



ВЕСТНИК МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА

2

ISSN 20751931

(17) 2018
июль – декабрь
July – December



- Третейские итоги 2018 г. пунктиром: дискретные и системные моменты
- Признание и адаптация вещных обеспечений в международном частном праве
- *Force Majeure* in Energy Arbitration: Predicting the Unpredictable
- Арбитраж корпоративных споров в Германии
- Взаимосвязь медиации и арбитража
- Investment Protection and the EU Law
- О «третейских новеллах» в двух законах РФ, принятых в декабре 2018 г.
- Некоторые стандартные документы МКАС при ТПП РФ
- Решения МКАС при ТПП РФ и Арбитража при Московской ТПП
- Российские судебные акты об отрицании стандартной арбитражной оговорки ICC
- Решения шведских государственных судов в отношении шведских и российских арбитражных решений
- Некоторые решения Федерального суда Швейцарии по вопросам арбитража
- Awards of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce
- Некоторые диссертации на соискание ученой степени, защищавшиеся в России в 2012–2017 гг. по вопросам международного коммерческого арбитража, третейского разбирательства, международного частного права и международного гражданского процесса, а также медиации: критический обзор тезисов, вынесенных на защиту

Некоторые решения Федерального суда Швейцарии по вопросам арбитража

Ниже приводятся три интересных решения Федерального суда Швейцарии по вопросам международного арбитража.

Этот суд не нуждается в представлении: он широко известен в мире арбитража своим проарбитражным подходом.

С информацией о его интересной истории и о его функционировании можно ознакомиться в общедоступных источниках, в том числе на его сайте или в Википедии:

<https://www.bger.ch/index.htm>;

https://en.wikipedia.org/wiki/Federal_Supreme_Court_of_Switzerland;

[https://fr.wikipedia.org/wiki/Tribunal_f%C3%A9d%C3%A9ral_\(Suisse\)](https://fr.wikipedia.org/wiki/Tribunal_f%C3%A9d%C3%A9ral_(Suisse)).

Решения Федерального суда Швейцарии по вопросам международного арбитража интересны не только его проарбитражным подходом, но и иными моментами, особенно в компаративистском ключе, в сравнении с российскими судебными актами.

Само собой, у него совсем иной стиль изложения и другая логика рассуждений, которая не может не вызывать интереса.

Он гораздо более подробно анализирует доводы сторон, а не замалчивает их, в отличие от отечественных судов (даже если его подход и не всегда идеален).

Он также свободно цитирует соответствующие пассажи на английском языке.

Он охотно в сложных ситуациях обращается к доктрине.

В общем, ознакомиться с этими решениями стоит всем, кто не желает ограничиваться лишь российскими судебными актами по вопросам арбитража (которым, впрочем, в специфике не откажешь).

Первое решение (от 3 мая 2016 г. № 4A_42/2016) посвящено детальному анализу вопросов обеспечения третейским судом равного отношения к сторонам и права стороны быть выслушанной этим судом (представить ему свои объяснения). Ответчиком в арбитражном деле являлась швейцарская компания, деятельность которой, в частности, заключалась в предоставлении финансовых продуктов спекулятивного типа (хедж-фонды) частным и институциональным инвесторам по всему миру. Для поиска и привлечения потенциальных инвесторов она обращалась к услугам посредников, оплачиваемым за ее счет. Истцами являлись лица, которые обязались искать потенциальных инвесторов и имели право получать соответствующие комиссии.

В своем решении Федеральный суд Швейцарии, указав на содержание категорий «право быть выслушанным», «принцип состязательности» и «равенство сторон»:

подтвердил недопустимость судебного вмешательства в арбитраж в случаях, не предусмотренных в законе;

указал, что при оценке возражений против арбитражного решения он связан (за некоторыми исключениями) выводами третейского суда по поводу фактов в таком решении; подчеркнул, что ни для одной из сторон разбирательства не представляется возможным диктовать арбитражу способ, которым он должен вести разбирательство; пришел к выводу, что ни одно из проанализированных им утверждений должника о том, что к последнему было проявлено неравное отношение или что ему не была предоставлена возможность представить свои объяснения, основательным в свете обстоятельств дела не является и что скорее утверждения должника ставят вопросы касательно соблюдения им правил добросовестности (очевидно, в попытке пересмотреть решение по существу, что недопустимо).

Второе решение (от 7 сентября 2018 г. № 5A_942/2017) является очень спорным, т.е. крайне интересным, и оно уже очень активно обсуждается на Западе в свете того, что в нем детально анализируется вопрос о соотношении положений Нью-Йоркской конвенции 1958 г. с давно существующим в Швейцарии правилом о том, что для ареста имущества иностранного государства (или государственных предприятий) в Швейцарии в контексте исполнения иностранного арбитражного решения недостаточно того, что имели место действия *iure negotii*, но требуется еще, чтобы само по себе спорное материальное правоотношение имело внутреннюю связь со Швейцарией (*Vinpenbeziehung*).

В данном деле была предпринята попытка арестовать активы Узбекистана. Их арест был предварительным условием, без которого исполнение в Швейцарии арбитражного решения было невозможно.

Федеральный суд пришел к выводу о том, что такие исполнение и арест невозможны в Швейцарии по причине отсутствия *Vinpenbeziehung*.

Подобный подход швейцарского права можно долго критиковать как, например, фарисейский, как придерживающийся принципа *lavabo manus*, но таковы реалии данного правового порядка уже многие десятилетия¹.

Следует подчеркнуть, что Федеральный суд анализировал вопрос о соотношении положений Нью-Йоркской конвенции 1958 г. с упомянутым швейцарским правилом очень осторожно и со ссылкой на то, что пределы его полномочий ограничены, в том числе доводами кредитора.

В конечном счете он пришел к выводу о том, что положения ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. об ограниченном круге оснований для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения не имеют приоритета над швейцарским правом, в том числе в свете ст. III этой Конвенции, поскольку требование *Vinpenbeziehung* является частью процессуального права Швейцарии, предварительное соблюдение которого необходимо для того, чтобы перейти к применению такой ст. V.

Уже высказывались различные мнения о том, что подобное решение Федерального суда не способствует исполнению арбитражных решений против иностранных государств на основании Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Однако Федеральный суд основывался на давно существующем в швейцарском праве подходе, преодолеть который он не мог (попутно отметив также, повторив довод нижестоящего суда, что ему не были представлены действительно весомые основания для того, чтобы от него отказываться).

Третье решение (от 15 января 2019 г. № 4A_382/2018) будет, безусловно, одним из самых громких в 2019 г. (оно уже активно обсуждается) — хотя бы потому, что это первое дело,

¹ См.: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/atf-5a-942-2017>.

в котором Международный олимпийский комитет оспорил решение Спортивного арбитражного суда (Лозанна), являющееся одним из многих, вынесенных по итогам расследования так называемого «российского допингового скандала».

Этим обширным арбитражным решением, принятым по итогам непростого разбирательства, была отменено решение Дисциплинарной комиссии МОК о применении к российскому лыжнику А.Г. Легкову санкций за нарушение антидопинговых правил по причине недоказанности совершения им таких нарушений.

МОК утверждал перед Федеральным судом Швейцарии о нарушении его права быть выслушанным (САС не исполнил свою минимальную обязанность изучить и вникнуть в соответствующие проблемы) и о том, что арбитражное решение обладало «эффектом неожиданности» (САС основал свое решение на непредвиденных мотивах), что в свете особенностей процедуры разбирательства было недопустимым (ссылка на такой «эффект» используется перед этим судом часто, но находит поддержку очень редко).

Весьма детально рассмотрев содержание решения САС, Федеральный суд Швейцарии все указанные доводы отверг.

Это весьма интересное решение, в котором Федеральный суд сделал следующие, в частности, выводы:

право быть выслушанным — в том виде, в котором оно гарантируется правом Швейцарии, — не требует того, чтобы международное арбитражное решение было мотивированным. Тем не менее из судебной практики следует минимальная обязанность арбитражного суда изучить и вникнуть в соответствующие проблемы;

в Швейцарии право быть выслушанным относится главным образом к установлению фактов. Право сторон быть опрошенными по правовым вопросам признается только ограниченным образом. По общему правилу, согласно правовой максиме *jura novit curia*, государственные или арбитражные суды свободно оценивают юридическую значимость фактов, равно как они могут принимать решения также на основе правовых правил иных, чем те, которые выдвигаются сторонами;

отказ третейского суда сделать вывод о вовлеченности А.Г. Легкова в российскую программу приема допинга и его сокрытия только на основании того, что эта программа, как утверждается, существовала, не нарушает право МОК быть выслушанным и не влечет «эффект неожиданности»;

является недопустимым, когда заявитель, хотя и защищая свою позицию, в действительности пытается под предлогом заявления о нарушении его права быть выслушанным подвергнуть сомнению тот способ, которым третейский суд оценил доказательства, фигурирующие в деле, и добиться того, чтобы Федеральный суд вернул ему дело с тем, чтобы тот определенно констатировал существование определенного факта: само собой разумеется, такая попытка изначально обречена на провал;

аргумент третейского суда о том, что даже если бы существование российской допинговой программы и было установлено, он не был бы тем не менее убежден в вовлеченности А.Г. Легкова в нарушение антидопинговых правил, не имеет ничего общего с тем, что Федеральный суд критически охарактеризовал как «шаблонную формулу», при помощи которой третейский суд просто указывает, что он учел все факты, правовые доводы и доказательства, представленные сторонами, но при этом ссылается лишь на те доводы и доказательства, которые необходимы для объяснения его мотивов (в решении от 29 апреля 2013 г. № 4А_730/2012 Федеральный суд указал, что эта формула «не имеет большего значения, чем стилистическая оговорка»).

Первое и третье решения были переведены с французского языка², а второе — с немецкого³.

С текстами решений можно ознакомиться по следующим ссылкам на сайте Федерального суда Швейцарии:

1) решение от 3 мая 2016 г. № 4A_42/2016: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=4A_42/2016&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A//03-05-2016-4A_42-2016&number_of_ranks=4;

2) решение от 7 сентября 2018 г. № 5A_942/2017: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=5A_942/2017&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A//07-09-2018-5A_942-2017&number_of_ranks=1;

3) решение от 15 января 2019 г. № 4A_382/2018: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=4A_382/2018&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A//15-01-2019-4A_382-2018&number_of_ranks=1.

Эти решения Федерального суда Швейцарии были идентифицированы при помощи очень полезного и удобного сайта www.swissarbitrationdecisions.com, на котором изложенные ниже решения приведены также на английском языке и кратко охарактеризованы.

См. соответственно:

<http://www.swissarbitrationdecisions.com/arbitrator-entitled-organize-proceedings-he-deems-appropriate;>

<http://www.swissarbitrationdecisions.com/atf-5a-942-2017;>

<http://www.swissarbitrationdecisions.com/atf-4a-382-2018.>

Информацию о швейцарских законах и судебных актах, на которые имеются ссылки в приведенных ниже судебных актах, любой, кто владеет, например, французским или немецким языком (иногда — и английским), без труда сможет найти в Интернете.

См., например, в отношении Закона Швейцарии 1987 г. о международном частном праве применительно к вопросам арбитража:

<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html;>

[https://www.swissarbitration.org/files/34/Swiss%20International%20Arbitration%20Law/IPRG_english.pdf.](https://www.swissarbitration.org/files/34/Swiss%20International%20Arbitration%20Law/IPRG_english.pdf)

Ключевые слова: Федеральный суд Швейцарии; практика Федерального суда Швейцарии по вопросам арбитража; признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных

² Переводчики: И.О. Ганевич, студентка 2 курса магистратуры международно-правового факультета МГИМО, А.И. Муранов.

³ Переводчики: М.А. Гречухина, А.В. Нарица, П.Д. Савкин (под редакцией А.И. Муранова). При этом применительно к некоторым моментам использовался перевод данного решения на английский язык, размещенный на сайте: <http://www.swissarbitrationdecisions.com>.

решений; принцип равного отношения к сторонам; право стороны быть выслушанной; принцип состязательности; арест имущества иностранного государства; требование внутренней связи; российский допинговый скандал; санкции за нарушение антидопинговых правил; неожиданное арбитражное решение; jura novit curia.

Some Decisions of the Federal Court of Switzerland on Arbitration Matters

Below are three interesting decisions from the Federal Court of Switzerland on international arbitration.

This court needs no introduction: it is widely known in the world of arbitration for its pro-arbitration approach.

Information about its interesting history and how it functions can be found in publicly available sources, including its website or Wikipedia:

<https://www.bger.ch/index.htm>;

https://en.wikipedia.org/wiki/Federal_Supreme_Court_of_Switzerland;

[https://fr.wikipedia.org/wiki/Tribunal_f%C3%A9d%C3%A9ral_\(Suisse\)](https://fr.wikipedia.org/wiki/Tribunal_f%C3%A9d%C3%A9ral_(Suisse)).

The decisions of the Swiss Federal Court on international arbitration are interesting not only for its pro-arbitration approach, but also for other aspects, especially in the comparative when viewed alongside Russian judicial acts.

Of course, this Court has a completely different style of presentation and a different logic of reasoning, which cannot but arouse interest.

It analyzes the parties' arguments in much more detail, rather than silencing them as happens in Russian courts (even though its approach is not ideal).

It also freely quotes relevant passages in English.

In complex situations it willingly refers to the doctrine.

Basically, anyone who does not wish to be limited on arbitration matters to Russian judicial acts (which assuredly do have their own special features) should familiarize themselves with these decisions.

The first decision (dated May 3, 2016, No. 4A_42/2016) is devoted to a detailed analysis of the issues of ensuring that an arbitration tribunal ensures equal treatment of the parties and the right of a party to be heard by this court (to present its case). The respondent in this arbitration case was a Swiss company whose activity, in particular, was to provide speculative financial products (hedge funds) to private and institutional investors around the world. To search for and to attract potential investors it contacted intermediary services, paid for at its own expense. The claimants were persons who undertook to look for potential investors and had the right to receive the relevant commissions.

In its decision the Federal Court of Switzerland, indicating the content of the categories “the right to be heard,” “adversarial principle” and “equality of the parties”:

confirmed the inadmissibility of judicial intervention in arbitration in situations not provided for in the law;

pointed out that in assessing objections to an arbitral award it is bound (with some exceptions) by the conclusions of the arbitral tribunal concerning the facts in such an award;

stressed that it is not possible for any of the parties to the proceedings to dictate to the arbitrator the way to conduct the proceedings;

concluded that none of the debtor's allegations that it had analyzed, that the debtor had been treated unequally or that he was not given the opportunity to present his case, was warranted in the light of the circumstances of the case, and that the debtor's assertions rather posed questions about their own compliance with the rules of good faith (obviously, in an attempt to reconsider the award on its merits, which was unacceptable).

The second decision (dated September 7, 2018, No. 5A_942/2017) is very controversial, i.e. extremely interesting, and it is already being actively discussed in the West in the light of the fact that it analyzes in detail the relationship between the provisions of the New York Convention of 1958 and the long-existing rule in Switzerland that for a foreign state's (or state's enterprises') property to be seized in Switzerland in the context of enforcement of a foreign arbitral award, it is not enough that *iure negotii* acts took place, but it is also required that the disputed substantive relationship itself has an internal connection with Switzerland (*Binnenbeziehung*).

In this case, an attempt was made to seize some Uzbekistan assets. Such seizure was a prerequisite, without which enforcement of the arbitration award in Switzerland was impossible.

*The Federal Court concluded that such enforcement and seizure was impossible in Switzerland due to the absence of *Binnenbeziehung*.*

*This approach of Swiss law can be long criticized as hypocritical, as adhering to the principle of *lavabo manus*, but such have been the realities of this law for many decades.*

It is worth mentioning that the Federal Court analyzed the question of the relationship between the provisions of the New York Convention of 1958 and the said Swiss rule very carefully, including a reference to the fact that the limits of its powers were circumscribed, including by the creditor's arguments.

*Ultimately, it came to the conclusion that the provisions of Art. V of the New York Convention of 1958 on the limited range of grounds to reject enforcement of an arbitration award do not have priority over Swiss law, including in the light of Art. III of that Convention, since the requirement of *Binnenbeziehung* is part of the procedural law of Switzerland, the preliminary observance of which is necessary in order to launch application of the said Art. V.*

Different opinions have already been expressed that such a decision by the Federal Court does not facilitate the enforcement of arbitral awards against foreign states under the New York Convention of 1958.

However, the Federal Court based its reasoning on a long-standing approach in Swiss law that it could not overcome.

The third decision (dated January 15, 2019, No. 4A_382/2018) will certainly be one of the most notorious in 2019 (it is already being actively discussed) if only because this is the first case in which the International Olympic Committee has challenged an award by the Court of Arbitration for Sports (Lausanne) which was one of many rendered following the investigation of the so-called "Russian doping scandal."

This lengthy arbitral award, rendered on the basis of a complicated hearing, overturned the decision of the IOC Disciplinary Commission on applying sanctions for violation of anti-doping rules to A.G. Legkov, a Russian skier, due to the lack of evidence of such violations.

The IOC claimed before the Swiss Federal Court that its right to be heard was violated (CAS did not fulfill its minimum obligation to examine and delve into the relevant problems) and that the arbitration award had a “surprise effect” (CAS based its award on unforeseen motives), which in the light of facts of the proceedings was inadmissible (the reference to this “effect” is often used before that court, but it is very rarely supported).

Having examined in detail the contents of the CAS decision, the Federal Court of Switzerland rejected all these arguments.

This is a very interesting decision, in which the Federal Court made the following conclusions, in particular:

the right to be heard, in the form in which it is guaranteed by Swiss law, does not require that an international arbitration award be motivated. However, as follows from judicial practice there is a minimum obligation of the arbitral tribunal to examine and delve into the relevant problems;

*in Switzerland, the right to be heard refers mainly to establishing facts. The right of parties to be interviewed on legal issues is recognized, but only in a limited way. As a general rule, according to *jura novit curia*, state courts or arbitral tribunals are free to assess the legal significance of facts, as well as to make decisions based on legal rules other than those put forward by the parties;*

refusal by the arbitral tribunal to draw a conclusion about whether A.G. Legkov was involved in the Russian doping program and hiding it only on the basis that this program allegedly existed does not violate the right of the IOC to be heard and does not entail a “surprise effect”;

it is inadmissible when the applicant while defending his position, is actually trying, under the pretext of alleging a violation of his right to be heard, to question the way in which the arbitral tribunal assessed the evidence in the case and to ensure that the Federal Court returns it to the tribunal to have the existence of a certain fact definitively ascertained. It goes without saying that such an attempt was doomed to failure from the outset;

the argument of the arbitral tribunal that even if the existence of the Russian doping program were established, it would not, nevertheless, be convinced of A.G. Legkov’s involvement in violation of the anti-doping rules, has nothing to do with what the Federal Court critically described as a “typical formula” by which the arbitral tribunal simply indicates that it took into account all the facts, legal arguments and evidence presented by the parties, but actually refers only to the arguments and evidence that are necessary to explain its reasoning (in the decision of April 29, 2013, No. 4A_730/2012 the Federal Court indicated that this formula “does not matter more than a stylistic clause”).

The first and third decisions were translated from French, and the second from German.

The texts of the decisions can be found at the following links on the website of the Federal Court of Switzerland:

The first decision (dated May 3, 2016, No. 4A_42/2016):

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=4A_42/2016&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A//03-05-2016-4A_42-2016&number_of_ranks=4

The second decision (September 7, 2018, No. 5A_942/2017): *https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=5A_942/2017&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A//07-09-2018-5A_942-2017&number_of_ranks=1;*

The third decision (dated January 15, 2019, No. 4A_382/2018): https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?lang=fr&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=4A_382/2018&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A//15-01-2019-4A_382-2018&number_of_ranks=1.

These decisions of the Federal Court of Switzerland were identified through the very useful and user-friendly website www.swissarbitrationdecisions.com, where the decisions referred to below are also in English and briefly described.

See accordingly:

<http://www.swissarbitrationdecisions.com/arbitrator-entitled-organize-proceedings-he-deems-appropriate>;

<http://www.swissarbitrationdecisions.com/atf-5a-942-2017>;

<http://www.swissarbitrationdecisions.com/atf-4a-382-2018>.

Information on Swiss laws and judicial acts, which are referenced in the judicial acts, can be easily found on the internet by anyone who knows, for example, French or German (sometimes English).

See, for example, with regard to the Swiss Private International Law Act of 1987 as applied to arbitration:

<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>;

https://www.swissarbitration.org/files/34/Swiss%20International%20Arbitration%20Law/IPRG_english.pdf.

Keywords: Swiss Federal Court; the practice of the Swiss Federal Court on arbitration matters; recognition and enforcement of foreign arbitral awards; principle of equal treatment of the parties; the right of the party to be heard; adversarial principle; arrest of property of a foreign state; Swiss law requirement of internal connection in cases on enforcement of foreign judgments and awards against other states; Russian doping scandal; penalties for anti-doping rule violations; unexpected (surprise) award; jura novit curia.