Что делать с арбитражными оговорками после 1 сентября 2016 г.

01.11.2016 НОВОСТИ КОМПАНИЙ СТАТЬИ



1 сентября 2016 г. вступили в силу изменения, внесенные в законодательство об арбитраже, принятые в конце 2015 г. (Далее — совместно «Новое законодательство об арбитраже», в частности: Федеральный закон от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее — Новый закон о внутреннем арбитраже); Федеральный закон от 29.12.2015 № 409-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона "О саморегулируемых организациях" в связи с принятием Федерального закона "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации"» (далее — Сопутствующий закон). В Сопутствующем законе, в частности, содержатся изменения, внесенные в Закон РФ от 07.07.1993 № 5338–1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о МКА, Новый закон о МКА) и в статьи АПК РФ, которые касаются третейского разбирательства (далее — Новая редакция АПК РФ)). В какие третейские суды теперь передавать споры? Что делать с ранее заключенными арбитражными соглашениями? Арбитрабельны ли корпоративные споры? Владимир Хвалей отвечает на эти и другие вопросы.

Владимир Хвалей, председатель правления Арбитражной ассоциации, партнер «Бейкер и Макензи»

Что поменялось с 1 сентября 2016 г.

Регистрация постоянно действующих арбитражных учреждений

До 1 сентября 2016 г. не существовало практически никаких ограничений по созданию третейского суда. Три юриста могли вечером посидеть в кафе и создать третейский суд, при этом один из них мог быть его учредителем, второй — генеральным секретарем, а третий — арбитром. А некоммуникабельный юрист мог сделать это и вовсе не выходя из собственного кабинета, приняв на себя все три роли. Для создания третейского суда требовалось лишь утвердить его регламент и затем уведомить государственный арбитражный суд о создании такового (причем несоблюдение последней процедуры не влияло на действительность решений, принятых составом подобного арбитража). С учетом того, что решение такого

третейского суда имеет ту же силу, что и решение государственного суда, нашлось достаточно много креативных юристов, которые стали использовать третейское разбирательство не по назначению.

Для исключения злоупотреблений в данной сфере новое законодательство об арбитраже вводит определенные требования (Новый закон о внутреннем арбитраже, ст. 44) в отношении учреждения и деятельности российских постоянно действующих арбитражных учреждений (ПДАУ). Так, они могут создаваться только при некоммерческих организациях (Кроме того, в ч. 2 ст. 44 Нового закона о внутреннем арбитраже также приведен перечень организаций, которые не могут создавать арбитражные учреждения), которые получили от Правительства РФ право на осуществление функций ПДАУ (Новый закон о внутреннем арбитраже, ст. 44). Правительство РФ принимает решение на основании рекомендаций Совета по совершенствованию третейского разбирательства при условии соблюдения ряда требований (Новый закон о внутреннем арбитраже, ст. 44 (8)). В частности, необходимо, чтобы:

1. была представлена достоверная информация о некоммерческой организации, при которой создается ПДАУ, и об ее учредителях;

2. такая организация имела соответствующую репутацию и финансовое положение для обеспечения создания и деятельности арбитражного учреждения, а также вела деятельность,направленную на развитие арбитража;

3. представленные правила ПДАУ должны соответствовать законодательным требованиям;

4. ПДАУ имело рекомендованный список арбитров, включающий не менее 30 арбитров, из них не менее 50% — с опытом работы 10 и более лет в качестве арбитра или федерального судьи, и не менее 30% — с российской научной степенью по профильным специальностям.

ПДАУ должны получить право на осуществление функций ПДАУ в течение года с момента

введения Правительством соответствующей процедуры. В противном случае они не смогут администрировать споры, а также выполнять отдельные функции по администрированию арбитража ad hoc (Там же, ст. 52 (13), 44 (20)).

Международный коммерческий арбитражный суд и Морская арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате РФ (МКАС и МАК, соответственно) не должны получать такое разрешение (Там же, ст. 44 (1)).

Иностранные арбитражные учреждения, напротив, также должны получить от Правительства РФ право на рассмотрение споров в России, однако указанные выше требования к ним неприменимы. Единственное, чего требует закон, — это подтвердить, что они имеют «широко признанную международную репутацию» (Там же, ст. 44 (12)). Кроме того, иностранные арбитражные учреждения могут признаваться ПДАУ только при условии получения им права на осуществление функций ПДАУ. Если иностранное арбитражное учреждение не получит такого права, это повлечет за собой определенные последствия. Во-первых, такое учреждение не сможет рассматривать на территории РФ споры, которые могут разрешаться только в институциональном арбитраже (к примеру, корпоративные). Кроме того, решение арбитража, вынесенное в РФ в споре по регламенту иностранного арбитражного учреждения, не получившего права на осуществление функций ПДАУ в соответствии с Новым законодательством об арбитраже, будет считаться решением арбитража ad hoc (Там же, ст. 44 (3)). Это означает, что стороны не смогут исключить возможность подачи в государственный суд заявлений об отводе арбитра (Новый закон о МКА, ст. 13 (3); Новый закон о внутреннем арбитраже, ст. 11 (4)), о прекращении полномочий арбитра в случае его или ее неспособности участвовать в рассмотрении спора (Новый закон о МКА, ст. 14 (2); Новый закон о внутреннем арбитраже, ст. 14 (1)), об оспаривании арбитражного решения третейского суда о наличии у него компетенции (Новый закон о МКА, ст. 16 (3); Новый закон о внутреннем арбитраже, ст. 16 (3)), об оспаривании арбитражного решения (Новый закон о МКА, ст. 34 (1); Новый закон о внутреннем арбитраже, ст. 40). Более того, сторонам придется договориться о хранении

материалов дела арбитража в ПДАУ в течение пяти лет с момента прекращения арбитража (Согласно ст. 39 Нового закона о внутреннем арбитраже при отсутствии соглашения сторон по данному вопросу состав арбитров должен передать материалы арбитражного дела в суд, в компетенцию которого входит рассмотрение заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения в рамках соответствующего арбитража).

Изменение сферы действия закона о МКА

В соответствии с действующим Законом о МКА на рассмотрение международного арбитража могут передаваться споры:

- между российскими и иностранными компаниями;
- между российскими юридическими лицами, где единственной связью с иностранным правопорядком является тот факт, что одна из сторон спора — российская компания с иностранными инвестициями (Закон о МКА, ст. 1(2)).

Вторая категория споров исключена из сферы применения Нового закона о МКА.

Таким образом, с 1 сентября 2016 г. споры между российскими компаниями с иностранными инвестициями и российскими компаниями, которые не имеют связи с иностранным правопорядком (Например, когда значительная часть обязательств, вытекающих из отношений сторон, должна быть исполнена за границей или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора, находится за границей (ч. 3 ст. 1 Нового закона о МКА)) и не связаны с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации (В соответствии с ч. 5 ст. 1 Нового закона о МКА он также применяется к спорам, возникшим в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации или российских инвестиций за границей), должны регулироваться новым Законом «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (См.: Новый закон о МКА, ст. 1), то есть

относиться к внутреннему арбитражу.

Корпоративные споры

Новое законодательство об арбитраже, скорее всего, положит конец саге о корпоративных спорах, которая началась с известным делом «Максимов против НЛМК» (Карточка дела: http://kad.arbitr.ru/Card/b808f500-dab4-43d7-ad6c-422080163f0e) и создала почву для многочисленных споров по поводу того, арбитрабельны ли корпоративные споры. Новое законодательство четко указывает, какие из корпоративных споров являются неарбитрабельными19. При этом арбитрабельность корпоративных споров условна и зависит от категории споров. Первый тип арбитрабельных корпоративных споров — это *гражданско-правовые споры между договаривающимися сторонами, которые не оказывают влияния на третьих лиц или на само юридическое лицо*. К таковым относятся, в частности, споры по договорам о купле-продаже акций (Такие споры перечислены в п. 2 и 6 ст. 225.1 (1) Новой редакции АПК РФ). Второй тип арбитрабельных корпоративных споров — это *все иные арбитрабельные корпоративные споры, которые могут затрагивать интересы других участников, самого юридического лица или третьих лиц*. К таковым относятся в основном споры по поводу акционерных соглашений и договоров о совместной деятельности.

Споры в сфере госзакупок

Споры в сфере госзакупок объявлены неарбитрабельными до вступления в силу федерального закона, устанавливающего порядок определения ПДАУ, которое вправе администрировать споры, вытекающие из указанных отношений (Там же, ст. 33; Сопутствующий закон, ст. 13 (8)).

В какие третейские суды можно передавать споры с 1 сентября 2016 г.

Начиная с 1 сентября 2016 г. арбитражные учреждения должны создаваться в порядке, установленном Новым законодательством об арбитраже (Новый закон о внутреннем

арбитраже, ст. 52 (11)). Для уже созданных арбитражных учреждений определен срок приведения их деятельности в соответствие с новыми правилами (Такой срок составляет 1 год со дня установления Правительством РФ порядка предоставления права на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения. — Новый закон о внутреннем арбитраже, ст. 52 (13). Порядок определен Постановлением Правительства РФ от 25.06.2016 № 577 «Об утверждении Правил предоставления права на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения и Положения о депонировании правил постоянно действующего арбитражного учреждения». Правила предоставления права на осуществление функций ПДАУ вступают в силу 1 ноября 2016 г.). В течение этого времени они вправе администрировать споры.

Арбитражное учреждение, которое по истечении установленного срока не будет соответствовать новым правилам, не сможет далее осуществлять деятельность по администрированию арбитража (Новый закон о внутреннем арбитраже, ст. 52 (13)). При этом незаконченные споры продолжают администрироваться как в арбитраже ad hoc, если стороны не договорятся об иной процедуре разрешения спора и если арбитражное соглашение не станет неисполнимым (Там же, ст. 52 (16)).

Деятельность учреждения, которое продолжает рассматривать споры в отсутствие права на осуществление функций ПДАУ по истечении указанного срока, подлежит прекращению, а решения третейских судов, принятые в рамках арбитража, администрируемого с указанными нарушениями, считаются принятыми с нарушением процедуры арбитража (Там же, ст. 52 (15)).

Во избежание указанных последствий можно дать некоторые рекомендации по передаче третейских споров в арбитраж.

Внутренние споры (не корпоративные и не в сфере госзакупок)

МКАС

Ввиду особого положения, согласно Новому законодательству об арбитраже, МКАС гарантированно имеет право осуществлять администрирование споров. Таким образом, передача споров в МКАС позволит избежать неопределенности в части каких-либо проблем с получением права на администрирование от Правительства РФ. В Новом законе о МКА прямо предусмотрено, что МКАС будет вправе администрировать и внутренний арбитраж (Положение о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, п. 1; Приложение 1 к Новому закону о МКА).

Арбитражные учреждения, соответствующие критериям нового законодательства

Заключение арбитражных соглашений, предусматривающих разрешение споров иными арбитражными учреждениями, несет в себе определенный элемент риска. В настоящее время сложно предположить, какие из существующих арбитражных учреждений получат право на осуществление функций ПДАУ, поскольку порядок предоставления права помимо объективных критериев включает также определенный элемент субъективизма.

Наименее рискованным является включение арбитражных оговорок, предусматривающих передачу споров на разрешение третейских судов, созданных при некоммерческих организациях (например, при РАА или РСПП). Третейским судам, созданным при коммерческим организациях или иных лицах, придется пройти сложный процесс трансформации, и нет гарантий, что он окажется успешным.

Арбитражные учреждения, не подпадающие под критерии нового законодательства

Наиболее рискованным является заключение арбитражных соглашений, предусматривающих передачу споров на разрешение всякого рода «карманных» третейских судов, то есть судов, созданных при различных коммерческих организациях. Несмотря на то, что многие из них предпримут попытку преобразования в третейские суды при некоммерческих организациях, прошлая репутация «карманного» суда может оказаться

не в их пользу при решении вопроса о предоставлении права на осуществление функций ПДАУ.

Еще более существенный риск представляет собой передача споров на разрешение в третейские суды, которые мимикрируют под государственные. Их можно легко опознать по использованию в наименовании таких слов, как «Федеральный...», «Верховный...», «... г. Москвы», а в деятельности — символики и атрибутики, например, герба РФ, мантий и пр. Все это создает у неквалифицированных пользователей иллюзию того, что данные третейские суды каким-то образом связаны с государственными. Поскольку реформа третейского законодательства изначально имела целью борьбу с обеими категориями третейских судов, пройти через новое «сито» смогут немногие из них.

Третейские суды ad hoc (В переводе с лат. — «особенно для этого», «только для этого случая», «специальный» (то есть третейский) суд, созданный для разрешения конкретного спора)

В России третейские суды ad hoc до сих пор не стали популярными, за исключением редких случаев, когда их решения использовались в ситуации, явно отдающей криминалом. В отличие от Китая, где проблему третейских судов ad hoc решили кардинальным образом, вообще запретив их, в нашей стране законодатели решили оставить данную историческую форму третейского разбирательства, лишив ее, однако, возможности рассматривать корпоративные споры.

В силу этого споры (за исключением указанных) по-прежнему можно передавать на рассмотрение в третейский суд ad hoc. Однако, вряд ли стоит рекомендовать использовать данную форму в «чистом виде» из-за сложности ее использования в реальных спорах. Более практичной представляется передача спора в арбитраж ad hoc, администрируемый ПДАУ (Например, http://arbitrations.ru/dispute-resolution/arbitration-rules.php после получения соответствующего разрешения).

Внутренние (корпоративные) споры

Корпоративные споры первого типа (договоры купли-продажи акций и пр.)

Подобные споры могут быть переданы на рассмотрение в третейский суд при условии соблюдения двух условий:

1. арбитражные соглашения по ним могут быть заключены не ранее 1 февраля 2017 г., в противном случае они считаются неисполнимыми (Сопутствующий закон, ст. 13 (7));

2. такие споры могут рассматриваться только в рамках арбитража, администрируемого ПДАУ (Новая редакция АПК РФ, ст. 225.1(5); Новый закон о внутреннем арбитраже, ст. 45 (7)).

Корпоративные споры второго типа (договоры акционеров и пр.)

Вдобавок к указанным условиям для корпоративных споров первого типа в отношении корпоративных споров второго типа установлены дополнительные условия, а именно:

- арбитражное соглашение в таких спорах должно быть заключено между юридическим лицом, всеми его участниками, а также иными лицами, которые в этих спорах являются истцами или ответчиками. Такое арбитражное соглашение может быть, при соблюдении ряда условий, заключено путем его введения в устав юридического лица (за исключением акционерных обществ с числом акционеров свыше 1 тыс. или публичных акционерных обществ) (Новая редакция АПК РФ, ст. 225.1 (3));

- арбитражные учреждения, которые администрируют такие споры, должны иметь специальные правила по администрированию корпоративных споров, утвержденные и депонированные в соответствии с требованиями закона (Там же; Новый закон о внутреннем арбитраже, ст. 45 (7)). Для МКАС законодательно установлена обязанность до 1 февраля 2017 г. утвердить, разместить на своем сайте и депонировать правила

рассмотрения споров, соответствующие требованиям закона, в том числе правила разрешения корпоративных споров. В настоящее время разработан проект такого регламента, который по своей юридической технике, скорее всего, станет приложением к основному регламенту. Проект регламента для рассмотрения корпоративных споров был разработан в РАА;

местом арбитража должна быть Российская Федерация (Там же, ст. 225.1 (3)).

Международные споры

Международные коммерческие споры (не корпоративные и не в сфере госзакупок)

С 1 сентября 2016 г. можно, как раньше, передавать на рассмотрение в иностранное арбитражное учреждение любые споры. При этом арбитраж может находиться как в Российской Федерации, так и за ее пределами.

Также нужно учитывать, что в случае администрирования спора с местом проведения арбитража в России иностранным арбитражным учреждением такое разбирательство (для целей нового законодательства) будет рассматриваться в качестве арбитража ad hoc. С практической точки зрения это будет означать всего лишь то, что арбитры должны будут депонировать вынесенное арбитражное решение в российских государственных судах, как этого требует закон (Новый закон о внутреннем арбитраже, ст. 39. Стороны также вправе договориться об осуществлении хранения в ПДАУ).

Международные корпоративные споры в отношении иностранного юридического лица

Новое законодательство о третейских судах не вводит специального регулирования для администрирования корпоративных споров в отношении иностранного юридического лица. Такие споры могут свободно передаваться на рассмотрение как в российские или иностранные арбитражные учреждения, так и в арбитраж ad hoc с местом арбитража в России или за ее пределами.

Международные корпоративные споры в отношении российского юридического лица

Корпоративные, в том числе международные, споры первого типа (договоры купли-продажи акций и пр.) должны рассматриваться в институциональном арбитраже (Новый закон о внутреннем арбитраже, ст. 45(7); Новая редакция АПК РФ, ст. 225.1(3)), т. е. в ПДАУ, получившем право осуществлять администрирование споров в Российской Федерации согласно новым правилам. Иностранное арбитражное учреждение, не получившее право на осуществление функций ПДАУ на территории РФ, не будет считаться ПДАУ для целей нового законодательства об арбитраже. Это означает, что решения, принятые таким иностранным арбитражным учреждением по корпоративному спору (с местом проведения арбитража как в России, так и за ее пределами), будут рассматриваться как решения арбитража ad hoc (Там же, ст. 44(3)), а следовательно, подлежать отмене или не подлежать признанию и приведению в исполнение на территории России как вынесенные с нарушением правил об условной арбитрабельности таких споров.

В настоящее время ни одно из известных иностранных арбитражных учреждений (например, ICC, LCIA, SCC, SIAC и т. д.) не выразило намерение обратиться к Правительству РФ за получением права на осуществление функций ПДАУ, поэтому передача корпоративного спора в отношении российского юридического лица на разрешение в иностранное арбитражное учреждение представляется крайне рискованной (если, конечно, не существует возможности исполнить такое решение за пределами РФ).

Еще менее вероятным представляется то, что какое-либо иностранное арбитражное

учреждение будет разрабатывать специальный регламент для разрешения международных корпоративных споров второго типа (договоры акционеров и пр.). В связи с этим также следует избегать передачи подобных споров на рассмотрение в иностранные арбитражные учреждения, если исполнение решений предполагается в России.

Что делать с ранее подписанными арбитражными соглашениями

Внутренний арбитраж (не корпоративный и не в сфере госзакупок)

Действительность заключенных ранее арбитражных соглашений определяется по законодательству, действовавшему на дату заключения соответствующих соглашений (Новый закон о внутреннем арбитраже, ст. 52 (4)). Споры по таким соглашениям могут рассматриваться как указанными в них арбитражными учреждениями, так и их правопреемниками (в случае, когда само учреждение не отвечает требованиям Нового законодательства об арбитраже) в соответствии с их наиболее применимыми правилами (Там же, ст. 52 (6)). По истечении установленного срока арбитражные учреждения, не получившие разрешения со стороны Правительства РФ (Там же, ст. 52 (13)), будут не вправе рассматривать споры на территории России. Соответственно, по смыслу Нового законодательства об арбитраже такие соглашения, скорее всего, будут рассматриваться как неисполнимые.

С момента утверждения и опубликования правил постоянно действующего арбитражного учреждения МКАС ТПП РФ будет являться правопреемником Третейского суда для разрешения экономических споров при ТПП РФ (Положение о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, п. 8; Приложение 1 к Новому закону о МКА). Таким образом, с этого момента МКАС сможет рассматривать внутренние споры на основании арбитражных соглашений о передаче таковых в указанный третейский суд в соответствии с наиболее применимыми правилами МКАС (Новый закон о внутреннем арбитраже, ст. 52 (6)).

Международный арбитраж (не корпоративные споры и не споры в сфере госзакупок)

Заключенные ранее арбитражные соглашения о передаче споров в международный коммерческий арбитраж сохраняют силу и не могут быть признаны недействительными, если не соответствуют новым правилам. Исключения (когда введенные Новым законодательством об арбитраже обязательные для сторон правила влекут за собой недействительность / изменение условий таких арбитражных соглашений) должны быть прямо предусмотрены законодательными актами, измененными Сопутствующим законом (Сопутствующий закон, ст. 13 (13), 13 (14) и 13 (21)). Возможность передачи споров в международный коммерческий арбитраж определяется согласно законодательству, действовавшему на дату заключения соответствующих соглашений (Там же, ст. 13 (19)). Таким образом, споры по арбитражным соглашениям будут рассматриваться указанными в них арбитражными учреждениями.

Если указанное в оговорке арбитражное учреждение не соответствует требованиям Нового законодательства об арбитраже, то при наличии у него правопреемника, соответствующего таким требованиям, спор будет рассматриваться последним (согласно наиболее применимым правилам учреждения-правопреемника, там же, ст. 13 (22)).

МКАС

В случае заключения арбитражных соглашений на передачу споров в МКАС прямо предусмотрена компетенция последнего рассмотреть споры по таким соглашениям, которые могли быть разрешены в порядке международного коммерческого арбитража в соответствии с Законом о МКА, действовавшим на момент их заключения (Положение о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, подп. 2 п. 4; Приложение 1 к Новому закону о МКА). Кроме того, новые правила МКАС должны предусматривать осуществление администрирования споров согласно ранее заключенным арбитражным соглашениям, а также порядок применения новых (измененных) правил в отношении заключенных ранее арбитражных

соглашений и начатого ранее арбитража (Новый закон о внутреннем арбитраже, ст. 52 (12)).

В отношении разбирательств, инициированных до 1 февраля 2017 г., МКАС обязан предусмотреть в новых (измененных) правилах порядок их применения к начатому ранее арбитражу (Там же, ст. 52 (12)).

Иностранные арбитражные учреждения

Иностранное арбитражное учреждение, которое не получит от Правительства РФ права на осуществление функций ПДАУ, не будет рассматриваться в качестве ПДАУ (Там же, ст. 44 (3)). Вместе с тем отсутствие статуса ПДАУ у иностранного арбитражного учреждения никак не повлияет на возможность администрирования им споров по ранее заключенным арбитражным соглашениям (за исключением корпоративных споров и споров в сфере госзакупок).

Внутренний и международный арбитраж (корпоративные споры и споры в сфере госзакупок)

В Новом законодательстве об арбитраже прямо указано, что арбитражные соглашения о передаче в арбитраж корпоративных споров могут заключаться не ранее 1 февраля 2017 г., а ранее заключенные арбитражные соглашения считаются неисполнимыми (Сопутствующий закон, ст. 13 (7)). Поскольку законодатель достаточно четко определил, что споры в сфере госзакупок могут быть предметом арбитража в порядке, предусмотренном специальным законом (которого пока нет), предсказать судьбу подобных арбитражных соглашений до принятия закона сложно. Скорее всего, подобные споры будут признаваться судами неарбитрабельными в связи с отсутствием необходимого регулирования.

Статья была опубликована в Legal Insight. 2016. №8.