *amiable composition* and the reformulation which I have presented. But the question nevertheless remains pertinent. It is a question which has been on my mind for as long as I can remember – well, since seven years ago when I came across that contribution from Yas Banifatemi.

The other consideration is whether we even need to say that arbitrators merely have to take into account the applicable law. Why would we need to say that arbitrators should have the discretion to disregard the applicable law when most applicable laws already contain the wiggle room necessary for judges *and arbitrators* to be able to quell the unfair, unreasonable, unexpected, one-sided interpretations that a strict application of the law would otherwise entail? I think that a skilled arbitrator would be a good comparativist. He or she would be able to produce persuasive reasoning based on a multiplicity of norms and capitalise on “convergences and commonalities” between them.⁶⁰ He or she would be able to make sure that any unreasonable solution which results from a strict application of the law would be managed through legal reasoning that is plausible at worst or persuasive at best. But here again I can think of a counterargument: regardless of how skilled the arbitrator is at ensuring that the interpretation ultimately produced capitalises on the wiggle room within the applicable law to ensure that the interpretation does not lead to an injustice or something which defies the parties’ expectations, you still have situations which clearly lead to a conflict such as the one I presented (ie the contract and a mandatory rule in the applicable law). How do you get around the mandatory rule and would its circumvention not be misleading? Would it not be more authentic to say ‘I took

59 Rule 24(c), JAMS Comprehensive Arbitration Rules & Procedures 2021 («In determining the merits of the dispute, the Arbitrator shall be guided by the rules of law agreed upon by the Parties. »)

60 Emmanuel Bernard Jolivet, Giacomo Marchisio, and Fabien Gelinat, “Trade Usages in ICC Arbitration” in Fabien Gelinat (ed), *Trade Usages and Implied Terms in the Age of Arbitration* (Oxford University Press 2016) at pp. 211-232, at p. 231 (“[P]arty autonomy is a cornerstone of international arbitration, and it requires a solution to the dispute that is compatible with the expectations of the parties to an international commercial contract. This is why good arbitrators are also skilled comparativists. Whether or not the applicable law has been chosen by the parties, a good international arbitrator always relies on a multiplicity of norms, identifies convergences and commonalities, and isolates parochialisms. It comes as no surprise that arbitrators usually justify their conclusions on alternative legal grounds confirming their decisions. This does not mean that they disregard the applicable law, but rather that they adopt a prudent attitude toward the assessment of its consequences.”)

into account the applicable law including its mandatory rule, and because of factors X, Y, and Z, because of these other normative sources (eg. contract, trade customs to the extent that the applicable law does not account for trade customs), in light of arbitration practice, it makes sense not to apply the rule under the applicable law'. Again, it is an open question.

Those are two immediate challenges which I can think of. And perhaps the solution is not one of reform but rather giving users options. There is not necessarily a one-size-fits-all solution. The international arbitration community aspires for some level of universalism. But maybe the solution is simply to say that some users are sophisticated. When they designate a law, they expect that law to be applied – to actually be applied. Meanwhile, less sophisticated users may agree that their choice of law is more a matter of convenience, of neutrality, especially when they, their places of incorporation, the places of performance of the contract have little or nothing to do with their chosen applicable law. In those circumstances, perhaps it makes sense to give them the option of contracting into arbitration rules which do not make the duty to apply the law absolute.

[Conclusion].

In conclusion, I think there is scope for deromanticising the duty to apply the law. Either that, or we need to place a footnote by the duty to apply the law to say that this duty elicits a very international arbitration practice-specific understanding which may not be properly understood without knowledge of – and arguably expertise in – international arbitration. This would ensure that users are not misled by that duty when they ordinarily read it.

Thank you very much for your time. Please do feel free to get in touch. I welcome any suggestions, observations, feedback or indeed criticisms you have on this presentation. I do hope that we have a chance to discuss it further collectively as an institution – as a community. Thank you very much for your time and thank you very much again for your attention.

GZAC-ODR PLATFORM AND FINANCIAL CASE REPORT



Jenny Li,

the Deputy Director of Case Acceptance of Guangzhou Arbitration Commission

First, the statistics of the ODR platform.

As of this month, the ODR platform has administered 218 cases with a total amount in dispute of approximately \$570 million USD, and 193 cases have been closed, including 117 cases settled through mediation, which sets the mediation rate at 60.62%. The average duration of proceedings was 33 days, and about 25% of the confirmed or appointed arbitrators were female. The case statistics show three indications:

First, the number of financial cases has increased. Since our ODR platform was listed on the APEC official website, we gave full play to the advantages of the APEC-ODR mechanism, actively seeking cooperation with financial institutions to promote our platform. As a result, we administered and online batch-processed a considerable amount of cases that involved smaller amounts in dispute and were less contentious.

Second, the nature of disputes begins to diversify. In the early operation stage of the ODR platform, the majority type of cases were small-value cross-border e-commerce transactions. To further promote the development of the ODR mechanism, we actively introduce the ODR platform to enterprises and business associations. At present, the types of cases have shown a trend of diversification, covering various fields such as finance, intellectual property, and sales contract disputes, etc.

Third, the proportion of arbitration cases has increased. Parties tend to choose arbitration as the dispute resolution method, which causes the mediation rate to drop slightly. Accordingly, the average duration of proceedings on the platform has also slightly increased to 33 days. Still, the parties are generally satisfied with how quickly their cases were resolved.

In general, the platform's popularity and influence continued to increase.

For Part II, GZAC's cases involving financial disputes.

In 2021, our commission administered more than 15 thousand financial cases, totaling about 3 billion US dollars in dispute, a yearly increase of 85.3%. The number of financial cases and the total amount in controversy accounted for more than 90% of our online arbitration cases. We batch processed more than 5000 of those cases online, accounting for over 70% of our online arbitration cases. We also administered 55 cases involving factoring disputes.

In 2021, both traditional and online mortgage disputes received a substantial increase, totaling about 1.9 billion USD and 171 million USD respectively. To protect the rights and interests of themselves and reduce transaction risks, most of such cases involve security interests and interim requests.

Last but not least, I would like to introduce some of our developments for financial arbitration cases, which facilitate the efficient resolution of such disputes.

1. We established the Guangzhou Court of Financial Arbitration in 2011 and updated the special arbitration rules for financial disputes last year, such as shortening the submission period and expanding the applicability of expedited proceedings.

2. We utilize batch processing to resolve financial disputes. We apply blockchain technology to give full play to the flexibility of arbitration procedures, and comprehensively regulate the application of electronic delivery and electronic evidence rules.

3. We strive to build a coordinated regime with the Guangzhou Intermediate People's Court, the Guangzhou Internet Court and the Guangzhou People's Mediation Committee for Financial Disputes to resolve financial disputes through mediation. Under such a mechanism, more than 40 financial dispute cases have been successfully resolved by mediation.

In the future, we will continue to improve the financial dispute resolution mechanism, and actively promote the application of the APEC-ODR platform in resolving financial disputes. At the same time, we will strengthen cooperation with financial regulatory authorities, Guangzhou Futures Exchange Institution, industry associations, and financial mediation service agencies to deepen information sharing and create a large-scale mediation and arbitration mechanism for financial dispute.

We hope to have more exchanges with arbitration institutions and organizations from APEC member economies, and continuously improve and optimize the APEC-ODR mechanism in resolving financial disputes.

THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS IN CHINA



Ma Xinguo,

Lawyer, International Arbitrator, Vice President of South China Think Tank, Director of Criminal Compliance Department of Team Source Law Firm, CEO of GSMC Ltd.

[Abstract] In international business activities, arbitration is generally chosen to settle international civil and commercial disputes more than judicial decisions, because arbitration has its unique advantages. Moreover, between States Parties to the New York Convention, parties can apply to any country for enforcement of arbitral awards made in other countries, which greatly promotes international business activities and is in line with the principle of encouraging transactions in the Law of Contracts. The prerequisite for enforcement is recognition. In order to protect and realize the interests of the claimant, this article focuses on the practical questions and legal techniques of the Recognition and Enforcement of foreign arbitral awards (International Civil and Commercial Arbitral Awards) in China.

[Keyword] Foreign Arbitral Recognition Enforcement China Court

Compared to the judicial decisions, international arbitration has its unique advantages, such as:

1. Cross-jurisdictional and cross-territory enforceability. The universal application of the New York Convention's rules worldwide guarantees the enforceability of international arbitration agreements and awards.

2. Neutrality. Place of arbitration: the parties may choose their own country, or the other party's country, or any third party country that supports the arbitration.

Choice of law: The parties may choose a jurisdiction with neutral arbitration status in a country known to both parties.

Arbitrator: the parties may choose the arbitrators who are all professionals by agreement.

Language: the parties can choose a language that is familiar and in the commercial profit of both parties.

By making these choices, the parties are more likely to reach an arbitration agreement, avoid doubts and reduce the cost in dispute resolution.

3. Flexibility. Based on my prior experience in international commercial arbitration, parties choose arbitration usually in order to have more opportunities to negotiate a settlement of resolving civil and commercial disputes.

Arbitration is a process in which the parties gather evidence and improve communication.

The actual number of arbitral awards made by international arbitration institutions in some countries is small. Therefore, the timeliness and procedures of arbitration meet the practical needs of commercial disputes.

In Case of Emergency, the parties can apply for an ad hoc arbitration.

4. Confidentiality. The most important feature of arbitration is that openness is the exception, hearings in camera is the basic principle.

This is significant for the protection of the parties' trade secrets, because in today's rapid information dissemination world, a company's major dispute's published can affect their business strategy.

Then, as regards the enforcement of foreign arbitration awards in China, I would like to focus on the following issues.

I. There are two main types of recognized foreign arbitration clauses.

The first is an arbitral award made in the territory of a State Party to the New York Convention, we don't consider the nationality of the parties and the location of the arbitral institution.

The second is for the awards made in contractual and non-contractual commercial disputes. This foreign arbitral awards (**FAA**) that is recognized and enforced should meet the following conditions: Be a commercial arbitration; Apply to a court of competent jurisdiction; No relevant cause of action under Article V of the New York Convention; It complies with the Chinese Civil Procedure Law.

Please note that the authority of the arbitral tribunal derives from the authorization of the parties and the arbitral tribunal has no jurisdiction to adjudicate matters outside the scope of the authorization.

II. The jurisprudential basis and the bases for the recognition and enforcement (R&E) of FAA.

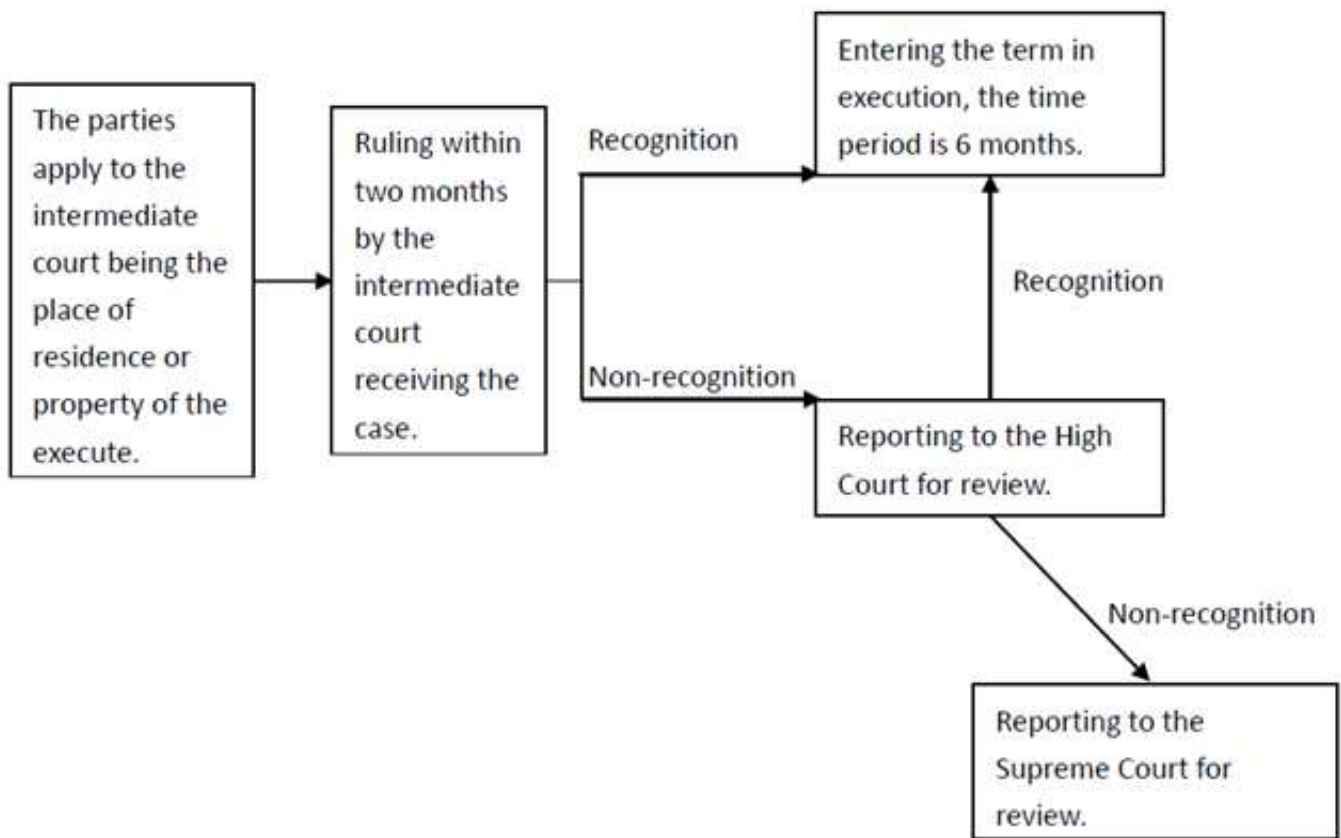
The jurisprudential basis and the bases are the New York Convention and the principle of reciprocity.

According to Chinese law, if an award of a foreign arbitral institution requires R&E by a Chinese court, the party or their attorney shall apply to the intermediate court where the person subject to enforcement is domiciled or where his property is located, and the court shall proceed in accordance with the international treaties concluded or acceded to by China, or in accordance with the principle of reciprocity.

China acceded to the New York Convention on 22 April 1987, which has been applicable to Hong Kong, China since 1977. However, the R&E of arbitral awards made by the Hong Kong SAR and the Macao SAR in China does not apply to the New York Convention, but to China's Supreme Court Arrangement on Reciprocal Enforcement of Arbitral Awards between the Mainland and the Hong Kong SAR and the Supreme Court Arrangement on Reciprocal Enforcement of Arbitral Awards between the Mainland and the Macao SAR.

If the claimant's country is not a party to the New York Convention or does not have a bilateral agreement with China Mutual Legal Assistance, a "mutually beneficial relations" is required between the claimant's country and China.

The reciprocity principle under Chinese law is based on a de facto mutually beneficial relations. The Chinese courts examining mutually beneficial relations is whether there are



precedents of mutual R&E of each other’s arbitral awards between China and the claimant’s country. If there is, reciprocity is deemed to exist between the two countries, and if not, then reciprocity is deemed not to exist.

In judicial practice, China recognizes foreign ad hoc arbitral awards in principle. A typical case is an international shipping dispute between a production materials company in Fujian Province and a shipping limited company. The Supreme Court held that: if the parties to a foreign-related case have agreed in advance in the contract or after the dispute arises that an ad hoc arbitration institution or a non-permanent arbitration institution shall conduct arbitration the validity of the arbitration clause should in principle be recognized.

III. Procedures for applying for R&E.

i. If the court receiving the application decides to recognize and enforce the foreign arbitration award, the decision shall be made within two months from the date of receiving the application or, if there are no exceptional circumstances, within six months after the decision.

ii. If the decision is not to recognize and enforce it, the intermediate court shall report to the higher court of the jurisdiction for review before deciding not to enforce or refusing R&E.

If the High Court agrees not to enforce or refuses R&E, it reports to the Supreme Court for review; upon the Supreme Court’s response, it will rule not to enforce or refuses R&E.

iii. In particular, it should be noted that an application for R&E of a foreign arbitral award should be made within two years. If a party applies beyond the aforementioned legal period, it shall be deemed to have automatically waived its rights and the award will not be recognized and enforced in China.

In addition, the FAA that are enforced in China need to be translated into Chinese.

IV. Non-recognition and non-enforcement of FAA in China

Since 2019, I have not retrieved any Chinese court decisions refusing R&E of FAA (or perhaps the retrieved data is incomplete), so this article analyzes the grounds for refusing R&E of FAA based on the two years of cases queried in 2017 and 2018.

During these two years, the Supreme Court confirmed the refusal of R&E in only six cases, mostly for procedural defects, with the largest number focusing on “the parties were not gotten written notice and were not able to present their views or defend themselves”, “the composition of the arbitral tribunal or the arbitration procedure did not conform to the agreement of the parties”. The details are as follows.

S/N	Name of case	Grounds for refusal of R&E
1	<i>Reply of the Supreme People’s Court to the request for Instructions of the of the Jiangsu High Court on the application of PLEXUS COTTON LIMITED for recognition and enforcement of the arbitral award of the ICA.</i>	Invalid arbitration agreement
2	<i>Reply of the Supreme People’s Court to the request for Instructions of the Guangdong High Court on the application of Pixel plus Ltd for recognition and enforcement of the arbitral award of the Korean Commercial Arbitration Court.</i>	Excessive Arbitration.
3	<i>Reply of the Supreme People’s Court to the request for Instructions on the Application for Recognition and Enforcement of the Foreign Arbitral Award between Claimant Bright Morning Limited and Respondent Yixing Lucky Textiles Group Co., Ltd.</i>	Excessive Arbitration.
4	<i>Reply of the Supreme People’s Court to the request for Instructions of the Guangxi High Court on the application of a person surnamed Li for recognition and enforcement of a foreign arbitral award.</i>	Serving error.
5	<i>Reply of the Supreme People’s Court to the request for Instructions on the Application for Recognition and Enforcement of the Foreign Arbitral Award between Claimant Palmer Maritime Inc and Respondent China Animal Husbandry Industry Co., Ltd (CAHIC).</i>	Violation of public policy.
6	<i>Reply of the Supreme People’s Court to the request for Instructions on the Application for Recognition and Enforcement of the Foreign Arbitral Award between Claimant NOBLE RESOURCES INTERNATIONAL PTE.LTD and Respondent GOOD CREDIT International Trade Co., Ltd.</i>	No composition of the tribunal in accordance with the agreement.

As can be seen from the table above, the Supreme Court agreed that the grounds for refusal of R&E were invalidity of the arbitration agreement, defective arbitration proceedings, Excessive

Arbitration, and violation of public policy ^[1].

FAA cannot be canceled in China.

However, China may refuse R&E in cases the parties apply and the statutory conditions are met. Article V, paragraphs 1 and 2 of the New York Convention, the court shall refuse R&E, there are seven categories in which a Contracting State may refuse to recognize and enforce a foreign arbitral award.

In addition, based on the commercial reservation made when China acceded to the New York Convention, no foreign arbitration other than commercial arbitration cannot be applied for R&E in China is also a major category.

V. The importance of lawyers to strengthen international cooperation.

The legal environment in various countries and regions is more complex in today's society, there are legal risks and conflicts and disputes in international economic and trade cooperation and transnational investment, which provides the necessary conditions for strengthening international cooperation among lawyers.

If we can find a local lawyer in a foreign country to help us, it will be the best choice for many lawyers to save money, speed up the case, use the local law skillfully, and greatly protect the rights and interests of our clients.

VI. Our advantages.

We have extensive experience in the use of legal techniques and in the R&E of FAA in China.

We have a team of nearly 300 lawyers with 13 branches located in several provinces in China.

We maintain excellent communication with over 10,000 lawyers in almost all countries and regions of the world.

Our office is located in the CBD of Zhujiang New Town, Guangdong-Hong Kong-Macao Greater Bay Area, China.

Laws and regulations mentioned in this article.

1. *United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention).*

2. *Civil Procedure Law of the People's Republic of China.*

3. *Arbitration Law of the People's Republic of China.*

4. *Notice of the Supreme People's Court on the Implementation of the "Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards" acceded to by China.*

5. *Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues concerning the Handling of Arbitration Award Enforcement Cases by the People's Courts.*

Annotation.

[1] Liu Jingdong and Wang Lulu, "An Empirical Study on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in China under the "Belt and Road" Initiative", *Journal of Law Application*, No. 5, 2018.



Chamber of Arbitrators

Издание о международном арбитраже

Главный редактор:

Виталий Крейдич

Заместители главного редактора:

Валерия Дубешко,

Кристина Ивашкова

Верстка и дизайн:

Евгений Бондаренко

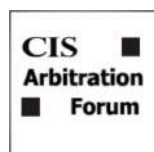
Учредитель:

Международный арбитражный (третейский) суд «Палата арбитров при Союзе юристов»

Адрес: 220029, Республика Беларусь, г. Минск, ул. А.Пашкевич, 9-5Н

E-mail: info@arbchamber.by

Информационный партнер:



CIS Arbitration Forum

<http://cisarbitration.com/>

Минск • 2023