«Игра в кальмара» по-русски?

17.02.2022 СТАТЬИ

Одним из важных событий в сфере трансграничных споров года стало решение ВС РФ по делу «Уралтрансмаш» против ПЕСА. 9 декабря 2021 г. Верховный Суд РФ подтвердил достаточность факта введения санкций в отношении российского лица для переноса спора с его участием из зарубежных судов и арбитражей в Россию. Позиция высшей судебной инстанции означает начало жесткой игры на выживание для контрактов с подсанкционными лицами, в частности, для оговорок о передаче споров на разрешение международному арбитражу, которые фактически стали необязательны к исполнению. Но есть ли у таких оговорок хоть какие-то шансы «остаться в живых»?

Правила игры

В июне 2020 г. в АПК РФ были внесены изменения с целью предоставления подпавшим под антироссийские санкции лицам дополнительной защиты в виде возможности переноса споров из зарубежных юрисдикций в Российскую Федерацию (*Федеральный закон от 08.06.2020 No 171-ФЗ.*). В результате этого в АПК РФ появились две новые статьи — 248.1 и 248.2, содержание которых сводится к следующему.

По общему правилу у российских арбитражных судов теперь есть исключительная компетенция на рассмотрение любых споров с участием подсанкционных лиц. То есть спор, в котором участвует подсанкционное лицо, в соответствии с АПК РФ автоматически подпадает под юрисдикцию российских судов и может рассматриваться в России.

При этом закон все же допускает наличие у сторон возможности договориться о передаче

таких споров в иностранный государственный суд или в международный коммерческий арбитраж, находящийся за пределами территории РФ. В таком случае общее правило об исключительной компетенции российских судов применяться не должно.

Однако из этого правила есть одно важное исключение. Если соглашение сторон о передаче споров за рубеж будет признано неисполнимым по при- чине санкций, которые создают подсанкционному лицу препятствия в доступе к правосудию, то правило об исключительной компетенции российских судов в отношении споров с подсанкционными лицами заработает вновь, а значит, такие споры можно будет перенести в российские суды.

В этом случае подсанкционное лицо, в отношении которого процесс за рубежом уже начат или может быть начат в будущем, вправе обратиться в российский суд с требованием запретить другой стороне начинать или продолжать процесс в иностранном государственном суде или арбитраже за пределами территории Российской Федерации (фактически аналог английского anti-suit injunction), а также попросить назначить штраф в размере до 100 % от суммы иска, заявленного за рубежом, на случай, если такое решение российского суда не будет исполнено.

Сами поправки и формулировки статей вызвали в юридическом и бизнес-сообществе немало вопросов, основным среди которых стал вопрос о том, каких препятствий достаточно для признания соглашения о передаче споров за рубеж неисполнимым и переноса таковых в Россию.

До недавнего времени в отношении данного вопроса существовали две противоположные позиции судов. Так, московские суды полагали, что факта введения санкций достаточно для применения поправок и, соответственно, переноса спора в Россию. Региональные суды, напротив, требовали предоставления доказательств реального ограничения лица в доступе к правосудию за рубежом из-за санкций.

«Уралтрансмаш» против ПЕСА: «бег с препятствиями»

Спор судов разрешила Экономическая коллегия Верховного Суда РФ в рамках дела «Уралтрансмаш» против ПЕСА» (No А60–36897/2020). «Уралтрансмаш» (дочернее предприятие «Уралвагонзавода») заключило с польской компанией ПЕСА Быдгощ контракт на поставку трамваев, который содержал арбитражную оговорку Стокгольмского арбитра- жа (SCC). ПЕСА подала в стокгольмский арбитраж иск о взыскании долга со ссылкой на неисполнение «Уралтрансмашем» обязательств по оплате по до- говору поставки. «Уралтрансмаш» принял участие в арбитражном разбирательстве, но в то же время заявил в АС Свердловской области требование о признании арбитражной оговорки неисполнимой в связи с препятствиями в доступе к правосудию и о запрете ПЕСА продолжать разбирательство в Стокгольмском арбитраже (то есть попросил anti- suit injunction).

Суды нижестоящих инстанций отказали в удовлетворении требований «Уралтрансмаша» в связи с отсутствием доказательств наличия препятствий в доступе к правосудию в Стокгольмском арбитраже. Однако «Уралтрансмаш» обратился в Верховный Суд РФ с кассационной жалобой, которая была передана на рассмотрение в Судебную коллегию ВС РФ.

В результате рассмотрения жалобы 9 декабря 2021 г. Верховный Суд РФ вынес определение, в котором указал, что само по себе применение мер ограничительного характера (санкций) уже создает российской стороне препятствия в доступе к правосудию, в силу чего для перевода спора с подсанкционным лицом под юрисдикцию российских арбитражных судов достаточно его одностороннего волеизъявления.

Принятие данного определения означает, что теперь любой спор с участием лица, в отношении которого приняты международные санкции, потенциально может быть передан на рассмотрение в российские государственные суды (даже несмотря на наличие в контракте арбитражной оговорки).

При этом в отношении текущих процессов за рубежом российским судом могут быть вынесены запреты на их продолжение (anti-suit injunctions). Отдельно доказывать наличие препятствий в доступе к правосудию для этого не требуется.

Fair play

Для большинства международных контрактов с подсанкционными лицами позиция высшей судебной инстанции фактически означает, что договоренности сторон о разрешении споров в международном арбитраже необязательны к исполнению. Между тем, у контрагентов подсанкционных лиц все же остались способы обеспечить передачу споров в арбитраж.

Выбор правильного арбитража. Исходя из формулировки ст. 248.1 АПК РФ, антисанкционные поправки нацелены на ограничение рассмотрения споров исключительно в иностранных судах и в международном коммерческом арбитраже, находящемся за пределами территории Российской Федерации.

Несмотря на то что формулировка закона в данной части не идеальна, представляется, что изменения, внесенные в АПК РФ, в частности в ч. 4 ст. 248.1 АПК РФ о препятствиях в доступе к правосудию, не должны применяться к международному коммерческому арбитражу с местом (seat of arbitration) на территории Российской Федерации.

Исходя из этого, если соглашение с подсанкционным лицом предусматривает передачу споров на рассмотрение арбитража с местом проведения в Российской Федерации, то велика вероятность того, что другая сторона в принципе не сможет ссылаться на поправки.

С точки зрения институционального арбитража идеальным выбором будут российские арбитражные институты, получившие статус постоянно действующих арбитражных учреждений (ПДАУ), такие как МКАС при ТПП РФ, Российский арбитражный центр при Российском институте современного арбитража и Арбитражный центр при РСПП. Если выбирать российские институты для разрешения споров по тем или иным причинам не хочется, можно обратить внимание на иностранные институты со статусом ПДАУ. Среди них

отдельно можно отметить Гонконгский (Hong Kong International Arbitration Centre, HKIAC) и Сингапурский (Singapore International Arbitration Centre, SIAC) международные арбитражные центры, получившие от Минюста России статус постоянно действующих арбитражных учреждений и имеющих право администрировать споры с местом арбитража в РФ. В какой-то степени выбор этих институтов несет в себе чуть больше рисков, чем, к примеру, МКАС при ТПП РФ, поскольку эти институты зарегистрированы за рубежом и не имеют представительств в России. Между тем, Гонконг и Сингапур не принимали санкций в отношении российских лиц, поэтому выбор этих институтов может рассматриваться как более безопасная альтернатива европейским арбитражным институтам.

Каскадные арбитражные оговорки. Еще одним доступным инструментом защиты являются так называемые каскадные арбитражные оговорки, или waterfall clauses. Данный тип оговорок был популярен и раньше в связи с реформой российского арбитражного законодательства, однако в условиях антисанкционных поправок приобрел еще большую значимость.

Каскадные оговорки могут предусматривать передачу спора на рассмотрение в иностранный арбитраж (например, в LCIA в Лондоне) в качестве основного варианта для разрешения споров и при этом устанавливать, что если рассмотрение спора в избранном сторонами арбитраже становится невозможным в связи с санкциями, то спор должен быть передан в другое арбитражное учреждение (например, в МКАС при ТПП РФ), прежде чем уйти в государственный суд. Использование каскадных оговорок сохранит возможность разрешить спор в коммерческом арбитраже и поможет избежать юрисдикции российских государственных судов.

При этом в арбитражном соглашении такого типа очень важно недвусмысленно определить обстоятельства, при которых будет считаться, что спор не может быть рассмотрен в выбранном арбитраже из-за санкций, и как именно такие обстоятельства должны быть доказаны. Это поможет избежать дополнительных споров уже по условиям самой оговорки.

Расширение контрактных обязательств подсанкционного лица. Контрагенты подсанкционных лиц могут также предложить включить в договор соглашение о возмещении потерь (Indemnity). Этот инструмент позволит относительно просто получить решение о взыскании с подсанкционного лица денежной суммы, если в нарушение соглашения подсанкционное лицо все-таки решит воспользоваться поправками. Между тем, на практике договориться о включении соглашения о возмещении потерь в договор с подсанкционным лицом удается не всегда — риск принимаемой на себя ответственности слишком велик.

Альтернативой Indemnity может стать включение в договор обязательства не использовать антисанкционные поправки (в случае англоправового контракта — в формате undertaking). В случае нарушения такого обязательства у контрагента появится требование к подсанкционному лицу, на основании которого можно попытаться взыскать убытки, возникшие в связи с использованием поправок (к примеру, в размере штрафа, который может назначить российский суд при выдаче anti-suit injunction). Предъявление такого требования может стать эффективной контрмерой против подобных «штрафных» решений российского суда.

Кто кого?

Описанные механизмы, безусловно, являются важным подспорьем в борьбе за исполнение оговорок о разрешении споров в арбитраже в контрактах с подсанкционными лицами. Между тем, контрагентам подсанкционных лиц нужно быть готовыми к тому, что эта борьба в любом случае окажется непростой.

В настоящий момент в Государственную Думу РФ внесен на рассмотрение законопроект, предусматривающий расширение перечня лиц, споры с которыми могут быть перенесены в российский суд на основании антисанкционных поправок. В данный перечень предлагается включить лиц, которые:

• прямо или косвенно способствовали принятию санкций, в том числе посредством предоставления финансовой или иной помощи инициаторам таковых;

• получили необоснованные преференции или необоснованную выгоду от санкций;

• не исполнили или ненадлежащим образом исполнили обязательства в связи с санкциями.

***

Использованные в законопроекте формулировки довольно размыты. Кроме того, представляется, что они не совсем соответствуют целям, которые авторы законопроекта преследовали исходя из заявленного в пояснительной записке. Таким образом, в случае принятия законопроекта его текст может быть подвергнут ряду изменений, а значит, делать какие-либо конкретные выводы на его основании пока рано. Вместе с тем вектор развития законодательства и судебной практики по делам с подсанкционными лицами уже сейчас просматривается в законопроекте достаточно четко.

Кажется, что заключение договоров с подсанкционными лицами теперь будет отчасти похоже на сюжет сериала «Игра в кальмара». Как и в сериале, «уцелевших» механизмов разрешения споров в такой игре вряд ли будет много.

Алексей Панич — партнер «Никольская Консалтинг», практика разрешения споров и международного арбитража

Иван Теселкин — партнёр «Никольская Консалтинг», разрешение споров и международный арбитраж

Александр Гридасов — старший юрист Herbert Smith Freehills

СТАТЬИ