



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

5А_942/2017

Решение от 7 сентября 2018 г.

Второе отделение по гражданским делам

Состав:

федеральный судья фон Вердт (председательствующий),
федеральный судья Эшер,
федеральный судья Марацци,
федеральный судья Шёби,
федеральный судья Бовей,
секретарь: Монн

Стороны:

А._____ Лимитед, Гернси, представленная адвокатом, д-ром Мартином Бернетом
и (или) адвокатом, д-ром Урсом Хоффманном-Новотны,
заявитель жалобы,

против

Республики Узбекистан, представленной адвокатом Георгом Фридли,
противная сторона.

Предмет обжалования:

возражение против ареста,

жалоба на постановление Суда кантона Швиц, апелляционная палата, от 27 октября
2017 г. (ВЕК 2017 41).

Факты:

А.

Компания «А._____ Лимитед», имеющая местонахождение на территории Гернси, требует сохранения ареста, наложенного на недвижимое имущество Республики Узбекистан, находящееся в Швейцарии, которое представляет собой земельный участок с кадастровым номером xxx, внесенный в поземельную книгу U._____ на лист под номером ууу. Посредством такого ареста «А._____ Лимитед» хочет обеспечить приведение в исполнение арбитражного решения, вынесенного 17 декабря 2015 г. в Париже (Фран-

ция) согласно Регламенту Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) по спору между английской компанией «В. _____» и Республикой Узбекистан. «А. _____ Лимитед» по английскому праву было уступлено право требования суммы, присужденной в результате арбитражного разбирательства.

В.

В.а. 25 августа 2016 г. «А. _____ Лимитед» обратилась к единоличному судье Суда округа Марх с требованием наложить арест. Судья удовлетворил это требование. 29 августа 2016 г. судья наложил на вышеуказанное недвижимое имущество арест в рамках суммы требований в размере 9 954 973,26 швейцарских франков, начисленных процентов в размере 2 514 697,88 швейцарских франков за период с 2004 г. по 31 декабря 2015 г. и сложных процентов годовых (по ставке LIBOR + 2 %), начисляемых на общую сумму в 12 469 671,13 швейцарских франков с 1 января 2016 г.

В.б. Письменным заявлением от 30 сентября 2016 г. Республика Узбекистан подала возражение. Республика Узбекистан ходатайствовала об отклонении требования о наложении ареста и об отмене приказа об аресте либо — альтернативно — об обязанности «А. _____ Лимитед» внести сумму в размере 1 млн швейцарских франков в обеспечение такого ареста. Приказом от 8 февраля 2017 г. судья одобрил возражение. Он отменил приказ о наложении ареста от 29 августа 2016 г., а также о приведении его в исполнение.

В.с. После этого «А. _____ Лимитед» подала апелляцию в Суд кантона Швиц. Она ходатайствовала об отмене приказа от 8 февраля 2017 г., об отклонении возражения против ареста и о подтверждении приказа об аресте. Постановлением от 27 октября 2017 г. Суд кантона отклонил жалобу.

С.

С.а. «А. _____ Лимитед» (далее — заявитель) обратилась в Федеральный суд с жалобой от 23 ноября 2017 г. Она ходатайствует об «отмене в полном объеме» постановления кантонального суда и о подтверждении приказа об аресте либо — альтернативно — о направлении дела на новое рассмотрение в нижестоящий суд. С процессуальной точки зрения заявитель испрашивает придания приостанавливающего эффекта жалобе без выслушивания Республики Узбекистан (далее — противная сторона). Предварительным приказом [в оригинале использован любопытный термин «*superprovisorische Verfügung*». По существу это приказ *ex parte* (т.е. без выслушивания противоположной стороны). — Примеч. пер.] от 24 ноября 2017 г. Федеральный суд удовлетворил это прошение. После обмена письмами председательствующий судья подтвердил данное распоряжение (приказ от 12 декабря 2017 г.).

С.б. В ответ на предложение представить свой отзыв на жалобу противная сторона ходатайствовала об ее отклонении в том случае, если она будет принята к рассмотрению (письменное заявление от 3 апреля 2018 г.). Суд кантона Швиц отказался от представления замечаний (письмо от 1 марта 2018 г.). В целях соблюдения права быть выслушанным ответы на предложение представить отзыв были направлены заявителю. 18 апреля 2018 г. заявитель представил ответ на отзыв противной стороны, в котором поддержал заявленное ходатайство.

Мотивы:**1.**

Заявитель в предусмотренные сроки (абз. 1 ст. 100 Закона о Федеральном суде) подал жалобу на решение высшего кантонального суда (ст. 75 Закона о Федеральном суде). Спор связан с взысканием долга и делом о банкротстве (абз. 2(а) ст. 72 Закона о Федеральном суде). Требование о предусмотренной законом пороговой сумме в размере 30 000 швейцарских франков выполнено (абз. 1(б) ст. 74 Закона о Федеральном суде). Апелляционное решение согласно абз. 3 ст. 278 Закона о взыскании долгов и банкротстве является окончательным по смыслу ст. 90 Закона о Федеральном суде (решение 5A_650/2011 от 27 января 2012 г., п. 1 со ссылками). Соответственно, в данном споре может быть подана жалоба по гражданскому делу.

2.

Решение о продолжении ареста в связи с возражением против него приводит в действие обеспечительную меру по смыслу ст. 98 Закона о Федеральном суде (BGE 135 III 232, п. 1.2, с. 234). По этой причине у заявителя есть право обратиться в Федеральный суд только с жалобой о нарушении конституционных прав. Прежде всего, это относится к применению федерального законодательства, которое в рамках ст. 98 Закона о Федеральном суде подлежит проверке только на предмет произвольности его применения (решение 5A_261/2009 от 1 сентября 2009 г., п. 1.2 (не опубликовано в: BGE 135 III 608)). Кроме того, сюда относится исправление или дополнение фактических выводов, но лишь в том случае, если кантональный суд нарушил конституционные права (BGE 133 III 585, п. 4.1, с. 588). Ко всем заявлениям, касающимся нарушения конституционных прав, предъявляются строгие требования (абз. 2 ст. 106 Закона о Федеральном суде). Заявитель должен четко указать, какое именно конституционное право было нарушено обжалуемым решением кантонального суда, и подробно изложить, в чем заключалось такое нарушение (BGE 133 III 439, п. 3.2, с. 444). Федеральный суд не рассматривает недостаточно обоснованные и голословные [*«rein appellatorische Kritik»* – букв. «чисто апелляторскую критику». – Примеч. пер.] жалобы на оспариваемые решения (BGE 143 II 283, п. 1.2.2, с. 286; 134 II 244, п. 2.2, с. 246; 133 II 396, п. 3.1, с. 399–400).

3.

Вызывает споры вопрос о том, есть ли у заявителя безусловное право по смыслу абз. 1 ст. 80 Закона о взыскании долгов и банкротстве привести в исполнение арбитражное решение от 17 ноября 2015 г. (см. выше п. А), которое могло бы обосновать наложение ареста согласно п. 6 абз. 1 ст. 271 Закона о взыскании долгов и банкротстве. Кантональный суд пришел к выводу, что такого права у него нет. Он решил, что иностранное арбитражное решение не может быть исполнено в Швейцарии. В обоснование своего решения кантональный суд напомнил о том, что внутренняя подсудность распространяется на иностранное государство, только если оно действует *«iure gestionis»*. Однако, согласно практике Федерального суда, решения в отношении находящегося в Швейцарии иностранного имущества подлежат принудительному исполнению лишь при условии, что соответствующее требование демонстрирует достаточную внутреннюю связь с территорией Швейцарией. Если такая связь отсутствует, нет необходимости отрицать иммунитет иностранного государства в отношении *«acta iure gestionis»*.

Кантональный суд также заявил, что иммунитет суверенного государства относится к области международного публичного права, что предусмотрено ст. 30а Закона о взыскании долгов и банкротстве. Предварительное условие достаточной внутренней связи отражает швейцарскую судебную практику в области международного публичного права, которую почти сто лет назад начал формировать Федеральный суд, впоследствии постоянно подтверждая и развивая ее, ввиду чего выкристаллизовался обычай, ставший частью швейцарского права. В соответствии с обжалуемым решением, следствием отказа от требования внутренней связи в исполнительном производстве станет то, что государство, участвуя в качестве стороны в иностранном разбирательстве, всегда будет считаться отказавшимся тем самым от своего иммунитета в исполнительном производстве. А это будет противоречить принципу, что отказ от иммунитета при участии в разбирательстве не влечет автоматически такого отказа в исполнительном производстве. Кроме того, нижестоящий суд ясно указал, что элемент достаточной связи требования со Швейцарией согласно п. 4 абз. 1 ст. 271 Закона о взыскании долгов и банкротстве направлен лишь на оценку интересов должника и кредитора. И напротив, требование о внутренней связи, выведенное из иммунитета суверенного государства, позволяет суду включить в оценку «интересы Швейцарии», что применимо не только к основному, но и к исполнительному производству. В соответствии с этим, суд заявил, что доктрину внутренней связи в сфере иммунитета суверенного государства следует «применять более ограничительно», чем достаточную связь согласно п. 4 абз. 1 ст. 271 Закона о взыскании долгов и банкротстве.

В завершение нижестоящий суд отклонил выдвинутое заявителем возражение, что требование внутренней связи нарушает ст. V Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) (далее — Нью-Йоркская конвенция). Верно то, что Нью-Йоркская конвенция также применяется к арбитражным решениям, вынесенным против государства, контролируемого государством предприятия или управляемой им организации, равно как и то, что в ней указан исчерпывающий перечень оснований для отказа в признании и приведении в исполнение, поэтому в них нельзя отказать по основаниям, не приведенным в ст. V Нью-Йоркской конвенции. По мнению нижестоящего суда, до той даты, в которую было вынесено обжалуемое решение, Федеральный суд никогда не рассматривал вопрос о том, как обстоит дело с принципом государственного иммунитета для целей приведения в исполнение и связанной с этим швейцарской практикой по вопросу «внутренней связи» в контексте обязательств, вытекающих из Нью-Йоркской конвенции. Кантональный суд процитировал Таркана Гёксу (*Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014, S. 730*). «В целом» последний считает, что в приведении в исполнение следует отказать, если рассматриваемое правоотношение не демонстрирует достаточной внутренней связи со Швейцарией. Нижестоящий суд установил, что практика по вопросам внутренней связи и Нью-Йоркская конвенция, которая вступила в силу для Швейцарии 30 августа 1965 г., «существуют» уже полвека. В данном деле не обнаруживается новых серьезных и объективных оснований, которые бы в сфере применения Нью-Йоркской конвенции с современной точки зрения настоятельно требовали бы отхода от принципа внутренней связи.

Исходя из этих соображений, кантональный суд пришел к выводу, что в данном случае должно быть применено предварительное условие о внутренней связи. В обоснование своего заключения об отсутствии внутренней связи в данном конкретном деле нижестоящий суд сослался на верные замечания суда первой инстанции. В связи с этим предварительным выводом суд оставил открытым вопрос о том, имели ли место факти-

чески в данном деле действия «*iure gestionis*». После этого в обжалуемом решении подробно анализируется утверждение заявителя относительно отказа противной стороны от своего иммунитета. Кантональный суд не признал отказа от иммунитета и пришел к выводу, что арбитражное решение от 17 декабря 2015 г. не может быть приведено в исполнение в Швейцарии.

4.

Заявитель утверждает, что обнаружил произвольное применение закона «в области ст. V Нью-Йоркской конвенции». Как он сам верно отмечает, в соответствии с единообразной практикой Федерального суда решение не является произвольным лишь потому, что иной вариант также представляется допустимым или даже более правильным. Более того, произвольное применение закона имеет место лишь тогда, когда обжалуемое решение является явно необоснованным, прямо противоречит фактам, представляет собой грубое нарушение нормы или неоспоримого правового принципа, идет вразрез с понятием правосудия; в таком случае требуется, чтобы решение было признано произвольным не только с точки зрения его обоснования, но также и с точки зрения его результата (BGE 141 I 49, п. 3.4, с. 53; 140 III 16, п. 2.1, с. 18 и сл.; 167, п. 2.1 (каждое со ссылками)).

5.

Прежде всего заявитель видит упречность обжалуемого решения в произвольности его обоснования. Его беспокоит тот факт, что кантональный суд сослался на единственного автора, не упомянув никаких иных мнений, приведенных заявителем. Тем самым заявитель возражает не столько против того, каким образом нижестоящий суд применил право, сколько против способа обоснования им своего решения. [Однако] заявитель упускает из вида тот факт, что судебный орган не обязан подробно излагать свою позицию по всем затронутым вопросам (см.: BGE 134 I 83, п. 4.1, с. 88; 133 III 439, п. 3.3, с. 45). Заявитель не утверждает, что не мог отдавать себе отчет в последствиях решения нижестоящего суда (решение 5A_382/2013 от 12 сентября 2013 г., п. 3.1). Затем он критикует «существование» Нью-Йоркской конвенции и вышеуказанной практики относительно внутренней связи, «к которому обратился нижестоящий суд», как «абсолютно бессмысленное». Однако нельзя сказать, что тем самым кантональный суд запутался в «неразрешимом противоречии». Приведя вышеуказанную цитату, нижестоящий суд дал объяснение вышеуказанного «существования», и он выразил — с достаточной ясностью — свою правовую позицию, что требование о внутренней связи действует «в целом», т.е. в том числе распространяется и на область применения Нью-Йоркской конвенции. Такое применение права было бы произвольным, если бы тем самым кантональный суд недопустимым образом вступил в явное противоречие с ясной нормой или неоспоримым правовым принципом. В жалобе в контексте претензий по поводу обоснования обжалуемого решения об этом речи не идет. Одним лишь упреком в том, что строгость рассуждений нижестоящего суда оставляет желать лучшего, ничего нельзя добиться. Сказанное соответственно применимо к возражению заявителя по поводу требования нижестоящего суда представить «новые» основания для «отхода» от принципа внутренней связи в области применения Нью-Йоркской конвенции. Заявитель утверждает об отсутствии необходимости в указании «новых» оснований, которые свидетельствуют против применения этого принципа. В отсутствие соответствующей практики можно было бы указать «какие угодно» основания. Сообразно этому, также логически невозможно говорить о каком-либо «от-

ходе». Продолжая рассмотренные выше возражения, заявитель ограничивается противопоставлением своей собственной позиции аргументам нижестоящего суда. Однако, как это, по-видимому, уже понял сам заявитель, вопрос по поводу жалобы на произвольное применение права зависит исключительно от того, свидетельствуют ли против критерия внутренней связи обязательные правовые основания.

6.

Заявитель также считает обжалуемое решение произвольным с точки зрения его результата.

6.1. Заявитель указывает на то, что Федеральный суд ввел критерий внутренней связи за рамками Нью-Йоркской конвенции в качестве предварительного условия для наложения ареста на имущество суверенного государства на основании национального права, что выходит за рамки обязательств Швейцарии согласно международному праву, и что Федеральный суд никогда не применял его в деле, связанном с приведением в исполнение арбитражного решения согласно Нью-Йоркской конвенции. Заявитель ставит в упрек кантональному суду то, что он не рассмотрел вопрос о том, должен ли критерий внутренней связи вообще играть какую-либо роль в области применения Нью-Йоркской конвенции. Таким образом кантональный суд упустил из вида тот факт, что Нью-Йоркская конвенция «просто не оставляет места» для применения данного критерия. Далее со ссылкой на решение Федерального суда и ряд доктринальных позиций заявитель напоминает, что перечень оснований для отказа, приведенный в ст. V Нью-Йоркской конвенции, является исчерпывающим. «В соответствии с этим» дополнительные основания для отказа согласно национальному законодательству не допускаются, что также не вызывает сомнений в доктрине. Заявитель считает, что из этого «необходимо» следует вывод о том, что, в частности, критерий внутренней связи также недопустим в области применения Нью-Йоркской конвенции. В поддержку данной правовой позиции в жалобе дословно приводятся обширные пассажи из трудов «многочисленных именитых авторов». По мнению заявителя, Швейцария не выполняет свои международные правовые обязательства по приведению в исполнение международных арбитражных решений согласно Нью-Йоркской конвенции, если она отказывается привести в исполнение арбитражное решение из-за возражения (не предусмотренного Нью-Йоркской конвенцией) по поводу отсутствия внутренней связи. Подобное нарушение «совершенно неприемлемо» — таков вывод заявителя. В своем ответе на отзыв противной стороны заявитель занимает позицию, что требование внутренней связи также в целом неверно, т.е. оно выходит за рамки Нью-Йоркской конвенции. Кроме того, он прибегает к доводу о том, что ограничение приведения в исполнение арбитражных решений в отношении иностранных государств за счет применения требования о внутренней связи также нарушает ст. III Нью-Йоркской конвенции.

6.2. Противная сторона выдвигает по существу два довода против жалобы. Во-первых, она напоминает, что требование внутренней связи является предварительным условием для наложения ареста на имущество суверенного государства и тогда, когда признание и приведение в исполнение иностранного решения осуществляется, например, на основании ст. 27 Закона о международном частном праве, ст. 34 и сл. Конвенции о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам (Лугано, 30 октября 2007 г.) или ст. 53 и сл. Конвенции об урегулировании инвестицион-

ных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 18 марта 1965 г.). В рассматриваемом аспекте ст. V Нью-Йоркской конвенции содержательно не отличается от аналогичных норм в приведенных документах. Соответственно, нет никаких причин применительно к требованию внутренней связи относиться к Нью-Йоркской конвенции иным образом по сравнению с вышеупомянутыми документами, предметом которых выступает признание и приведение в исполнение иностранных решений. Второй довод противной стороны заключается в том, что наложение ареста является обеспечительной мерой, а ст. V Нью-Йоркской конвенции не предусматривает меры, целью которых является предоставление обеспечения. Если заявить ходатайство о принятии обеспечительных мерах на основании Нью-Йоркской конвенции в принципе нельзя, то обусловливание наложения ареста на имущество суверенного государства требованием внутренней связи не может представлять собой нарушение или же совершенно произвольное толкование ст. V Нью-Йоркской конвенции. Более того, в таком случае предварительные условия для наложения ареста должны оцениваться исключительно по национальному праву.

6.3.

6.3.1. Согласно п. 2 абз. 1 ст. 271 Закона о взыскании долгов и банкротстве кредитор должен предварительно показать [представить доказательства *prima facie*. — *Примеч. пер.*] наличия оснований для наложения ареста. Если кредитор ссылается на то, что у него есть безусловное право на взыскание с должника (п. 6 абз. 1 ст. 271 Закона о взыскании долгов и банкротстве), тогда он также должен представить доказательства *prima facie* того, что в случае иностранного решения нет никаких факторов, которые препятствовали бы признанию и приведению в исполнение такого иностранного решения. Более подробное исследование предварительных условий для признания и оснований для отказа в признании согласно ст. 25 и сл. Закона о международном частном праве (в случае иностранных арбитражных решений — согласно ст. V Нью-Йоркской конвенции) производится в ходе рассмотрения возражения против приказа о наложении ареста (ст. 278 Закона о взыскании долгов и банкротстве; BGE 139 III 135 E. 4.5.2 S. 141). В течение всего разбирательства по поводу наложения ареста (т.е. включая рассмотрение возражения) судья исследует вопрос о возможности приведения в исполнение решения, на которую добивающийся ареста кредитор ссылается как на основание его наложения согласно п. 6 абз. 1 ст. 271 Закона о взыскании долгов и банкротстве, исключительно с точки зрения представленных доказательств *prima facie*. Обладающее законной силой решение о возможности приведения в исполнение выносится только в рамках процедуры наложения ареста (ст. 279 Закона о взыскании долгов и банкротстве), а в случае, когда используются основания для наложения ареста, предусмотренные п. 6 абз. 1 ст. 271 Закона о взыскании долгов и банкротстве, — обычно в ходе рассмотрения ходатайства о предоставлении безусловного права на взыскание согласно ст. 80 и сл. Закона о взыскании долгов и банкротстве (NICOLAS JEANDIN, *Point de situation sur le séquestre à la lumière de la Convention de Lugano*, in: SJ 2017 II 27 ff., 35 f.).

6.3.2. Если кредитор хочет арестовать имущество иностранного государства, находящееся в Швейцарии, тогда, в соответствии с судебной практикой Федерального суда, вступает в действие требование достаточной «внутренней связи». Это касается случаев, в которых иностранное государство в правоотношении, лежащем в основании требования о наложении ареста, действовало не в качестве суверена («*iure imperii*») (потому что тогда вви-

ду этого оно пользовалось бы иммунитетом), а в качестве обладателя частных прав («iure gestionis»). В таких случаях для применения мер принудительного исполнения в отношении иностранного государства необходимо выполнить предварительное условие, согласно которому соответствующее правоотношение должно иметь достаточную внутреннюю связь с территорией Швейцарии. Должны существовать обстоятельства, которые настолько тесно увязывают правоотношение со Швейцарией, что это оправдывает привлечение к ответственности иностранного государства перед швейцарскими органами (BGE 134 III 122, п. 5.2.2, с. 128 и сл.; 570, п. 2.2; 124 III 382, п. 4а, с. 388; 120 II 400, п. 4б, с. 406 и сл.; 106 Ia 142, п. 3б, 5, с. 148 и сл. со ссылками). Данное предварительное условие выполняется, в частности, тогда, когда обязательство, на котором основываются оспариваемые требования об аресте, возникло либо подлежало исполнению в Швейцарии или если иностранное государство по меньшей мере совершило в Швейцарии некоторые действия, которыми она была определена в качестве места исполнения. Однако одного лишь факта, что имущество иностранного государства находится в Швейцарии или что по соответствующему требованию третейским судом с местом в Швейцарии было вынесено решение, недостаточно (BGE 134 III 122, см. выше; см. также: BGE 56 I 237, п. 3, с. 251). В одном деле, связанном с мерами принудительного исполнения (включая приказ о наложении ареста) против Ливии, основанными на вынесенном в Швейцарии арбитражном решении, Федеральный суд указал, что требование достаточной внутренней связи вытекает не из международного, а из национального права Швейцарии (BGE 106 Ia 142, п. 3б, с. 148 и сл.). В другом деле (BGE 56 I 237) Федеральный суд проанализировал то, как к вопросу о мерах принудительного исполнения против иностранных государств подходят в других странах. Среди прочего он обратился к ряду решений тогдашнего Королевства Италия, в которых национальная юрисдикция в отношении иностранных государств принималась как данность. Из указанного решения Федерального суда можно сделать вывод, что эта итальянская практика постоянно ссылалась на факты того, что правоотношение, из которого возник спор, не только основывалось на действиях иностранного государства «iure gestionis», но и – выходя за рамки этого требования – также по своему происхождению и содержанию было связано с Италией, что указывало на его подчинение итальянскому праву (BGE, см. выше, с. 249).

6.3.3. Таким образом, для получения решения об аресте имущества иностранного государства на основании п. 6 абз. 1 ст. 271 Закона о взыскании долгов и банкротстве кредитор должен представить доказательства *prima facie* (абз. 1 ст. 271 Закона о взыскании долгов и банкротстве) того, что обязательство, которое лежит в основе права на взыскание и в котором иностранное государство участвует в качестве должника, не выступая при этом сувереном, в достаточной степени связано со Швейцарией в описанном выше смысле. Федеральный суд регулярно обращается к вопросу о требовании внутренней связи в качестве аспекта иммунитета суверенных иностранных государств против швейцарской подсудности (BGE 135 III 608, п. 4.4, с. 612; 134 III 122, п. 5, с. 127 и сл.; 570, п. 2.2; 124 III 384, п. 4а, с. 388; 113 Ia 172, п. 2, с. 175; 82 I 75, п. 7, с. 85), а именно в делах, в которых необходимо рассмотреть вопрос о том, могут ли швейцарские власти привлечь иностранные государства к ответственности в ходе основного или исполнительного производства (BGE 106 Ia 142, п. 3б, с. 148; см. также: BGE 86 I 23, п. 2, с. 27 и сл.; 82 I 75, п. 7, с. 85). Согласно судебной практике, если это предварительное условие не выполнено, швейцарские власти не имеют права разрешать соответствующий спор (см.: BGE 120 II 400, п. 4б, с. 406: «pour que la Suisse puisse connaître du litige»). Тот факт, что

требование достаточной внутренней связи ограничивает подсудность, также соответствует, в частности, точке зрения тех авторов, которые критически относятся к данному требованию (см.: MICHAEL E. SCHNEIDER/JOACHIM KNOLL, *Enforcement of Foreign Arbitral Awards against Sovereigns – Switzerland*, in: R. Doak Bishop (Hrsg.), *Enforcement of Arbitral Awards against Sovereigns*, New York 2009, S. 338; DANIEL STAHELIN/LUKAS BOPP, *Wider das Erfordernis der Binnenbeziehung beim Staatenarrest*, in: Peter Breitschmid et al., *Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung*, FS für Isaak Meier, 2015, S. 730; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, *Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht*, Habil. Bern 1998 [со ссылкой на иммунитет государства], S. 460; DIESELBE, «Binnenbeziehung» und Staatenimmunität: Ein Phänomen der schweizerischen Rechtsprechung, in: Rolf Dörig et al. (Hrsg.), *Versicherungsbranche im Wandel*, FS für Moritz W. Kuhn, Bern 2009 [со ссылкой на внутреннюю связь], S. 297). Последний из названных авторов, из-под пера которого вышло также представленное заявителем правовое заключение, придерживается мнения, согласно которому отсутствие внутренней связи просто исключает международную компетенцию швейцарских судов, но никоим образом не затрагивает функционирование иностранного государства и, следовательно, не должно использоваться в качестве критерия для определения подсудности (KREN KOSTKIEWICZ, *Binnenbeziehung*, S. 296–297; см. подробнее: DIESELBE, *Staatenimmunität*, S. 462 ff.). Она напоминает о деле, рассмотренном Федеральным судом (BGE 106 Ia 142, п. 3b, с. 148 и сл.), говоря, что, «устанавливая правила о территориальной компетенции своих органов», каждое государство определяет рамки собственных правил подсудности по спорам, связанным с действиями иностранных государств, совершая которые они не выступают в качестве суверенов (KREN KOSTKIEWICZ, *Binnenbeziehung*, S. 297; DIESELBE, *Staatenimmunität*, S. 465 (Fn. 1559); см. также: PIERRE LALIVE, *Note sur la jurisprudence suisse en matière d’immunité des Etats*, in: *Chronique de jurisprudence suisse*, *Journal du droit international* 114 [1987], S. 1003). В соответствии с недавно вынесенным решением, в рассмотрении вопроса об иммунитете против подсудности нет необходимости, так как отсутствие компетенции у швейцарских судов вытекает уже из отсутствия достаточной внутренней связи (решение 4C.379/2006 от 22 мая 2007 г., п. 4 мотивировочной части). Вопрос о том, относится ли требование достаточной внутренней связи к подсудности или (международной) компетенции, здесь можно оставить открытым (см. об этом ниже).

Подсудность гражданских дел швейцарским судам (в том числе по вопросу иммунитета) является предварительным процессуальным условием [рассмотрения дела], выполнение которого подлежит проверке судом в силу его статуса (BGE 133 III 539, п. 4.2, с. 542; 130 III 430, п. 3.1, с. 433; 124 III 382, п. 3b, с. 387). Это также признается вышеуказанными авторами (KREN KOSTKIEWICZ, *Binnenbeziehung*, S. 288; STAHELIN/BOPP, а.а.О., S. 730) и соответствует господствующему в литературе мнению (см., например, ANNE PETERS, *Völkerrecht*, *Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2016, S. 174; GERHARD WALTER/TANJA DOMEJ, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, 5. Aufl. 2012, S. 86; ALEXANDER ZÜRCHER, in: Thomas Sutter-Somm et al. [Hrsg.], *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO]*, 3. Aufl. 2016, N 66 zu Art. 59 ZPO; FABIENNE HOHL, *Procédure civile*, Bd. I, 2. Aufl. 2016, Rz. 591; FRANÇOIS BOHNET, in: CPC, *Code de procédure civile commenté*, 2011, N 17 f. zu Art. 59 ZPO; BERNARD DUTOIT, *Droit international privé suisse*, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 5. Aufl. 2016, N 22 i.f. zu Art. 1 IPRG). Если это условие не выполняется, швейцарская юрисдикция исключается. Иск или ходатайство не принимаются, производство по делу подлежит пре-

крашению с вынесением решения об отказе в принятии (BGE 134 III 570, п. 3.2, с. 575; 111 Ia 52, п. 5d, с. 62; ZÜRCHER, a.a.O.; ср. также: HELMUT KREICKER, *Völkerrechtliche Exemtionen, Grundlagen und Grenzen völkerrechtlicher Immunitäten und ihre Wirkungen im Strafrecht*, Bd. I, Berlin 2007, S. 50). Последствием такого окончания разбирательства будет то, что суд, в который подано заявление, не вынесет никакого решения по существу дела, которое могло бы вступить в законную силу (см., например: SIMON ZINGG, in: *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bd. I, 2012, N 3 ff. Zu Art. 59 ZPO; в отношении иммунитета суверенного государства см.: BGE 111 Ia 52, см. выше). Сказанное аналогичным образом применялось бы в ситуации, когда требование достаточной внутренней связи, согласно вышеупомянутой доктринальной позиции, подлежало бы рассмотрению не в качестве вопроса подсудности, а с точки зрения международной компетенции: территориальная (международная) компетенция тоже является предварительным процессуальным условием [рассмотрения дела] (абз. 2(b) ст. 59 ГПК). Ее отсутствие повлечет за собой решение об отказе в принятии дела к рассмотрению (см.: KREN KOSTKIEWICZ, *Binnenbeziehung*, S. 289 (Fn. 10)), если иностранное государство-ответчик не установит международную и территориальную компетенцию швейцарских судов (несмотря на отсутствие внутренней связи), безоговорочно вступив в разбирательство по поводу ареста, возбужденное по месту его наложения в Швейцарии (ст. 4 Закона о международном частном праве) (ст. 6 Закона о международном частном праве; ср.: BGE 123 III 35, п. 3b, с. 45 и сл. со ссылками).

6.3.4. Что же касается Нью-Йоркской конвенции, то в области ее применения исключительно по ее ст. V определяется, следует ли отказать в признании и приведении в исполнение арбитражного решения (BGE 135 III 136, п. 2.1, с. 139). Однако для рассмотрения потенциальных оснований для отказа все-таки необходимо, чтобы разбирательство, в ходе которого оно проводится, было процессуально допустимым. В этом контексте Федеральный суд указал, что регулирование процедуры признания и приведения в исполнение согласно Нью-Йоркской конвенции по общему правилу осуществляется в соответствии с национальным правом (решение 4A_124/2010 от 4 октября 2010 г., п. 3.1 со ссылками). В ст. III самой Нью-Йоркской конвенции ясно указано, что каждое договаривающееся государство разрешает приводить арбитражные решения в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той суверенной территории, где испрашивается приведение в исполнение арбитражного решения.

6.4.

6.4.1. В настоящем деле заявитель уделяет основное внимание гипотезе, согласно которой критерий внутренней связи не предусмотрен в качестве основания для отказа Нью-Йоркской конвенцией и что, применяя этот критерий, Швейцария не выполняет своих международно-правовых обязательств (см. выше п. 6.1). Таким образом, безотносительно к вопросу о том, является ли требование внутренней связи совместимым с Нью-Йоркской конвенцией, заявитель не ставит его под сомнение в своей жалобе, равно как и не оспаривает вывод нижестоящего суда о том, что в данном случае такая связь отсутствует. Возражения заявителя в ответе на отзыв противной стороны, в целом направленные против требования о внутренней связи, не принимаются. Такой ответ призван выражать мнение по поводу позиции противной стороны. Соответственно, дополнение жалобы в рамках данного ответа не допускается (BGE 143 II 283, п. 1.2.3, с. 286 со ссыл-

ками). Из него не усматривается, на какой именно аргумент противной стороны ссылается заявитель. Его возражение относительно того, что он уже критиковал требование внутренней связи как таковое во время разбирательства в кантональном суде, никак не меняет данный факт. Более того, в своей жалобе заявитель ограничивается воспроизведением доктринальных позиций по поводу того, что международное право не оставляет вопрос об определении международно-правового иммунитета на усмотрение каждого отдельного государства (KURT SIEHR, in: *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. Aufl. 2004, N 17 zu Art. 194 IPRG), соответственно, требование достаточной внутренней связи не составляет собой общего правила международного права (BERNHARD BERGER/FRANZ KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Aufl. 2015 S. 719). Однако одним лишь цитированием доктринальных источников заявитель не может поставить под сомнение вывод Федерального суда, согласно которому государство может налагать на себя в рамках национального права определенные ограничения в отношении разрешения процесса против иностранных государств по делам, связанным с действиями «*iure gestionis*» (BGE 106 Ia 142, п. 3b, с. 148). В частности, заявитель подобным образом не утверждает, что (вне зависимости от требований Нью-Йоркской конвенции) на основании общих принципов международного права государство обязано разрешить основное или исполнительное производство против иностранного государства по делам, не охватываемым суверенитетом, без каких-либо дополнительных предварительных условий и что, соответственно, требование достаточной внутренней связи является произвольным нарушением международного права. Равным образом заявитель не утверждает, что иностранное государство не может ссылаться на свой иммунитет в рамках исполнительного производства в швейцарских органах уже потому, что оно подчинилось третьей-суду в разбирательстве, связанном с его частными правами.

6.4.2. Если требование о достаточной внутренней связи в обжалуемом решении будет поддержано, тот факт, что ст. V Нью-Йоркской конвенции содержит исчерпывающий перечень оснований для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, не будет иметь никакого значения в отношении исхода данного спора. В этом смысле высказываются не только ПАТОККИ И ЖЕРМИНИ, которые предваряют свой комментарий к основаниям для отказа согласно ст. V Нью-Йоркской конвенции положением о том, что иностранные арбитражные решения можно привести в исполнение в отношении иностранного государства в Швейцарии только при наличии (среди прочего) внутренней связи (PAOLO MICHELE PATOCCHI/CESARE JERMINI, in: *Basler Kommentar, Internationales Privatrecht*, 3. Aufl. 2013, N 36 zu Art. 194 IPRG). Даже сам заявитель не оспаривает, что требование достаточной внутренней связи касается вопроса о подсудности швейцарским органам иностранного государства, т.е. предварительного процессуального условия [рассмотрения дела]. Если же в споре по поводу наложения ареста на имущество иностранного государства будет отсутствовать, как в данном деле (см. выше п. 6.4.1), достаточная внутренняя связь, то представление доказательств *prima facie* наличия оснований для ареста (п. 2 абз. 1 ст. 272 Закона о взыскании долгов и банкротстве) согласно п. 6 абз. 1 ст. 271 Закона о взыскании долгов и банкротстве потерпит неудачу уже потому, что судья, занимающийся вопросами принудительного исполнения, скорее всего, вообще откажет даже в принятии к рассмотрению заявленного в отношении иностранного государства ходатайства о предоставлении права на взыскание или требования о наложении ареста (ст. 279 Закона о взыскании долгов и банкрот-

стве); ввиду отсутствия юрисдикции в отношении иностранного государства-ответчика судья не будет разрешать соответствующий спор.

Вопрос о том, может ли выступающее основанием права на взыскание иностранное арбитражное решение быть исполнено в Швейцарии согласно Нью-Йоркской конвенции, является предварительным в исполнительном производстве. Заявитель не утверждает (вполне справедливо), что этот предварительный вопрос не относится к спору самому по себе, а скорее (в смысле предварительной процессуальной предпосылки) должен быть рассмотрен уже в контексте допустимости средства правовой защиты, испрашиваемого для приведения в исполнение. Равным образом заявитель не может объяснить, почему требование достаточной внутренней связи именно в области применения Нью-Йоркской конвенции следует считать не процессуальным, а материальным предварительным условием признания и приведения в исполнение и почему Нью-Йоркская конвенция не оставляет места для подобного подхода даже в контексте положений о публичном порядке (подп. «b» п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции). Одних лишь ссылок на доктринальные позиции, в которых вроде бы выражается данная точка зрения (BERGER/KELLERHALS, a.a.O.; ANDREAS BUCHER, *Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, 1989, S. 168 f.), недостаточно. Ведь, как и заявитель, эти авторы ничего не говорят об устоявшейся процессуальной концепции, согласно которой швейцарский суд, которому в рамках разбирательства о наложении ареста (в виде предварительного вопроса) надлежало рассмотреть вопрос о возможности исполнения иностранного арбитражного решения, вообще не может выражать никакого мнения относительно ст. V Нью-Йоркской конвенции, если ввиду отсутствия внутренней связи он вынужден признать отсутствие у него юрисдикции в отношении иностранного государства-ответчика и, соответственно, вынести решение об отказе в принятии дела к рассмотрению. Никак это не меняют и приведенные в жалобе доктринальные позиции, которые ссылаются на приоритет международных соглашений (абз. 2 ст. 1 Закона о международном частном праве) и делают отсюда вывод о том, что требование внутренней связи, предусмотренное национальным правом Швейцарии, не может ограничивать действие Нью-Йоркской конвенции (SCHNEIDER/KNOLL, a.a.O., S. 344; BERGER/KELLERHALS, a.a.O.; BUCHER, a.a.O., S. 168). Ведь эти выдержки из источников подразумевают, что соответствующий швейцарский суд уже принял к рассмотрению вопрос о признании и приведении в исполнение.

Однако если исходить из того, что вопрос о внутренней связи выступает предварительным процессуальным условием подсудности, т.е. связан с процедурой, а не с самим по себе спором, то положению о приоритете международного договорного права будут препятствовать ст. III Нью-Йоркской конвенции и практика Федерального суда, согласно которым процедура признания и приведения в исполнение даже в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией по общему правилу подчиняется национальному праву (см. выше п. 6.3.4). В своей жалобе заявитель также не затрагивает этот вопрос. В ответе на отзыв противной стороны он приводит две цитаты из источников, согласно которым ст. III Нью-Йоркской конвенции только разрешает применение процессуальных правил в отношении признания арбитражных решений, но при этом не упоминает о процессуальных правилах, которые препятствуют такому признанию (DIMITRI SANTORO, *Forum Non Conveniens, A Valid Defense under the New York Convention?*, in: *ASA Bulletin* 2003, S. 723–734), соответственно, ст. III Нью-Йоркской конвенции касается только того, каким образом проходит разбирательство по поводу признания, а не вопроса о том, следует ли в принципе разрешать признание (WILLIAM W. PARK/ALEXANDER A. YANOS, *Treaty Obligations and National Law:*

Emerging Conflicts in International Arbitration, in: Hastings Law Journal 58 [2006], S. 256). Вопрос о том, что все это значит, здесь следует оставить открытым. Как верно отметил заявитель, жалоба на нарушение ст. 9 Конституции Швейцарии связана только со ст. V Нью-Йоркской конвенции. В своем же ответе на отзыв противной стороны заявитель жалуется еще и на то, что ограничение возможности «наложения ареста на основании судебного решения» (п. 6 абз. 1 ст. 271 Закона о взыскании долгов и банкротстве) на имущество иностранного государства посредством использования требования внутренней связи было бы нарушением ст. III Нью-Йоркской конвенции. Не говоря уже о том, что он в этом отношении не заявил, что обжалуемое решение нарушает его конституционные права (см. выше п. 2), также неясно, почему он не мог заявить данное возражение до истечения срока на подачу жалобы. Сама возможность по получении отзыва противной стороны высказать свое мнение по поводу выраженной в нем позиции в рамках ответа на такой отзыв, не освобождает заявителя от обязанности (уже) в своей жалобе представить Федеральному суду все свои возражения, с помощью которых он намеревается обжаловать соответствующее решение (BGE 143 II 283, п. 1.2.3, с. 286; см. также п. 6.4.1).

6.4.3. В том случае, если критерий внутренней связи (также) применяется согласно Нью-Йоркской конвенции, заявитель со ссылкой на представленное им экспертное заключение утверждает, что этот критерий является «не имеющим отношения к делу» и «лишенным смысла» в контексте арбитражных решений. Он указывает на то, что посредством заключения арбитражного соглашения стороны стремятся к «делокализации» всех споров, которые могут между ними возникнуть, осознанно избирая место арбитража, которое не связано с их договором. Этот довод также представляется необедительным. Как уже было разъяснено, то, что место третейского суда находится в Швейцарии, не является основанием для установления достаточной связи со Швейцарией (см. выше п. 6.3.2). Таким образом, один лишь факт, что арбитражное решение против иностранного государства вынесено в месте, которое не связано с правоотношением, лежащим в основе требования о наложении ареста, не является препятствием для признания и приведения в исполнение решения в Швейцарии. Определяющим фактором является не связь с местом арбитража, а, скорее, связь с местом приведения в исполнение. Требование внутренней связи не препятствует делокализации спора.

6.4.4. В свете вышесказанного можно оставить открытым вопрос о том, мог ли судья, рассматривавший вопрос о наложении ареста, уже ввиду отсутствия внутренней связи прийти к выводу, что он не обладает юрисдикцией и что ходатайство о наложении ареста является недопустимым, вместо того чтобы (только) в рамках рассмотрения заявленных оснований для ареста обратиться к вопросу о внутренней связи (п. 6 абз. 1 ст. 271 Закона о взыскании долгов и банкротстве). Аналогичным образом Федеральному суду нет необходимости подробно останавливаться на гипотезе противной стороны, согласно которой по праву Швейцарии (ст. 271 и сл. Закона о взыскании долгов и банкротстве) наложение ареста представляет собой исключительно обеспечительную меру и как таковое совершенно не подпадает под действие Нью-Йоркской конвенции. Данный вопрос тоже можно оставить открытым, коль скоро кантональные суды без какого бы то ни было произвола отклонили доказательства *prima facie* наличия оснований для ареста, обосновав это тем, что иностранное арбитражное решение не может быть приведено в исполнение в Швейцарии, так как на противную сторону ввиду отсутствия требуемой внутрен-

ней связи не распространяется швейцарская подсудность. В связи с таким итогом вывод заявителя о том, что Федеральный суд еще никогда не применял требование достаточной внутренней связи по отношению к приведению в исполнение иностранного арбитражного решения в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией, едва ли может удивить. Как показывают вышеприведенные соображения, определенно существуют правовые основания для длительного «сосуществования» практики применения внутренней связи и Нью-Йоркской конвенции. Вопреки мнению заявителя, одно лишь то, что нижестоящий суд подробно не рассмотрел эти основания, не означает, что обжалуемое решение нарушает нормы о запрете произвольных действий со стороны государства (ст. 9 Конституции Швейцарии). Обжалуемое решение основывается на правовой позиции, согласно которой требование достаточной внутренней связи действует также в области применения Нью-Йоркской конвенции. Заявитель не смог доказать, что кантональный суд, давая такую оценку правовой ситуации, действовал произвольно. Вопрос о том, к каким выводам пришел бы Федеральный суд, если бы ему надлежало рассмотреть жалобу на вступившее в законную силу решение о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, вынесенное против иностранного государства, без ограничения полномочия на проверку (см. выше п. 2), следует оставить открытым.

7.

Таким образом, обжалуемое решение остается в силе. Жалоба является необоснованной и подлежит отклонению. В связи с таким исходом разбирательства заявитель признается проигравшим. Поэтому заявитель обязан оплатить судебные издержки (предложение первое абз. 1 ст. 66 Закона о Федеральном суде) и возместить противной стороне расходы на разбирательство в Федеральном суде (абз. 1 и 2 ст. 68 Закона о Федеральном суде).

Исходя из этого, Федеральный суд вынес следующее решение:

1. Жалоба отклоняется.
2. Судебные расходы, определяемые в 40 000,00 швейцарских франков, возлагаются на заявителя.
3. Заявитель выплачивает противной стороне возмещение 50 000,00 швейцарских франков в качестве издержек.
4. Настоящее решение направляется в письменной форме сторонам и в апелляционную палату Суда кантона Швиц.

Лозанна, 7 сентября 2018 г.

От имени второго отделения по гражданским делам Федерального суда Швейцарии

Председательствующий: фон Вердт

Секретарь: Монн