

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

Универсальные стандарты прав человека: реальность или иллюзия?

ЕСПЧ и право быть забытым: поиск необходимого баланса

Специальный суд по Косово — панацея от безнаказанности?

**Межамериканский суд по правам человека
и продвижение экологических прав: не мытьём, так катаньем**

На распутье: какое право применить к арбитражному соглашению?

Выдержка из дневников Мартенса за 1899 год

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№1 (41) • 2022

Учредитель

О. Б. Сидорович

Издатель

ООО «Центр конституционных исследований»

Редакционный совет

А. И. КОВЛЕР, председатель (Институт законодательства и сравнительного правоведения)

Б. БАУРИНГ (Лондонский университет, Великобритания)

Л. ГАРПИЦКИЙ (Варшавский университет, Польша)

А. Я. КАПУСТИН (Институт законодательства и сравнительного правоведения)

Т. Н. НЕШАТАЕВА (Суд Евразийского экономического союза, Беларусь)

А. НУССБЕРГЕР (Кельнский университет, Германия)

С. М. ПУНЖИН (Международный Суд ООН, Нидерланды)

А. УШАЦКА (Международный уголовный суд (2006–2015), Латвия)

М. Л. ЭНТИН (МГИМО МИД России)

Редакционная коллегия

Д. С. БОКЛАН (НИУ «Высшая школа экономики»)

А. П. ЕВСЕЕВ (НИУ «Высшая школа экономики»)

Д. В. КРАСИКОВ (Саратовская государственная юридическая академия)

И. В. РАЧКОВ (МГИМО МИД России)

В. Н. РУСИНОВА (НИУ «Высшая школа экономики»)

А. К. СОБОЛЕВА (НИУ «Высшая школа экономики»)

В. В. СТАРЖЕНЕЦКИЙ (НИУ «Высшая школа экономики»)

М. П. ТРУНК-ФЕДОРОВА (Санкт-Петербургский государственный университет)

М. А. ФИЛАТОВА (НИУ «Высшая школа экономики»)

К. В. ЭНТИН (Суд Евразийского экономического союза, Беларусь)

Выпускающий редактор

О. Б. СИДОРОВИЧ (ООО «Центр конституционных исследований»)

Ответственный секретарь

Т. С. ЖУКОВА

Редакторы

М. СИДОРОВИЧ

С. Ф. УСПЕНСКАЯ

Корректор

С. Ф. УСПЕНСКАЯ

Журнал издаётся при
финансовой поддержке

Решением ВАК журнал включён в «Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертации на соискание ученой степени доктора и кандидата наук».

Журнал входит в базу журналов Russian Science Citation Index на платформе Web of Science, а также в базу данных периодических и продолжающихся изданий Ulrich's Periodicals Directory.

Свидетельство о регистрации ПИ № ФС77-82341 от 23 ноября 2021 года
выдано Федеральной службой по надзору в сфере связи,
информационных технологий и массовых коммуникаций.

Тираж 500 экз. Периодичность — 4 номера в год.

ISSN 2226-2059. Цена свободная.

Подписано в печать 30 марта 2022 года.

Адрес редакции: 129090 Москва, ул. Щепкина, д. 8.

Для корреспонденции: 129090 Москва, а/я 140.

Тел.: +7 (495) 608-69-59; 608-66-35.

Отпечатано: ООО «Буки Веди»

117246, г. Москва, проезд Научный, д. 19, этаж 2, ком. 6Д, оф. 202.

Позиции авторов статей могут не совпадать с мнением редакции.

При цитировании материалов ссылка на журнал и правообладателя обязательна.

Перепечатка разрешена только с письменного согласия правообладателя.

© ООО «Центр конституционных исследований»

TRIBUNA

НАСКОЛЬКО УНИВЕРСАЛЬНЫ «УНИВЕРСАЛЬНЫЕ СТАНДАРТЫ» ПРАВ ЧЕЛОВЕКА: ПЕРЕОЦЕНКА КРИТИЧЕСКОЙ ШКОЛЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА **3**
Андрей Медушевский

SCRIPTORIUM

JUS HOMINUM
ПРАВО БЫТЬ ЗАБЫТЫМ: ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В ПОИСКАХ НЕОБХОДИМОГО БАЛАНСА **32**
Тигран Оганесян

РАЗВИТИЕ КОНЦЕПЦИИ ЭКОЛОГИЧЕСКИХ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В ПРАКТИКЕ МЕЖАМЕРИКАНСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА **57**
Александр Солнцев, Анастасия Отрашевская

СПЕЦИАЛЬНЫЙ СУД ПО КОСОВО — НОВЫЙ ОРГАН МЕЖДУНАРОДНОГО УГОЛОВНОГО ПРАВОСУДИЯ **79**
Андрей Антонов, Александр Евсеев

LEX MERCATORIA

ПРИМЕНИМОЕ ПРАВО К АРБИТРАЖНОЙ ОГОВОРКЕ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ **99**
Дмитрий Кайсин, Александра Асланян, Ирина Кизько

HISTORIA

ДЕЛО ГАЙАНА ПРОТИВ ВЕНЕСУЭЛЫ: О ТОМ, КАК ПРОШЛОЕ НЕ ДАЁТ ЖИТЬ В НАСТОЯЩЕМ ВМЕСТО ПРЕДИСЛОВИЯ **113**
Илья Рачков, Елизавета Рачкова

ВЫДЕРЖКА ИЗ ДНЕВНИКОВ ФЁДОРА ФЁДОРОВИЧА МАРТЕНСА ЗА 1899 ГОД **122**

ACADEMIA

SCHOLA
СИСТЕМНЫЙ КРИЗИС МЕЖДУНАРОДНОГО ИНВЕСТИЦИОННОГО АРБИТРАЖА: ПРИЧИНЫ, ПУТИ ВЫХОДА **138**
Евгений Евсеев

INTERNATIONAL JUSTICE

1 (41) • 2022

Founder

O. Sidorovich

Publisher

Center for Constitutional Studies Ltd.

Scientific Advisory Board

A. KOVLER, Chairman (Institute of Legislation and Comparative Law)

B. BOWRING (Birkbeck College of the University of London, UK)

L. GARLICKI (University of Warsaw, Poland)

A. KAPUSTIN (Institute of Legislation and Comparative Law)

T. NESHATAEVA (Court of the Eurasian Economic Union, Belarus)

A. NUSSBERGER (University of Cologne, Germany)

S. PUNZHIN (International Court of Justice, Netherlands)

A. USACKA (International Criminal Court (2006–2015), Latvia)

M. ENTIN (MGIMO University)

Board of Editors

D. BOKLAN (Higher School of Economics)

K. ENTIN (Court of the Eurasian Economic Union, Belarus)

A. EVSEEV (Higher School of Economics)

M. FILATOVA (Higher School of Economics)

D. KRASIKOV (Saratov State Law Academy)

I. RACHKOV (MGIMO University)

V. RUSINOVA (Higher School of Economics)

A. SOBOLEVA (Higher School of Economics)

V. STARZHNETSKY (Higher School of Economics)

M. TRUNK-FEDOROVA (Saint Petersburg State University)

Managing Editor

O. SIDOROVICH (Center for Constitutional Studies Ltd.)

Editorial Secretary

T. ZHUKOVA

Proofreaders

M. SIDOROVICH

S. USPENSKAYA

Published under the sponsorship of the



ISSN 2226-2059; e-ISSN 2541-8548

Address: 8, Shchepkin Str., Moscow, 129090, Russian Federation

Mailing Address: P. O. Box 140, Moscow, 129090, Russian Federation

Phones: +7 (495) 608-69-59; 608-66-35

E-mail: mp_journal@mail.ru

https://academia.ilpp.ru/ij/

© Center for Constitutional Studies Ltd., 2022

TRIBUNA

- HOW UNIVERSALIZED ARE “UNIVERSAL STANDARDS” OF HUMAN RIGHTS: THE CRITICAL SCHOOL OF INTERNATIONAL LAW REAPPRAISED** **3**
Andrey Medushevsky

SCRIPTORIUM**JUS HOMINUM**

- THE RIGHT TO BE FORGOTTEN: THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN SEARCH OF THE NECESSARY BALANCE** **32**
Tigran Oganessian

- DEVELOPMENT OF THE CONCEPT OF ENVIRONMENTAL HUMAN RIGHTS IN THE PRACTICE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS** **57**
Alexander Solntsev, Anastasia Otrasheskaya

- KOSOVO SPECIALIST CHAMBERS — A NEW ORGAN OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE** **79**
Andrey Antonov, Aleksandr Evseev

LEX MERCATORIA

- THE LAW GOVERNING ARBITRATION AGREEMENTS: A COMPARATIVE LAW ANALYSIS** **99**
Dmitry Kaysin, Aleksandra Aslanyan, Irina Kiz'ko

HISTORIA

- GUYANA VS. VENEZUELA: HOW THE PAST PREVENTS US FROM LIVING IN THE PRESENT INSTEAD OF A FOREWORD** **113**
Ilya Rachkov, Elizaveta Rachkova

- A FRAGMENT FROM FYODOR FYODOROVICH MARTENS' DIARY FOR 1899** **122**

ACADEMIA**SCHOLA**

- THE SYSTEMIC CRISIS OF INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: ITS REASONS AND WAYS OUT** **138**
Evgeniy Evseev

Применимое право к арбитражной оговорке: сравнительно-правовой анализ

Дмитрий Кайсин, Александра Асланян, Ирина Кизько*

Установление права, применимого к арбитражной оговорке, является острым неразрешённым вопросом в доктрине и практике международного коммерческого арбитража. Арбитражное соглашение носит автономный характер, в связи с чем участники оборота вправе самостоятельно выбрать применимое к нему право. Однако на практике контрагенты редко указывают право, применимое к арбитражной оговорке. Используя сравнительный метод, авторы проводят исследование трёх основных подходов, которые сформировались сегодня в мировой практике, и отмечают широкую палитру взглядов, случаи конкуренции между решениями судов различных государств. Как и некоторые другие государства, Российская Федерация со ссылкой на положения Нью-Йоркской конвенции 1958 года сделала однозначный выбор в пользу права места арбитража, если стороны прямо не согласовали иное. С другой стороны, большое число государств придерживается подхода, согласно которому право основного договора является правом, применимым к арбитражной оговорке. В доктрине также рассматривается возможность применения «трансграничных» норм. Авторы уделяют особое внимание практике английских судов. Так, исследуются критерии, выработанные в решении апелляционного суда 2012 года в деле *Sulamerica v. Enesa Engenharia*. В октябре 2020 года Верховный суд Великобритании, рассмотрев жалобу по делу *Enka v. Chubb*, значительно усложнил английский подход, сделав его менее прозрачным. В 2021 году, рассматривая жалобу по делу *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group* о приведении в исполнение арбитражного решения, Верховный суд Великобритании подтвердил применение данного подхода, однако его выводы о праве, применимом к арбитражному соглашению, прямо противоречат выводам французского апелляционного суда, который руководствовался иными критериями определения применимого права, рассматривая вопрос об отмене того же решения международного арбитража. Особое внимание уделено принципу валидации, суть которого сводится к толкованию арбитражного соглашения в пользу его действительности. Многие европейские правовые порядки закрепили данный принцип в качестве нормативного, и всё больше исследователей поддерживают его как ориентир при установлении применимого права. Делается вывод о том, что отсутствие единых понятных критериев для установления права арбитражной оговорки вызывает значительные затруднения, однако авторы скептически относятся к идее мирового консенсуса по данному проблемному вопросу.

→ *Применимое право; арбитражная оговорка; арбитражное соглашение; принцип валидации; право места арбитража; право основного договора*

* *Кайсин Дмитрий Валерьевич* — кандидат юридических наук, магистр права (Нью-Йоркский университет), партнёр адвокатского бюро «Рыбалкин, Горцунян и партнёры», преподаватель кафедры права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (e-mail: dkaysin@rgp.legal); *Асланян Александра Левоновна* — младший юрист в адвокатском бюро «Рыбалкин, Горцунян и партнёры», Москва, Россия (email: aaslanyan@rgp.legal); *Кизько Ирина Маратовна* — студентка МГИМО МИД России, помощник юриста в адвокатском бюро «Рыбалкин, Горцунян и партнёры», Москва, Россия (e-mail: ikizko@rgp.legal).

1. Введение

В области международного арбитража, наверное, нет ни одного вопроса, на который исследователи, законодатели и правоприменители из разных юрисдикций дали бы идентичный и однозначный ответ. В полной мере такой вывод уместен в связи с вопросом о праве, применимом к арбитражному соглашению (арбитражной оговорке).

Поводом к написанию настоящей статьи послужило решение, принятое 9 октября 2020 года Верховным судом Великобритании, по делу *Enka v. Chubb*. Судебные органы Великобритании разошлись во мнении, каким правом должна регулироваться арбитражная оговорка, если стороны прямо не сделали выбор в пользу определённой правовой системы. Изначально данный спор имеет российские корни: на ГРЭС Берёзовская, принадлежавшей ПАО «Юнипро», произошёл пожар. Страховая компания «Чабб» выплатила в связи с этим страховое возмещение и обратилась в Арбитражный суд города Москвы с иском о солидарном взыскании 26,1 млрд рублей с 11 соответчиков, включая компанию «Энка», которые отвечали за поставку оборудования и строительство ГРЭС. Арбитражный суд города Москвы применил нормы гражданского законодательства Российской Федерации о деликтной ответственности и отказал в удовлетворении иска в связи с недоказанностью всех элементов деликтной ответственности (дело № А40-131686/19)¹. Компания «Энка» в это же время обратилась в английский суд с требованием о запрете компании «Чабб» поддерживать иск в арбитражных судах Российской Федерации в связи с наличием арбитражной оговорки в контракте, заключённом между ПАО «Юнипро» (в порядке суброгации страховая компания «Чабб» получила из него права требования) и компанией «Энка». Данный контракт регулировался правом Российской Федерации, в нём содержалась арбитражная оговорка о рассмотрении споров по правилам Международной торговой палаты с местом арбитража в Лондоне, стороны прямо не предусмотрели право, применимое к арбитражной оговорке.

В настоящей статье авторы предлагают ознакомиться с мировой палитрой взглядов по данному дискуссионному вопросу, а также критически оценить английское решение по делу *Enka v. Chubb*.

2. Применимое право к арбитражному соглашению в контексте его автономности и принципа расщепления статута (фр.: *dépeçage*)

Согласно концепции *dépeçage* элементы договора могут регулироваться разными системами права². Принципы выбора, применимые к международным коммерческим договорам, принятые 19 марта 2015 года на Гаагской конференции по международному частному праву³, закрепляют данную концепцию. Такого же подхода придерживается российский законодатель в пункте 4 статьи 1210 Гражданского кодекса РФ. Он в полной мере применим к выбору права в отношении основного договора и в отношении арбитражной оговорки⁴.

¹ Решение Арбитражного суда города Москвы было оставлено без изменения судом апелляционной инстанции и не обжаловалось в кассационном порядке.

² См.: *Асосков А. В.* Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: Инфотропик Медиа, 2012.

³ Комиссия Организации Объединённых Наций по праву международной торговли. Принципы, касающиеся выбора права в международных коммерческих договорах. Вена, 29 июня — 16 июля 2015 года. URL: https://assets.uncitral.org/assets/documents/uncitral_english_text_at_a_gla.pdf (дата обращения: 22.01.2022).

⁴ См.: *Abolafia L. B.* Implied Choice of the Law Applicable to the Arbitration Agreement: The Effect on Non-Signatories in International Arbitration // *ASA Bulletin*. Vol. 37. 2019. No. 1. P. 64–81, 65.

В частности, в деле *Enka v. Chubb* Верховный суд Великобритании отметил, что английские суды зачастую придерживаются позиции, что при отсутствии веских причин все положения договора регулируются одним и тем же правом порядком⁵. Тем не менее арбитражное соглашение может быть подчинено праву иного государства, что обусловлено двумя основными причинами. *Во-первых*, арбитражная оговорка имеет иные предмет и цель по сравнению с остальными положениями договора: не установление прав и обязанностей сторон, а обеспечение механизма, с помощью которого будет разрешён спор о правах и обязанностях сторон. *Во-вторых*, арбитражное соглашение носит автономный характер⁶.

Верховный суд Великобритании также отметил, что возможность регулирования арбитражного соглашения иной системой права, чем регулирующей основной договор, косвенно признаётся исключением арбитражных соглашений из сферы действия Регламента Рим I⁷. На основании этого суд пришёл к выводу о том, что право, применимое к арбитражной оговорке, и право, применимое к остальной части договора, должны определяться независимо друг от друга⁸.

3. Подходы к разрешению вопроса о применимом праве к арбитражному соглашению

Вопрос о праве, применимом к арбитражной оговорке, не возникает, если стороны прямо сделали выбор применимого права в тексте арбитражной оговорки. Однако на практике это происходит достаточно редко⁹. В связи с этим встаёт закономерный вопрос о том, какое право должно применяться к арбитражной оговорке.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (в редакции 2006 года) (*далее* — Типовой закон) разрешает данный вопрос в контексте процедуры отмены арбитражного решения. Так, согласно подпункту «i» пункта «а» части 2 статьи 34 Типового закона основанием для отмены арбитражного решения является недействительность арбитражного соглашения по законодательству, которому стороны подчинили это соглашение, а в отсутствие такового — по законодательству страны суда, в компетенцию которого входят функции содействия и контроля (статья 6 Типового закона), то есть, как правило, суда места арбитража¹⁰.

⁵ The United Kingdom Supreme Court (*далее* — UKSC). *Enka v. Chubb* [2020] UKSC 38. Judgment of 9 October 2020. § 39.

⁶ См.: *Ibid.*

⁷ Регламент Европейского Союза от 17 июня 2008 года № 593/2008 о праве, применимом к договорным обязательствам.

⁸ UKSC. *Enka v. Chubb*. § 42: “The possibility that an arbitration agreement may be governed by a different system of law from the contract of which it forms part is also implicitly recognised by the exclusion of arbitration agreements from the scope of the Rome I Regulation, with the consequence that the law applicable to an arbitration agreement and the law applicable to the rest of the contract must be determined independently by different conflict of laws regimes”.

⁹ См.: *Born G.* International Commercial Arbitration. Alphen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2009. P. 525–526; *Koepf J., Turner D.* A Massive Fire and a Mass of Confusion: *Enka v. Chubb* and the Need for a Fresh Approach to the Choice of Law Governing the Arbitration Agreement // Journal of International Arbitration. Vol. 38. 2021. No. 3. P. 377–394, 380.

¹⁰ Мы оставляем здесь за скобками особые случаи, когда по вопросам отмены арбитражных решений себя признают компетентными иные национальные суды, например государства, чьи правовые нормы были применены составом арбитража. См. подробнее: *Айткулов Т.Д., Акрамов Р.Э., Акчурина М.А. и др.* Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений в России и странах бывшего СССР. М. : Арбитражная ассоциация, 2019. С. 596–606.

В подпункте «i» пункта «а» части 1 статьи 36 Типового закона закреплено аналогичное основание, но для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, и привязка сделана к законодательству страны, «где решение было вынесено», то есть места арбитража. Таким образом, разница в формулировках в статьях 34 и 36 Типового закона не приводит к конкуренции правовых систем по вопросу права, применимого к арбитражной оговорке — Типовой закон отсылает к праву места арбитража.

Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года (*далее* — Нью-Йоркская конвенция) так же отвечает на вопрос о праве, применимом к арбитражному соглашению. Так, подпункт «а» пункта 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции предусматривает, что в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если будет доказано, что арбитражное соглашение «недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания — по закону страны, где решение было вынесено».

Таким образом, и Нью-Йоркская конвенция, и Типовой закон устанавливают единый подход — при отсутствии соглашения сторон к арбитражному соглашению применяется право места арбитража (*lex arbitri*), которое по общему правилу совпадает с правом государства, национальный суд которого уполномочен рассматривать ходатайство об отмене.

Указанные коллизионные нормы, безусловно, полезны, но применяются на стадиях, которые следуют после принятия арбитражного решения. Таким образом, данные нормы не применяются на более ранних стадиях, например когда один государственный суд рассматривает вопросы о вынесении судебного запрета на рассмотрение спора в другом суде (англ.: *anti-suit injunction*), или при разрешении составом арбитража вопроса о недействительности арбитражной оговорки либо сферы её применения.

Кроме того, положения Типового закона и Нью-Йоркской конвенции не устанавливают, возможен ли выбор применимого права сторонами только посредством прямого волеизъявления, или выбор права может также подразумеваться. Представляется, что подразумеваемый (косвенный) выбор применимого права к арбитражному соглашению допустим¹¹. Однако даже если исходить из такого более широкого толкования приведённых норм, остаётся неясным, какой критерий должен лечь в основу определения подразумеваемого выбора сторон.

В доктрине выработаны два принципиальных подхода к определению права арбитражной оговорки: либо право места арбитража, либо право, применимое к основному договору. Кроме того, некоторые авторы придерживаются позиции, что к арбитражному соглашению применяются особые «трансграничные» нормы.

Безоговорочным приверженцем *первого подхода* является Российская Федерация. Так, при разрешении вопроса о праве, применимом к арбитражной оговорке, Пленум Верховного Суда Российской Федерации в Постановлении № 53 от 10 декабря 2019 года ссылается на подпункт «а» пункта 1 статьи V Нью-Йоркской конвенции, согласно толкованию которой:

- (1) стороны могут избрать применимое право к арбитражному соглашению;

¹¹ См.: *Consortium member A v. Consortium member B (Switzerland)*, *Polimeles Protodikio* [Court of First Instance, Multi-Judge Panel], Rodopi, Decision No. 84 of 2005 (2008) 33 YBCA 552-4.

(2) при отсутствии выбора сторонами права, применимого к арбитражному соглашению, оно подчинено праву страны, в котором вынесено или должно быть вынесено арбитражное решение в соответствии с арбитражным соглашением¹².

Аналогичного подхода придерживаются в Швеции. Национальный закон об арбитраже устанавливает, что арбитражное соглашение, которое имеет международную связь, регулируется законом, согласованным сторонами. При отсутствии соглашения сторон арбитражное соглашение регулируется законодательством страны, в которой в силу соглашения состоялось или должно состояться разбирательство¹³. В одном из дел Верховный суд Швеции постановил, что арбитражное соглашение, предусматривающее арбитраж в Стокгольме, подчиняется шведскому праву независимо от того, что стороны выбрали австрийское право в качестве права, применимого к основному договору (что могло повлечь недействительность арбитражного соглашения)¹⁴. Адептами такого подхода являются также Китай¹⁵, США, Австрия и Польша¹⁶.

Лондонский международный третейский суд в своих новых правилах сразу закрепил, что по умолчанию к арбитражной оговорке применяется право места арбитража¹⁷. Иными словами, согласовав применение Регламента Лондонского международного третейского суда (англ.: *The London Court of International Arbitration, LCIA*), стороны прямо делают выбор права соответствующего государства. Такой новаторский подход является ответом на правовую неопределённость, которая складывается в отсутствие прямого соглашения сторон, а также на те сложности, с которыми сталкиваются правоприменители в процессе установления применимого права. Некоторые институциональные правила закрепляют место арбитража по умолчанию¹⁸, большинство же оставляют данный вопрос открытым. В последнем случае и при недостижении соглашения сторонами третейского разбирательства о месте арбитража на третейском суде лежит обязанность его установить. Выбрав к применению арбитражные правила, стороны таким образом соглашаются с компетенцией состава арбитража на определение места арбитража и, как следствие, с применением к арбитражной оговорке права соответствующего государства.

В соответствии со *вторым подходом* в случае отсутствия соглашения сторон применяется право, которому подчинён основной договор.

Данный подход принят в Швейцарии, Испании, а также в Алжире. Согласно пункту 2 статьи 178 Федерального закона Швейцарии о международном частном праве ар-

¹² Пункт 27 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 декабря 2019 года № 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража». В указанном ранее деле *Enka v. Chubb* и в других Арбитражный суд города Москвы указал, что арбитражная оговорка, на которую ссылалась компания «Энка», «не охватывает настоящий спор и не распространяется на него»; суд не счёл необходимым сделать вывод о праве, применимом к спорной арбитражной оговорке (см.: Решение Арбитражного суда города Москвы от 6 мая 2020 года по делу № А40-131686/19. С. 8).

¹³ См.: Закон Швеции «Об арбитраже». Статья 48.

¹⁴ См.: The Supreme Court of Sweden. *Bulgarian Foreign Trade Bank, Ltd v. A.I. Trade Fin.* Judgment of 27 October 2000.

¹⁵ Статья 18 Закона Китайской Народной Республики «О праве, применимом к гражданским отношениям, осложненным иностранным элементом».

¹⁶ См.: *Abolafia L. B.* Op. cit. P. 74–76.

¹⁷ Пункт 16.4 Арбитражных правил Лондонского международного третейского суда в редакции 2020 года (LCIA Rules 2020).

¹⁸ См., например: Правила арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ 2017 года. § 21.

битражное соглашение действительно, если оно отвечает требованиям права, избранного сторонами, либо права, применимого к предмету спорного правоотношения, в частности — права, применимого к основному договору, либо швейцарского права¹⁹.

Практически идентичная норма содержится в Законе об арбитраже Испании. Так, пункт 6 статьи 9 Закона об арбитраже Испании устанавливает, что, «когда арбитраж является международным, арбитражное соглашение является действительным и спор может быть предметом арбитража, если выполнены требования, предусмотренные законом, выбранным сторонами для регулирования арбитражного соглашения, законом, применимым к существу спора, или испанским законодательством»²⁰.

Достаточно противоречивый подход до недавнего времени существовал в практике судов Сингапура. В 2014 году в деле *FirstLink Investments Corporate Limited v. GT Payment Pte Limited* Высший суд Сингапура пришёл к выводу, что при отсутствии выбранного сторонами применимого права к арбитражному соглашению, применяется право места арбитража²¹. В 2016 году тот же суд по делу *BCY v. BCZ* пришёл к противоположному решению: применимым правом к арбитражной оговорке, которая содержится в договоре, является право, применимое к этому договору. Данный вывод был сделан на том основании, что говорить о полном отсутствии связи (ввиду принципа отделимости арбитражного соглашения) между арбитражной оговоркой и основным договором не является корректным²². Данная позиция была также поддержана апелляционным судом Сингапура в недавнем деле *BNA v. BNB*²³.

Авторы статьи провели опрос порядка двадцати российских инхаус-юристов, работающих в крупных российских холдингах и участвующих в разработке и согласовании условий трансграничных договоров. Интервьюированным юристам мы дали выдержку из договора подряда между российским обществом и французской компанией: стандартную арбитражную оговорку МТП с местом арбитража в Мадриде и отдельный пункт договора о том, что он регулируется правом Российской Федерации. Подавляющее большинство респондентов ответили, что арбитражная оговорка подчинена праву основного договора. Они также сообщили, что при работе над договором они не указывают право, применимое к арбитражной оговорке. Такой итог, во-первых, иллюстрирует то, что российский инхаус-юрист не задумывается о проблеме права, применимого к арбитражной оговорке. Во-вторых, это свидетельствует о том, что по крайней мере российская сторона трансграничной сделки подразумевает применение к арбитражной оговорке права основного договора, то есть исходит из иного подхода, чем обязал руководствоваться Верховный Суд РФ.

Логика в таком подходе достаточно простая: предусмотрев в одной из статей договора право, регулирующее отношения из такого договора, стороны распространили действие этого правила и на статью, в которую помещена арбитражная оговорка. При этом не имеет значения принцип автономности арбитражной оговорки, который следует применять ограничительно, — тогда, когда основной договор является недействительным, ар-

¹⁹ Федеральный закон Швейцарии о международном частном праве от 18 декабря 1987 года (в ред. от 1 февраля 2021 года).

²⁰ Пункт 6 статьи 9 Закона об арбитраже Испании № 60/2003 от 23 декабря 2003 года (в ред. от 23 декабря 2003 года).

²¹ The High Court of the Republic of Singapore. *FirstLink Investments Corp Ltd v. GT Payment Pte Ltd and Others* [2014] SGHCR 12. Judgment of 9 June 2014.

²² The High Court of the Republic of Singapore. *BCY v. BCZ* [2016] SGHC 249. § 68–76.

²³ The Singapore Court of Appeal. *BNA v. BNB and another* [2019] SGCA 84.

битражная оговорка «выживает», сохраняет своё действие. Такое толкование применяется к оговоркам о разрешении споров в принципе. Так, применительно к соглашениям о выборе суда Пленум Верховного Суда РФ разъяснил: «Основания недействительности, с которыми нормы права связывают недействительность соглашения об изменении подсудности, относятся непосредственно к такому соглашению, оцениваются судом отдельно от пороков основного договора. Вместе с тем в определенных случаях основания недействительности основного договора и соглашения о подсудности могут быть идентичными (например, при установлении порока воли при заключении договора, в текст которого включено соглашение о подсудности спора, выявлении факта фальсификации договора и включенного в его текст соглашения о подсудности и об отсутствии их последующего одобрения)»²⁴.

В соответствии с *третьим подходом* при отсутствии выбора права, применимого к арбитражному соглашению, должны применяться не нормы права конкретного государства, которые определяются на основании коллизионных норм, а так называемые трансграничные нормы²⁵. При этом под «трансграничными нормами» понимаются «общие принципы и обычаи, отражающие фундаментальные требования справедливости в международной торговле и концепцию добросовестности при ведении бизнеса»²⁶ и сформированные за пределами национальных правовых систем²⁷. Возможность применения «трансграничных норм» обосновывается тем, что практика их применения к существу правоотношений сторон уже устоялась и нет оснований полагать, что они не могут также применяться и к арбитражному соглашению²⁸. По своей сути, это нормы, относимые к *lex mercatoria*. Допустимость их применения к правоотношениям между частными лицами определяется нормами национального законодательства, чаще всего — коллизионными²⁹.

Стороны могут избрать Принципы международных коммерческих договоров (*далее* — Принципы УНИДРУА) в качестве свода норм, регулирующих существо договорных отношений. Учитывая то, что арбитражное соглашение тоже является договором *sui generis*, принципы УНИДРУА могут по аналогии (или в силу правила о применимости права, регулирующего основной договор, к арбитражному соглашению) быть применимы и к арбитражной оговорке.

Однако практика применения данного подхода на сегодняшний день ограничена. Отсутствие привязки к национальному законодательству допускается, например, во Франции. В знаковом деле *Dalico* Кассационный суд Франции отметил, что арбитражное соглашение автономно при условии, что не затрагивается обязательное положение французского законодательства или международного публичного порядка, и его существование и действительность зависят только от общего намерения сторон, без необхо-

²⁴ Пункт 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 декабря 2021 года № 46 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в суде первой инстанции».

²⁵ См.: *Nazzini R.* The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles // *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 65. 2016. No. 3. P.681–703, 693.

²⁶ UKSC. *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. v. The Ministry of Religious Affairs*, Partial Award in ICC Case no. 9987. Pakistan, 2(4) *Int'l J. Arab Arb.* 337, 352 (2010); Award in ICC Case No. 4381, 113 J.D.I. (Clunet) 1102, 1104 (1986).

²⁷ См.: *Wortmann B.* Choice of Law by Arbitrators: The Applicable Conflict of Laws System // *Arbitration International*. Vol. 14. 1998. No. 2. P.101–102.

²⁸ См.: *Nazzini R.* Op. cit. P.693.

²⁹ См.: *Wortmann B.* Op. cit. P.102.

димости ссылаться на национальное законодательство³⁰. Французские суды в большинстве случаев придерживаются данного проарбитражного подхода³¹.

В Великобритании ситуация обстоит иным образом. В недавнем решении по делу *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group* Верховный суд Великобритании отклонил доводы заявителя жалобы о том, что принципы УНИДРУА могут считаться правом, применимым к арбитражному соглашению, так как эти принципы не относятся ни к одной из систем права и не могут быть признаны в качестве «права» (англ.: *law*)³².

Таким образом, наиболее популярными остаются два подхода — право основного договора и право места арбитража.

4. Эволюция подхода английских судов к разрешению вопроса о применимом праве к арбитражному соглашению (*Sulamerica case vs. Chubb case*)

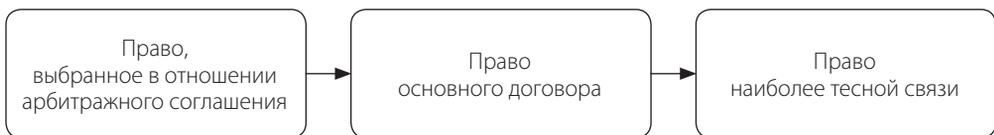
С 2012 года суды Англии и Уэльса следовали трёхступенчатому правилу, установленному в деле *Sulamerica v. Enesa Engenharia* (далее — тест *Sulamerica*), по вопросу определения права, применимого к арбитражному соглашению.

Во-первых, арбитражное соглашение регулируется правом, которое стороны прямо избрали. Такое право сторон основано на принципе делимости арбитражной оговорки от договора, в котором она содержится, и автономии воли сторон.

Во-вторых, если стороны не сделали выбор в пользу какого-либо права, применимого к арбитражному соглашению, то правоприменителю следует проанализировать договор и самостоятельно определить намерение сторон. В данном случае надлежит определить право, которому стороны предполагали подчинить арбитражное соглашение. По мнению английского апелляционного суда, «в отсутствие каких-либо указаний об обратном, прямой выбор права, регулирующего основной договор, является веским основанием полагать, в чём заключалось намерение сторон. Поэтому анализ подразумеваемого выбора применимого к арбитражному соглашению права, скорее всего, приведёт к выводу о том, что стороны намеревались подчинить арбитражную оговорку праву того же государства, что и основной договор, если нет других факторов, указывающих об обратном»³³.

В-третьих, если вышеупомянутые способы не позволяют определить применимое право, то в таком случае суд должен определить, право какого государства имеет наиболее тесную связь с арбитражным соглашением.

Sulamerica тест



³⁰ The French Court of Cassation. *Municipalité de Khoms El Mergueb v. Société Dalico*. Judgment of 20 December 1993.

³¹ См.: Коломиец А. И. Право, применимое к арбитражному соглашению: принцип валидности и основные подходы // Право и экономика. 2018. № 5. С. 72–78, 75.

³² UKSC. *Kabab-Ji (Lebanon) v. Kout Food Group (Kuwait)* [2021] UKSC 48. § 42–43.

³³ The Court of Appeal. *Sulamerica CIA Nacional de Seguros SA and Others v. Enesa Engenharia SA and Others* [2012] EWCA Civ 638. § 26.

Примечательно, что в деле *Sulamerica* апелляционный суд, несмотря на наличие оговорки о применимом бразильском праве к основному договору, всё же решил, что стороны не сделали ни прямой, ни косвенный выбор в пользу права Бразилии по следующим причинам:

1. Стороны договорились о месте арбитража (Лондон), а это означает, что у них было намерение подчинить все вопросы формальной действительности арбитражной оговорки и компетенции состава арбитража английскому праву.

2. Применение бразильского права привело бы к тому, что только одна сторона была бы вправе инициировать арбитраж, так как консорциум *Enesa Engenharia* мог обратиться в арбитраж только при наличии согласия *Sulamerica*. Таким образом, по мнению английского суда, применение бразильского права не могло быть намерением сторон³⁴.

В дальнейшем английские суды преимущественно придерживались теста в деле *Sulamerica*. Однако в конце 2020 года Верховный суд Великобритании вынес 115-страничное решение по делу *Enka v. Chubb*, в котором был предложен более сложный подход.

Суд апелляционной инстанции, применяя указанный выше тест, пришёл к выводу, что избрание сторонами Лондона в качестве места арбитража указывает на косвенный выбор права Англии³⁵. Участвовавший в рассмотрении апелляционной жалобы лорд Поплвел отметил, что прямой выбор права, применимого к арбитражной оговорке, можно найти в самой оговорке или в оговорке о применимом праве, регулирующем основной договор, или в его сочетании с условиями арбитражной оговорки. Во всех остальных случаях применимым правом является право места арбитража в качестве подразумеваемого выбора сторон, за исключением случаев, когда имеют место особые обстоятельства, свидетельствующие об обратном. Лорд Поплвел не стал применять к обстоятельствам спора третий элемент теста *Sulamerica*³⁶.

Верховный суд Великобритании также заключил, что применимым является право Англии, однако при этом использовал подход, в корне не соответствующий обоснованию апелляционного суда, хотя частично и принял первые две «ступени» теста *Sulamerica* при определении применимого права к арбитражному соглашению: 1) право, напрямую избранное сторонами (англ.: *expressed choice of law*); 2) право, применимое к основному договору, — по общему правилу считающееся косвенно избранным сторонами в отношении арбитражного соглашения (англ.: *implied choice of law*). При этом правило второй ступени может не применяться в двух случаях. Во-первых, когда имеется существенный риск того, что право основного договора влечёт за собой недействительность арбитражного соглашения. Во-вторых, когда в праве места арбитража установлено, что именно оно должно применяться к арбитражному соглашению³⁷.

Что касается условной третьей ступени, когда суд установил, что стороны ни прямо, ни косвенно не сделали выбор в пользу какого-либо правопорядка, по умолчанию при-

³⁴ См.: The Court of Appeal. *Sulamerica CIA Nacional de Seguros SA and Others v. Enesa Engenharia SA and Others*. § 29–30.

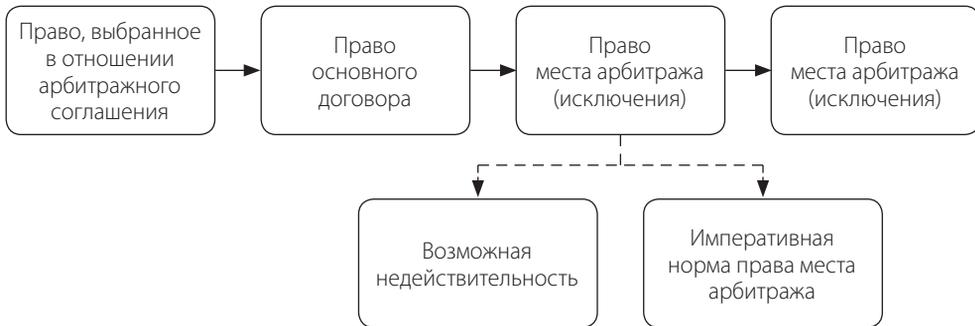
³⁵ См.: The Court of Appeal. *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO Insurance Company Chubb* [2020] EWCA Civ 574. § 109.

³⁶ См.: Ibid. § 91.

³⁷ UKSC. *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO Insurance Company Chubb* [2020] UKSC 38. Judgment of 9 October 2020. § 170: “Additional factors which may, however, negate such an inference and may in some cases imply that the arbitration agreement was intended to be governed by the law of the seat are: (a) any provision of the law of the seat which indicates that, where an arbitration is subject to that law, the arbitration will also be treated as governed by that country’s law; or (b) the existence of a serious risk that, if governed by the same law as the main contract, the arbitration agreement would be ineffective”.

менимым правом будет признано право места арбитража как имеющее наиболее тесную связь с арбитражным соглашением.

Enka тест



Следует согласиться с большинством исследователей, которые критикуют новый английский подход, считая, что Верховный суд Великобритании ещё больше «намутил воду»³⁸. Он как минимум приведёт к существенным затруднениям в установлении права, применимого к арбитражной оговорке. Например, представим ситуацию, когда английский судья разрешает вопрос о действительности арбитражного соглашения, которое содержится в договоре, подчинённом праву государства А, и предусматривает место арбитража в государстве Б. В соответствии с подходом Верховного суда Великобритании в таком случае с большой вероятностью должно применяться право государства А как косвенно выбранное по отношению к арбитражному соглашению. При этом английский судья должен проверить, применяются ли вышеуказанные исключения: во-первых, он должен исследовать положения права государства А, чтобы определить, приведёт ли его применение к недействительности арбитражного соглашения, и, если ответ положительный, применить право места арбитража. Во-вторых, если ответ отрицательный, судья далее должен оценить содержание права государства Б, а именно: есть ли в нём указание на то, что именно право места арбитража должно применяться к арбитражной оговорке³⁹.

Данное решение Верховного суда Великобритании было принято далеко не единогласно: двое из пяти судей коллегии подготовили отдельные мнения. Так, лорд Берроуз, хотя частично и согласился с большинством, пришёл к иному выводу: так как право Российской Федерации является применимым ко всему договору страхования, то оно же применяется к арбитражному соглашению⁴⁰.

Вторым прецедентным делом является дело *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group*, решение по которому Верховный суд Великобритании принял 27 октября 2021 года⁴¹, подтвердив подход, изложенный в решении по делу *Enka v. Chubb*, и оставив в силе решение суда апелляционной инстанции. Последний заключил, что, поскольку арбитражная оговорка содержится в основном договоре, подчинена английскому праву, хотя

³⁸ См., например: *Koepp J., Turner D.* Op. cit. P.378.

³⁹ См.: Akin Gump Arbitration 2020 Lecture Features Dr. Maxi Scherer on Law of the Arbitration Agreement. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=D5ZFOQmXVBA> (дата обращения: 22.01.2022).

⁴⁰ См.: Dissenting Opinion of Lord Burrows in *Enka v. Chubb* [2020] UKSC 38. Judgment of 9 October 2020. § 200–208, 228.

⁴¹ UKSC. *Kabab-Ji (Lebanon) v. Kout Food Group (Kuwait)* [2021] UKSC 48. Judgment of 27 October 2021.

и предусматривает арбитраж в Париже, должно применяться английское право⁴². В результате применения английского права к арбитражной оговорке в признании и приведении в исполнение арбитражного решения было отказано. Это дело примечательно не столько тем, что в течение года Верховный суд Великобритании повторно обратился к вопросу права, применимого к арбитражной оговорке, а тем, что суды Англии и Франции пришли к диаметрально противоположным выводам. В Англии рассматривался спор о признании и приведении в исполнение арбитражного решения, а во Франции — о его отмене. Французский апелляционный суд сделал вывод, что применимым является право места арбитража, то есть право Франции, и отказал в его отмене⁴³.

5. Влияние принципа толкования арбитражного соглашения в пользу его действительности (принцип валидации) на установление применимого к арбитражной оговорке права

В доктрине часто выделяется принцип валидации, согласно которому при толковании арбитражного соглашения приоритет должен быть отдан толкованию в пользу его действительности, так как презюмируется, что стороны не могли иметь намерение заключить соглашение, которое изначально недействительно. В данном контексте это означает, что применимо право того государства, в соответствии с которым арбитражное соглашение будет признано действительным. Профессор Гэри Борн считает, что в том числе при определении права применимого к арбитражному соглашению суды должны ориентироваться на принцип валидации, цель которого сохранить договорённость сторон относительно разрешения споров посредством арбитража. Согласно данному подходу суды должны выбрать либо применимое ко всему договору право, либо право места арбитража в зависимости от того, толкование какого из них приводит к действительности арбитражного соглашения⁴⁴.

Данный подход воспринят судами таких юрисдикций, как США⁴⁵, Австрия⁴⁶ и Швеция⁴⁷.

Принцип валидации арбитражного соглашения в некоторых странах закреплён напрямую в законе⁴⁸. Так, пункт 2 статьи 178 Федерального закона Швейцарии о международном частном праве предусматривает, что арбитражное соглашение признаётся действительным, если оно соответствует требованиям или права, избранного сторонами, или права, регулирующего предмет спора (права основного договора), или швейцарского права.

Аналогичным образом принцип валидации нашёл отражение в практике голландских судов. Однако в отличие от швейцарского подхода третьим возможным вариантом

⁴² См.: The Court of Appeal. *Kabab-Ji SAL (Lebanon) v. Kout Food Group (Kuwait)* [2020] EWCA Civ 6. Judgment of 20 January 2020. § 70.

⁴³ См.: The Court of Appeal of Paris. *Kabab-Ji (Lebanon) v. Kout Food Group (Kuwait)*. 23 June 2020. No. 17/22943.

⁴⁴ См.: *Born G.* Op. cit. P.500—501, 515.

⁴⁵ См.: *Rhone Mediterranee v. Achille Lauro*, US District Court for the District of the US Virgin Islands — 555 F. Supp. 481 (D.V.I. 1982) of 4 October 1982, § 21.

⁴⁶ См.: Judgment of Austrian Oberster Gerichtshof of 2 August 2008. 34 YBCA. § 404—405. Цит. по: *Nazzini R.* Op. cit. P.701.

⁴⁷ См.: The Swedish Supreme Court. *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v. Al Trade Finance Inc.* Judgment of 27 October 2000. Case no. T1881-99.

⁴⁸ См., например, статья 9(6) Закон об арбитраже Испании; статья 458 Гражданского процессуального кодекса Алжира.

является не национальное законодательство Королевства Нидерландов, суд которого рассматривает заявление об экзекватуре, а право места арбитража, которое может быть иным, чем голландское право⁴⁹.

Наконец, принцип валидации арбитражной оговорки «вопреки всем иным обстоятельствам» не поддерживается судами Сингапура. Так, Апелляционный суд Сингапура в деле *BNA v. BNB* прямо указал, что потенциальная возможность признания арбитражной оговорки недействительной по праву Китая не должна быть основанием для избрания иного правопорядка, который бы оставил её в силе⁵⁰.

Российские суды и доктрина пока не высказались по вопросу принципа валидации. Между тем, хотя российскому праву знаком принцип толкования арбитражной оговорки в пользу её действительности⁵¹, в свете ранее озвученной Пленумом Верховного Суда РФ чёткой позиции российская судебная практика скорее пойдёт по сингапурскому пути, и российские суды вряд ли признают арбитражную оговорку действительной, если право места арбитража диктует иной вывод.

6. Заключение

Многообразие подходов в мировой практике, а также конкуренция между решениями судов различных государств свидетельствуют о том, что сложные транснациональные коллизийные проблемы продолжают возникать и в будущем. Авторы скептически относятся к тому, что в ближайшее время удастся выработать единообразный подход, поддерживаемый большинством государств в отношении права арбитражной оговорки, так как многие полезные международные инициативы остаются только на бумаге, а многие международные договоры, разработанные по актуальным процессуальным вопросам под эгидой уважаемых международных организаций, так и не вступили в силу⁵².

Библиографическое описание:

Кайсин Д., Асланян А., Кизько И. Применимое право к арбитражной оговорке: сравнительно-правовой анализ // Международное правосудие. 2022. № 1 (41). С. 99–112.

⁴⁹ См.: *Koepp J., Turner D.* Op. cit. P.388.

⁵⁰ См.: The Singapore Court of Appeal. *BNA v. BNB and another* [2019] SGCA 84. § 104.

⁵¹ Пункт 9 статьи 7 Закона № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» и пункт 8 статьи 7 Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

⁵² Например, Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года или Гаагская конвенция в отношении соглашений о выборе суда 2005 года.

The law governing arbitration agreements: a comparative law analysis

Dmitry Kaysin

Candidate of Sciences (Ph.D.) in Law, LL.M. (New York University), Partner at Rybalkin, Gortsunyan and Partners Advocates, Lecturer at Law School of Higher School of Economics University, Moscow, Russia (e-mail: dkaysin@rgp.legal).

Aleksandra Aslanyan

Junior Associate at Rybalkin, Gortsunyan and Partners Advocates, Moscow, Russia (e-mail: aaslanyan@rgp.legal).

Irina Kiz'ko

Student at Moscow State Institute of International Relations, Paralegal at Rybalkin, Gortsunyan and Partners Advocates, Moscow, Russia (e-mail: ikizko@rgp.legal).

Abstract

Determining the law applicable to an arbitration clause is a controversial issue in international commercial arbitration doctrine and practice. An arbitration agreement is of an autonomous nature and, therefore, the parties to the transaction are free to choose the law applicable to it. In practice, however, counterparties very rarely specify the law governing the arbitration clause. By applying a comparative method, the authors examine three main approaches which have emerged in the international arena, noting a wide variety of views and numerous instances of competition between the decisions of courts in different jurisdictions. Like some other jurisdictions, by reference to the provisions of the 1958 New York Convention, the Russian Federation has expressly opted for the law of the place of arbitration unless the parties have expressly agreed otherwise. On the other hand, a large number of jurisdictions have taken the approach that the law of the underlying contract is the law applicable to the arbitration agreement. The article also deals with the possibility of applying “cross-border” rules to the arbitration agreement. The authors examine in detail the practice of English courts. Thus, the authors study the criteria elaborated in the 2012 judgment of the appellate court in *Sulamerica v. Enesa Engenharia*. In the course of review of a complaint filed in another case, *Enka v. Chubb*, in October 2021, the UK Supreme Court added complexity to the English approach by making it less clear. Also in 2021 in its ruling in *Kabab-Ji SAL v. Kout Food Group* on enforcement of an arbitral award, the UK Supreme Court confirmed this approach, but its conclusions on the law applicable to an arbitration agreement were at odds with the conclusions of a French appellate court which was guided by a different test while considering an application to set aside the same arbitral award. Particular attention is paid to the validation rule, which is directed to the construction of an arbitration agreement in favor of its validity. Many European jurisdictions have enacted this approach as a law, and more and more researchers support it as a baseline in determining the governing law. The authors conclude that the absence of uniform and comprehensible criteria for establishing the law governing an arbitration agreement causes considerable difficulties and remain sceptical about the idea of an international consensus on this problematic issue.

Keywords

applicable law; arbitration agreement; validation principle; *lex arbitri*; law governing the main contract.

Citation

Kaysin D., Aslanyan A., Kiz'ko I. (2022) Primenimoe parvo k arbitrazhnoy ogovorkе: sravnitel'no-pravovoy analiz [The law governing arbitration agreements: a comparative law analysis]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 12, no. 1, pp. 99–112. (In Russian).

References

Abolaña L. B. (2019) Implied Choice of the Law Applicable to the Arbitration Agreement: The Effect on Non-Signatories in International Arbitration. *ASA Bulletin*, vol. 37, no. 1, pp. 64–81.

- Asoskov A. V. (2012) *Kollizionnoe regulirovanie dogovornykh obyazatel'stv* [Conflict of laws regulation of contractual obligations], Moscow: Infotropik Media. (In Russian).
- Born G. (2009) *International Commercial Arbitration*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Koepp J., Turner D. (2021) A Massive Fire and a Mass of Confusion: *Enka v. Chubb* and the Need for a Fresh Approach to the Choice of Law Governing the Arbitration Agreement. *Journal of International Arbitration*, vol. 38, no. 3, pp. 377–394.
- Kolomiets A. I. (2018) Pravo, primenimoe k arbitrazhnomu soglasheniyu: printsip validnosti i osnovnye podkhody [Law applicable to the arbitration agreement: the validation principle and the main approaches]. *Pravo i ekonomika*, no. 5, pp. 72–78. (In Russian).
- Nazzini R. (2016) The Law Applicable to the Arbitration Agreement: Towards Transnational Principles. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65, no. 3, pp. 681–703.
- Wortmann B. (1998) Choice of Law by Arbitrators: The Applicable Conflict of Laws System. *Arbitration International*, vol. 14, no. 2, pp. 97–114.