RUSSIAN ARBITRATION ASSOCIATION

RU/EN

Arbitration.ru №2 (32) 2022

Arbitration.ru

Издание о международном арбитраже

Санкции в международном арбитраже // Sanctions in International Arbitration

Аналитика

Как санкции могут изменить международный арбитраж

Исключительная компетенция российских судов в условиях санкций

Влияние санкций на институциональный арбитраж

Право на защиту и справедливое судебное разбирательство в МКА

Обзор

«Игра в кальмара» на российском юридическом рынке

VIII ежегодная конференция РАА

Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Russia and Former USSR States

EDITED BY
ROMAN ZYKOV

Wolters Kluwer

Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Russia and Former USSR States is the first full-scale commentary in English that aims at analysing the application of the New York Convention in Russia and Former USSR states. Pre-order your copy of the book *here*

EDITORIAL BOARD

Dmitry Artyukhov
Arbitration.ru, Editor-in-chief, Moscow

Vladimir Khvalei
Arbitration Association,
Chairman of the Board, Moscow

Steven Finizio
WilmerHale, Partner, London

Lilia Klochenko
RAA, Member of the Board, Vienna

Ekaterina Grivnova
International arbitration lawyer,
Allen & Overy, Paris

Yarik Kryvoi
Director of the Investment Treaty Forum,
British Institute of International
and Comparative Law, London

Glenn P. Hendrix
Chair, Arnall Golden Gregory LLP, Atlanta

Galina Zukova
ZUKOVA Legal, Partner, Paris

Yan Kalish
Co-chair, The Arbitration Association
40 (RAA40)
Counsel, RGP, Moscow

Roman Zykov
Russian Arbitration Association,
Secretary General, Moscow

Alexandre Khrapoutski
Arbitration Association,
Vice Chairman of the Board,
Lex Torre, Partner, Minsk

Anastasia Konovalova
Arbitration.ru,
Editorial Assistant, Moscow

ARBITRATION ASSOCIATION

Журнал Arbitration.ru № 32,

Учредитель и издатель:
Арбитражная Ассоциация
Адрес учредителя и издателя:
115191, Москва, Россия,
Духовской переулок, 17, стр. 12, этаж 4
+7 (495) 201-29-59

На обложке: Замок в Пиренеях. Рене Магритт. 1959. Музей Израиля, Иерусалим
On the cover: The Castle of the Pyrenees. Rene Magritte. 1959. Israel Museum, Jerusalem

Главный редактор:
Дмитрий Артюхов
editor@arbitrations.ru

Ассистент редакции:
Анастасия Коновалова

Корректор:
Татьяна Левицкая

Возрастное ограничение 16+.

Мнение редакции может не совпадать с мнением авторов. Издание является информационным. Опубликованные в издании законодательные акты, решения судов и другие юридические документы могут изменяться и должны быть запрошены через соответствующие институты и ведомства.

CONTENTS / СОДЕРЖАНИЕ

АНАЛИТИКА

7 **ПРАВО НА ЗАЩИТУ И СПРАВЕДЛИВОЕ СУДЕБНОЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВО: К ВОПРОСУ О МОРАЛИ И ПРЕДУБЕЖДЕНИИ В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ**
Константин Кроль, АБ «Дентонс»

10 **ВЛИЯНИЕ ОДНОСТОРОННИХ САНКЦИЙ НА ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЙ АРБИТРАЖ**
Роман Зыков, Арбитражная Ассоциация (Россия)

26 **КАК САНКЦИИ МОГУТ ИЗМЕНИТЬ МЕЖДУНАРОДНЫЙ АРБИТРАЖ. ВЛИЯНИЕ НА ЮРИДИЧЕСКИЙ РЫНОК**
Роман Зыков, Mansors

29 **ИСКЛЮЧИТЕЛЬНАЯ КОМПЕТЕНЦИЯ РОССИЙСКИХ СУДОВ В УСЛОВИЯХ САНКЦИЙ: ЕСТЬ ЛИ ШАНС У МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА?**
Сергей Лысов, «Кульков, Колотилов и партнеры»

ОБЗОР

34 **КАК ЮРИДИЧЕСКИМ ФИРМАМ ВЫЖИТЬ В НОВЫХ УСЛОВИЯХ?**
Дмитрий Артюхов, главный редактор Arbitration.ru

38 **ОБЗОР VIII ЕЖЕГОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ РАА**
Анастасия Коновалова, Мария Коптелина, Эмма Штегман

Следующий выпуск Arbitration.ru будет посвящен новому ландшафту российского юридического рынка арбитража и разрешения споров. Приглашаем партнеров юридических фирм и независимых юристов рассказать о своей компании или практике в формате интервью или анонса. Напишите на editor@arbitrations.ru.

Our journal invites international contributors to the next issues in 2022. We welcome publications on the topics which you will find on our Editorial plan page: https://journal.arbitration.ru/about/theme-plan/. The articles should be in English, 7200-7400 characters with spaces in length and are subject to approval by the Editorial Board of the journal and are edited by the Editorial team. Please inform us about your wish to contribute beforehand by e-mail, editor@arbitrations.ru.

EDITOR'S LETTER

Do not underestimate what is happening today. In the past three months, we have seen the breakdown of the system of social relations that has been created in Russia for over 30 years, from the moment when the USSR collapsed. The Iron Curtain fell, the Soviet troops withdrew from East Germany, and Russia opened its doors to Western capital and culture. A Penguin ice-cream cafe popped up in the building of the Moskva Hotel, Coca-Cola cans appeared on the shelves. A monument to Dzerzhinsky was removed from the pedestal on Lubyanskaya Square - I saw it with my own eyes, like many other peers of the same age. Even as children, we understood that something very significant, frightening and unusual had happened in the life of adults. There was a change of era: a change of thinking, culture, way of life. It was not easy to accept this, for many it did not work out.

Along with Western capital arrived foreign law firms, a career dream for many Russian lawyers. A whole generation of professionals appeared - my peers and not only them.

And so history took a somersault and turned back. Western brands are leaving Russia, not only commercial companies, but even charities. Foreign law firms are also leaving with them. We will have to get used to the new reality again. Again, an iron curtain of sanctions, embargoes and trade bans is descending - more than 5.5 thousands of such measures have been adopted, not counting the response counter-sanctions of the Russian Federation. The authors of this issue describe them in detail, because today, perhaps, every lawyer is forced to become a specialist in this field.

There is another important trend.

Russia withdrew from the international organizations it once sought to join. First of all, the Council of Europe. However, I am convinced that in the near future, in the course of arbitration and litigation proceedings, our companies and compatriots will need the legal instruments that the Council of Europe relies on in its work. First of all, this is the European Convention on Human Rights, which enshrines the right to access to justice - this fundamental right is addressed by the authors of the Arbitration.ru issue. Another important tool will be the Protocol I to the Convention, which establishes the right to inviolability of private property.

ПИСЬМО РЕДАКТОРА

Не стоит недооценивать происходящее сегодня. В последние три месяца мы наблюдали слом системы общественных отношений, которые создавались на протяжении 30 лет – с того момента, когда рухнул СССР, а вместе с ним и железный занавес, с того времени, когда советские войска вышли из Восточной Германии, а Россия распахнула свои двери западному капиталу и культуре. В здании гостиницы «Москва» появилось кафе-мороженое Penguin, в магазинах – «кока-кола», с постамента на Лубянской площади сняли памятник Дзержинскому – я видел это своими глазами. И даже будучи детьми, мы понимали, что в жизни взрослых случилось нечто очень значительное, пугающее и непривычное. Произошла смена эпохи: смена мышления, культуры, образа жизни. Принять это оказалось непросто, у многих так и не получилось.

Вместе с западным капиталом пришли и иностранные юридические фирмы, карьера в которых была желанной для российских юристов. Появилось целое поколение профессионалов – моих ровесников и не только.

И вот история сделала кульбит и повернулась вспять. Россию покидают западные бренды, причем не только коммерческие компании, но даже благотворительные организации. Вместе с ними уходят и иностранные юрфирмы. Нам вновь придется привыкать к новой реальности. Опять опускается железный занавес из санкций, эмбарго и запретов – их принято более 5,5 тыс., не считая ответных контрсанкций РФ. Об особенностях сложившейся ситуации расскажут авторы этого номера, ведь сегодня, пожалуй, каждый юрист вынужден стать специалистом в этой сфере.

Есть и еще одна важная тенденция.

Россия вышла из состава международных организаций, в которые когда-то стремилась попасть. В первую очередь я имею в виду Совет Европы. Однако я убежден, что в ближайшее время в ходе арбитражных и судебных разбирательств нашим компаниям и соотечественникам понадобятся правовые инструменты, на которые опирается Совет Европы в своей работе. Прежде всего это Европейская конвенция прав человека, закрепляющая право на доступ к правосудию, – к этому фундаментальному праву обращаются авторы номера Arbitration.ru. Также будет актуален и Протокол I к Конвенции, закрепляющий право на неприкосновенность частной собственности.

ПРАВО НА ЗАЩИТУ И СПРАВЕДЛИВОЕ СУДЕБНОЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВО: К ВОПРОСУ О МОРАЛИ И ПРЕДУБЕЖДЕНИИ В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

Константин Кроль
FCIArb, партнер АБ «Дентонс»

Право на справедливое разбирательство независимым и беспристрастным судом является основополагающим в современных правовых системах во всех мировых правопорядках, оно закреплено в международных конвенциях, договорах и национальных конституциях. Это одно из базовых прав человека, и в современных доктринах права и практике судов оно трактуется расширительно, в том числе применительно к юридическим лицам.

Право на справедливое судебное разбирательство тесно связано с правом на получение квалифицированной юридической помощи – правом на защиту, которому корреспондирует обязанность адвоката такую помощь предоставить. Абсолютно ли право на защиту? Такой вопрос часто задают не искушенные в юриспруденции люди, не понимающие, как адвокат может заступаться за преступника в суде.

Многовековое развитие мировой цивилизации позволило дать однозначный ответ на этот вопрос: право на защиту и справедливое разбирательство – базовое, неотъемлемое право, в котором никому не может быть отказано. Адвокат, представляющий своего доверителя и оказывающий ему квалифицированную юридическую помощь, выполняет свою профессиональную и общественно значимую обязанность. Как и врач, который лечит любого пациента вне зависимости от его достоинств и недостатков, адвокат может не разделять взгляды и не одобрять поступки своего клиента. Его миссия – обеспечить доверителю реализацию права на защиту и справедливое судебное разбирательство.

В контексте международного коммерческого арбитража право стороны спора быть выслушанной (audi alteram partem) является основополагающим принципом «естественного правосудия» (natural justice), нарушение которого может служить основанием для опротестования арбитражного решения. Очевидно, что в отсутствие права на получение квалифицированной юридической помощи право стороны спора быть выслушанной превращается в фикцию.

На эту тему написаны книги, сняты фильмы, прочитано множество блестящих лекций. Обычно преподаватели разбирают этот важный вопрос со студентами юридических факультетов еще на первом-втором курсе. В целом, полагаю, что в доктрине проблема уже давно не является дискуссионной.

Тем не менее в последнее время в европейской правоприменительной практике проявилась тревожная тенденция, ставящая под сомнение вышеназванные принципы. В частности, юристов, представляющих интересы

«недостаточно хороших» клиентов, все чаще обвиняют в аморальности.

Примеров такого подхода множество. В контексте борьбы с глобальными климатическими изменениями критике подверглись юридические фирмы, которые защищали интересы энергетических компаний, обвиняемых в загрязнении окружающей среды. После финансовых кризисов общественное мнение осудило адвокатов, представляющих банки. Люди, выступающие против глобализации и минимизации налогового бремени, часто обличают налоговых консультантов. Тех, кто борется за свободу слова и против всяческих притеснений, не устраивает работа адвокатов по делам о клевете и диффамации. Наконец, на фоне обострившейся геополитической ситуации в фокусе жесткой критики оказались юристы, представляющие российских клиентов (причем безотносительно санкций).

Объектом критики становятся не только адвокаты, но и судьи. Так, на фоне подавления властями общественных волнений и протестов и ужесточения законодательства в Гонконге двое видных судей британского Верховного суда, лорды Роберт Рид (Robert Reed) и Патрик Ходж (Patrick Hodge), в марте этого года вынуждены были сложить с себя полномочия судей в Апелляционном суде Гонконга – эти должности они занимали по совместительству.

Способствовал ли уход таких уважаемых и опытных судей со своих постов увеличению возможностей реализации заинтересованными сторонами в Гонконге права на справедливое судебное разбирательство независимым и беспристрастным судом? Вопрос можно считать риторическим.

В марте 2022 года британский журнал The Lawyer провел социологический опрос среди британских юридических фирм. Отвечая на вопрос о том, могут ли юридические фирмы защищать государства, «связанные с нарушением прав человека», только 42% опрошенных заявили, что «все имеют право на юридическое представительство». 55% респондентов с этим не согласны, остальные затруднились с ответом.

Результаты этого опроса особенно показательны на фоне позиции британского регулятора юридической отрасли Solicitors Regulation Authority (SRA). Как сообщило 18 марта 2022 года издание The Law Society Gazette, SRA указал, что его вмешательство в качестве регулятора крайне маловероятно в случаях, когда юридическая фирма отказывается от представительства клиента, защищать которого фирме стало «некомфортно» в контексте сегодняшней геополитической ситуации. Таким образом SRA прокомментировал поступающие запросы о том, насколько вышеописанная практика соответствует адвокатской этике и обязанности адвоката действовать в интересах клиента.

При этом судебная практика в юрисдикциях англосаксонского права пока говорит об обратном – достаточно вспомнить дело JSC VTB Bank v Taruta & Arrowcrest, рассматриваемое в данный момент Коммерческим судом Британских Виргинских Островов. В данном деле известная юридическая фирма Ogier представляет банк ВТБ, против которого были приняты ограничительные меры (санкции) рядом зарубежных государств. Ogier хотела отказаться от представительства интересов своего клиента в процессе, обосновав свою позицию санкционными ограничениями.

Однако судья Эдриан Джек (Adrian Jack) отказал в ходатайстве об отказе от представительства, мотивировав это тем, что санкционные ограничения не являются абсолютными и Ogier может получить от соответствующего регулятора лицензию, позволяющую продолжить работу с клиентом. Судья в своем решении также отметил, что фирма должна представлять своего клиента добросовестно, используя все свои навыки и возможности («to the best of their skill and ability»).

Решение судьи Джека позволяет выразить осторожную надежду на то, что и другие судьи будут придерживаться норм права, а не прислушиваться к общественному мнению. Станет ли оно индикатором пути, по которому в дальнейшем пойдет судебная практика, покажет время.

В такой ситуации неизбежно возникает вопрос о том, могут ли судьи и арбитры быть полностью беспристрастными

при принятии решений – особенно с учетом крайней политизированности вопроса и давления общественного мнения, транслируемого СМИ и социальными сетями.

Необходимо отметить, что риск политизированности судебных решений существует и в российской судебной системе. Здесь показательно вынесенное в марте 2022 года решение Арбитражного суда Кировской области, отказавшего правообладателю, британской компании Entertainment One, в защите ее интеллектуальных прав на героев мультсериала «Свинка Пеппа». Суд счел, что истец подал иск «во вредительских целях», и отказал в удовлетворении иска, сославшись на Указ Президента РФ от 28 февраля 2022 года № 79 «О применении специальных экономических мер в связи с недружественными действиями Соединенных Штатов Америки и примкнувших к ним иностранных государств и международных организаций», а также на ст. 10 Гражданского кодекса РФ, согласно которой не допускается защита гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу. Суд расценил действия истца как злоупотребление гражданскими правами, упомянув принятые Великобританией в отношении России санкционные меры.

Хочется надеяться, что признание в новеллах российского законодательства ряда зарубежных государств как «недружественных» не означает, что юридические и физические лица с домицилием в таких государствах будут лишены права на защиту и справедливое и непредвзятое разбирательство в российских государственных и третейских судах: такой подход может нанести значительный вред системе российского права и подорвать доверие к отечественному судопроизводству.

Сегодня очевидно, что роль национального права в нашей стране будет расти, поскольку мотивация российских участников рынка делать выбор в пользу иностранного применимого права и разбирательства споров за рубежом будет падать по объективным причинам.

Поэтому необходимо повышать конкурентоспособность российского права и судебной системы и обеспечить принятие судьями и арбитрами решений на основе норм права, а не исходя из политической целесообразности. Следует продемонстрировать, что основополагающие права стороны процесса на квалифицированное профессиональное представительство, равный доступ к правосудию и справедливое и непредвзятое судебное разбирательство в России гарантированы вне зависимости от национально-государственной принадлежности такого лица.

ВЛИЯНИЕ ОДНОСТОРОННИХ САНКЦИЙ НА ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЙ АРБИТРАЖ

Роман Зыков
генеральный секретарь Арбитражной Ассоциации (Россия),
управляющий партнер юридической фирмы «Мансорс»

В XX веке мировая экономика показала беспрецедентный рост торговли и иностранных инвестиций. Для поддержания глобального товарооборота был создан целый ряд правовых и организационных инструментов, таких как соглашения о свободной торговле, двусторонние и многосторонние договоры о защите инвестиций, таможенные союзы, Всемирная и региональные торговые организации и многие другие. Главной целью этого было обеспечение беспрепятственного перемещения товаров и услуг, основанного на принципах свободной и конкурентной торговли. С такой же целью государства делегировали часть своих судебных полномочий участникам экономических отношений, которые получили право самостоятельно выбирать методы разрешения коммерческих споров, причем наиболее востребованным стал международный коммерческий арбитраж. Одним его из очевидных преимуществ является возможность обеспечения равного и беспристрастного отношения арбитров к сторонам, будь то государство, юридическое или физическое лицо, вне зависимости от их правового статуса, размера, типа собственности и национальности.

Одновременно растущее значение мировой торговли сделало ее важным инструментом внешней политики целого ряда государств. Некоторые страны стали использовать свою экономическую силу в качестве инструмента давления на других участников рынка. В этих условиях односторонние ограничительные экономические меры (далее – ОЭМ) стали инструментом проецирования национальной внешней политики государства на международный уровень и частично подменили дипломатические инструменты влияния. Следует также отметить, что в последние годы ОЭМ стали применяться и как инструмент внутриполитической конкуренции. Например, в последних двух президентских кампаниях в США активно культивировался тезис о внешнем вмешательстве во внутриполитический процесс, что стало предпосылкой для введения новых ОЭМ против иностранных физических и юридических лиц.

В то время как мировая экономика находилась на подъеме, ОЭМ вводились в основном в ответ на политические события за рубежом. Однако вслед за мировым экономическим спадом и усилением международной конкуренции в торговле ОЭМ начали применяться и для проецирования национальных экономических интересов вовне.

За последние два десятилетия использование ОЭМ различными государствами показало экспоненциальный рост. Например, начиная с 2014 года одни только США включили в различные национальные санкционные программы около 500 российских компаний. Несмотря на заявления, что данные меры вводились в ответ на определенные политические события, несложно заметить, что многие отечественные компании, которые попали под действие

американских ОЭМ, являются ведущими игроками на международных рынках в области научных исследований и инжиниринга, биотехнологий, космических разработок, ОПК, строительства, сельского хозяйства, банковской деятельности, энергетики, добывающей промышленности и в других областях, где они могли бы составить конкуренцию компаниям из США. Аналогичная ситуация сложилась и у ряда ведущих китайских компаний: там число подсанкционных фирм в последние годы также стремительно растет.

На сегодняшний день количество различных национальных программ ОЭМ так велико, что ситуация в мировой торговле уподобилась Большому Барьерному рифу с его опасными течениями, торчащими из-под воды острыми скалами, обманчиво красивыми хищниками и грудами разбитых торговых судов. Для безопасной навигации в этих водах приходится использовать сложную и дорогостоящую систему комплаенса. Существующая ситуация наносит непоправимый ущерб свободной торговле и, как следствие, международному коммерческому арбитражу. В данной статье рассматриваются вопросы негативного влияния ОЭМ на международный коммерческий арбитраж, а также возможные пути уменьшения рисков, связанных с ОЭМ, при рассмотрении споров.

Международная критика ОЭМ

ОЭМ представляют собой односторонние экономические меры, которые вводятся одним государством или группой государств против другого государства и/или его физических и юридических лиц для достижения определенных внешнеполитических или экономических целей. Как правило, применение ОЭМ направлено на изменение политики иностранного государства с помощью запретов или ограничений на экономические отношения между лицами из этого государства с гражданами государства, которое ввело ОЭМ.

Поскольку ОЭМ основаны на внешнеполитических или экономических целях и задачах конкретного государства, они не базируются на широком международном консенсусе, а следовательно, не имеют и международной легитимности. В правовой литературе ОЭМ закономерно подвергаются критике: *«Общей чертой санкций является их “недружелюбие”. Большинство из них вводятся в нарушение норм международного права и в нарушение концепции свободной торговли между государствами и отдельными лицами. Поэтому возникает вопрос об их легитимности»*[1].

Отказу в международной легитимности ОЭМ способствует и то, что односторонние санкции вводятся без соблюдения элементарных, базовых стандартов доказывания. Процесс принятия решения о включении какого-либо лица в санкционный список часто оказывается безосновательным, субъективным и политизированным, что не отвечает даже минимальным стандартам доказывания. На практике, когда то или иное государство вносит лицо в санкционный список, делается это, как правило, без предоставления каких-либо убедительных доказательств: *«... какой объем доказательств требуется для того, чтобы быть включенным в санкционные списки США? Например, нет какого-либо нормативного регулирования, которое бы устанавливало, что OFAC может включать в санкционные списки только на основе ясных и убедительных доказательств. Это означает, что OFAC может включить в списки то или иное физическое или юридическое лицо исключительно по своему усмотрению. Теоретически, хотя и маловероятно, достаточно слухов или анонимной наводки, чтобы быть включенным в санкционный список»*[2]. Симптоматично, что процесс включения в санкционные списки, по сути, использует тот же стандарт доказывания, что и суд над салемскими ведьмами, который описывался следующим образом: *«Слухи, однако, были не единственным*

[1] *Blessing M. Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts (Helbing & Lichtenhahn, 1999), p. 19.*

[2] *Ferrari E. OFAC Director Offers Distinctions if Not Evidence https://sanctionlaw.com/ofac-director-offers-distinctions-if-not-evidence/#.XXVx9RheOT9.*

видом доказательств, к которому мы сейчас обычно не прибегаем, но которое охотно применялось в процессе над салемскими ведьмами. Суд также принимал во внимание дурной или подозрительный характер обвиняемого. Доказательства обретали самые разные формы (репутация, мнения и утверждения в совершении зловредных действий), рассказы о неприятных ощущениях от личного общения и пересказы ужасных слухов»[3].

Помимо этого, правовые акты, устанавливающие ОЭМ, часто сформулированы расплывчато, что затрудняет установление подлинного значения и эффекта ОЭМ и подрывает принцип правовой определенности, являющийся одним из фундаментальных столпов права. Неопределенность в формулировках регламентов ОЭМ усложняет процесс комплаенса (то есть удостоверения того, что лицо не нарушает установленные таким регулированием запреты). В подобных обстоятельствах, чтобы устранить любой риск ответственности или риск вторичных санкций, компании и банки просто избегают сделок с участием «подсанкционных» лиц, даже если предлагаемая сделка фактически разрешена. Например, коммерческие банки могут отказать в денежных переводах лишь потому, что плательщик фигурирует в списке ОЭМ третьего государства, ограничения которого формально не распространяются на банк. В таких условиях банки, как правило, не обременяют себя каким-либо юридическим анализом и просто наложить запрет на проведение платежа.

Поскольку ОЭМ имеют односторонний характер, как правило, не подкреплены доказательствами и часто сформулированы крайне неопределенно, они осуждаются международным сообществом. В ряде докладов ООН подчеркивается, что ОЭМ совершенно недопустимы с точки зрения международного права: они *«рассматриваются как нарушение принципов Устава Организации Объединенных Наций, норм международного права и многосторонней торговой системы, основанной на нормах права»*[4], и *«международное сообщество считает незаконными те односторонние принудительные меры, экстерриториальные последствия которых затрагивают суверенитет других государств, законные интересы юридических или физических лиц, находящихся под их юрисдикцией, а также свободу торговли и судоходства»*[5]. ОЭМ также подвергаются жесткой критике со стороны непосредственно Генеральной Ассамблеи ООН[6], Совета ООН по правам человека[7] и других международных организаций.

Наконец, ОЭМ часто критикуются государствами. Например, когда США ввели ОЭМ против российских лиц, члены ООН осудили введение односторонних экономических санкций. В частности, Китай заявил, что *«Китай выступает, как всегда, [...] против применения односторонних санкций или угрозы одностороннего применения санкций в международных отношениях»*[8]; Аргентина – *«мы осуждаем инициативы, направленные на изоляцию одной из сторон или введение односторонних*

---

[3] *Niehoff L. Proof at the Salem Witch Trials. URL: https://www.americanbar.org/groups/litigation/publications/litigation_journal/2020-21/fall/proof-salem-witch-trials/.*

[4] *Report of the UN Secretary General "Unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries" No. A/70/152 dated 16 July 2015, para. 5.*

[5] *Report of the UN Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights No. A/HRC/42/46 dated 5 July 2019, para. 46.*

[6] *UN General Assembly Resolution No. 2625 (XXV) dated 24 October 1970, Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, p. 123 "no State may use or encourage the use of economic, political or any other type of measures to coerce another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights"; UN General Assembly Resolution No. 3281 (XXIX) dated 12 December 1974 containing the Charter of Economic Rights and Duties of States, which in its Art. 32 calls upon all States to refrain from any unilateral coercive measure not in accordance with international law and the Charter of the United Nations;*

[7] *Report of the UN Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights No. A/HRC/42/46 dated 5 July 2019, para. 46; Human Rights Council Resolution No. A/HRC/RES/30/2 dated 12 October 2015, preamble, para 3.*

[8] *UN Security Council Meeting. S/PV.7576, p. 19.*

экономических санкций, которые подрывают условия, которые могли бы привести к столь необходимому диалогу»[9]; Никарагуа – *«поскольку мы хотим мира и верим в предотвращение и разрешение конфликтов мирными средствами, мы отвергаем все односторонние методы, такие как политические или экономические санкции против Российской Федерации, поскольку они нарушают международное право и не способствуют разрядке напряженной атмосферы»*[10].

Следовательно, существует универсальный консенсус в отношении того, что ОЭМ не являются частью международного публичного порядка; более того, международное право рассматривает их как нелегитимные.

ОЭМ следует отличать от международных ограничительных мер (международных санкций). В отличие от ОЭМ международные санкции представляют собой политические и экономические меры, основанные на широком международном консенсусе и вводимые международными организациями против государств или организаций в целях защиты международного права и поддержания или восстановления мира и безопасности. Например, международные санкции могут быть введены Советом Безопасности ООН в соответствии со ст. 41 Устава ООН: «...меры, не связанные с использованием вооруженных сил, должны применяться для осуществления его решений, и он может потребовать от Членов Организации применения этих мер. Эти меры могут включать полный или частичный перерыв экономических отношений, железнодорожных, морских, воздушных, почтовых, телеграфных, радио или других средств сообщения, а также разрыв дипломатических отношений»[11]. С 1966 года ст. 41 Устава ООН применялась лишь в исключительных случаях, и это всегда было решением подавляющего большинства государств – членов ООН: за последние шесть десятилетий Совет Безопасности установил 30 режимов санкций в Южной Родезии, Южной Африке, бывшей Югославии (2), Гаити, Ираке (2), Анголе, Руанде, Сьерра-Леоне, Сомали и Эритрее, Эритрее и Эфиопии, Либерии (3), ДРК, Кот-д'Ивуаре, Судане, Ливане, КНДР, Иране, Ливии (2), Гвинее-Бисау, ЦАР, Йемене, Южном Судане и Мали, а также против ИГИЛ[12], «Аль-Каиды» и «Талибана»13.

Различие между международными санкциями и ОЭМ имеет практическую важность, особенно когда у международного арбитража возникает необходимость дать толкование понятию «публичный порядок». В то время как несоблюдение международных санкций может повлечь нарушение национального публичного порядка, несоблюдение ОЭМ, введенных одним государством, не ведет автоматически к нарушению национального публичного порядка другого суверенного государства. Это объясняется тем, что каждое государство имеет свой суверенный публичный порядок и может использовать для достижения своих суверенных целей набор инструментов, отличный от того, что применяется государством, которое установило ОЭМ. Именно поэтому содержание односторонних ограничительных мер одних государств может существенно отличаться от ОЭМ других государств, даже если они касаются одних и тех же лиц.

Например, 4 июля 2019 года власти Гибралтара задержали иранский супертанкер Grace 1 по подозрению в поставках нефти в Сирию. Срок задержания закончился 15 августа 2019 года. 16 августа 2019 года суд в США выдал ордер на арест танкера на том основании, что он якобы был связан с иранским «Корпусом стражей исламской революции», который США объявили террористической организацией. США направили Гибралтару запрос о взаимной правовой помощи, содержащий информацию в поддержку заявления США о предотвращении выхода Grace 1 из Гибралтара

[9] *General Assembly 80th plenary meeting (A/68/PV.80), p. 20.*
[10] *General Assembly 80th plenary meeting (A/68/PV.80), p. 13.*
[11] *Art. 41, Chapter VII of the Charter of the United Nations.*
[12] *Запрещенная в Российской Федерации террористическая организация.*
[13] *URL: https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/information.*

с грузом нефти, чтобы американский суд успел рассмотреть вопрос о конфискации танкера. В ответ Центральное управление Гибралтара сообщило, что оно не имеет оснований для обращения в Верховный суд Гибралтара с целью наложения запрета на выход Grace 1: это связано с *«действием правовых норм Европейского союза и различиями в режимах санкций, применимых к Ирану в ЕС и США»*; кроме того, *«режим санкций ЕС против Ирана, который применяется в Гибралтаре, гораздо более ограниченный, чем режим, установленный в США»* и *«это вызвано действием отличающихся позиций и правовых режимов в США и ЕС»*[14].

Действия Гибралтара – один из многих примеров того, что:

- не существует универсального консенсуса по вопросу применения ОЭМ;
- ОЭМ одного государства могут существенно отличаться по содержанию и субъектному составу от ОЭМ другого государства;
- ОЭМ одного государства не являются обязывающими для других государств или иностранных лиц.

Механизм контрсанкций ЕС

Учитывая враждебный и неконструктивный характер ОЭМ, некоторые государства вводят механизмы противодействия ОЭМ для защиты физических и юридических лиц от негативного воздействия односторонних ограничительных экономических мер – контракции. Одним из таких примеров является Блокирующий статут ЕС (EC Blocking Statute), который делает незаконным для компаний ЕС соблюдение ряда экстерриториальных ОЭМ, введенных США[15]. Блокирующий статут был принят в 1996 году в ответ на ОЭМ США в отношении Кубы – в частности, на Закон Хелмса – Бертона (Helms-Burton Act), который кодифицировал и расширил американское эмбарго в отношении Кубы, а также на Закон о санкциях в отношении Ирана и Ливии (Iran and Libya Sanctions Act). Из преамбул к Блокирующему статуту следует, что страны – члены ЕС признают, что принципиально ОЭМ нарушают международное право:

> *«...принимая во внимание, что третья страна ввела в действие определенные законы, нормативные акты и другие законодательные акты, которые призваны регулировать деятельность физических и юридических лиц, находящихся под юрисдикцией государства – члена ЕС; принимая во внимание, что своим экстерриториальным применением такие законы (здесь и ниже: выделено мной. – Р. З.), нормативные акты и другие законодательные акты нарушают международное право и препятствуют достижению вышеупомянутых целей».*

Примечательно, что одновременно с непризнанием легитимности ОЭМ США в отношении лиц из ЕС сам Евросоюз активно применяет ограничительные экстерриториальные меры в отношении лиц из других государств. По сути, Блокирующий статут ЕС является наглядным примером субъективности, односторонности и политизированности такого экономического инструмента, как ОЭМ.

Так, в 2007 году австрийское правительство оштрафовало австрийский банк за то, что он закрыл банковские счета кубинских граждан после того, как был поглощен хедж-фондом из США.

6 июня 2018 года Европейская комиссия обновила Блокирующий статут, распространив его действие на ОЭМ, которые администрация Трампа ввела после выхода США из Совместного всеобъемлющего плана действий по Ирану (JCPOA), также известного как «Иранская сделка». Раздел 1 Пояснительной записки устанавливает, что Блокирующий статут ЕС *«представляет собой важное достижение*

[14] *Official Statement of Government of Gibraltar to Further Mutual Legal Assistance Requests from the United States of America. URL: https://www.gibraltar.gov.gi/press-releases/further-mutual-legal-assistance-requests-from-the-united-states-of-america-6042019-5198.*

[15] *European Council Regulation (EC) No. 2271/96 Protecting against effects of the extra-territorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom, dated 22 November 1996.*

объединенных усилий ЕС против незаконного эффекта экстерриториального законодательства третьих стран» и *«применяется в отношении экстерриториального законодательства, упомянутого в Приложении к нему (“указанное экстерриториальное законодательство”), которое в настоящее время состоит из мер США в отношении Кубы и Ирана»* [16].

Не исключено, что в будущем механизм Блокирующего статута ЕС может затронуть и иные программы ОЭМ, введенные в отношении лиц из других стран (помимо Ирана и Кубы).

Российский механизм контрсанкций

Еще одним примером противодействия ОЭМ с помощью национальных защитных норм является новый российский закон, распространяющий исключительную компетенцию российских государственных судов на определенные виды споров и стороны, затронутые ОЭМ. Закон «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации в целях защиты прав физических и юридических лиц в связи с мерами ограничительного характера, введенными иностранным государством, государственным объединением и (или) союзом и (или) государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и (или) союза» был принят 8 июня 2020 года (далее – Закон). Данный Закон дополняет Арбитражный процессуальный кодекс РФ (АПК) новыми статьями – 248.1 и 248.2.

Это реакция на ОЭМ, которые были введены против российских юридических и физических лиц рядом государств. На сегодняшний день около 690 компаний и физических лиц РФ внесены в санкционные списки США и около 120 – в списки ЕС. Число лиц, попавших под санкции, постоянно растет, что затрагивает ведущие сферы экономики страны.

Определение ограничительных мер

Хотя Закон считается ответом на существующие антироссийские ОЭМ, сфера его действия шире, чем может показаться. В Законе используется термин «меры ограничительного характера», которые могут включать в себя не только односторонние ограничительные экономические меры, но и – теоретически – разного рода визовые, административные или уголовные ограничения, экономические и торговые квоты, тарифы и другие односторонние ограничения. Такие меры могут исходить от иностранного государства, государственного объединения и/или союза и/или государственного (межгосударственного) учреждения иностранного государства или государственного объединения и/или союза. Представляется, что Закон не распространяется на случаи, когда ограничительные меры были приняты в рамках международных организаций.

В этом смысле Закон в текущей редакции не оспаривает легитимности ограничительных мер, которые могут быть установлены в рамках международных организаций, например в рамках ст. 41 Устава ООН.

Виды споров

Закон распространяется на споры, которые могут быть переданы сторонами на основе международного договора или соглашения сторон в иностранные суды или международные коммерческие арбитражи, находящиеся за пределами территории Российской Федерации. Их можно разделить на две группы.

Первую группу составляют споры с участием лиц, в отношении которых применяются меры ограничительного характера иностранным государством, государственным объединением и/или союзом и/или государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и/или союза. К таким лицам относятся:

[16] *European Commission Guidance Note. Questions and Answers: adoption of update Blocking Statute (2018/C 277 1/03).*

• граждане Российской Федерации, российские юридические лица, в отношении которых иностранным государством, государственным объединением и/или союзом и/или государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и/или союза применяются меры ограничительного характера;

• иностранные юридические лица, в отношении которых иностранным государством, государственным объединением и/или союзом и/или государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и/или союза применяются меры ограничительного характера и основанием для применения таких мер являются ограничительные меры, введенные иностранным государством, государственным объединением и/или союзом и/или государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и/или союза в отношении граждан Российской Федерации и российских юридических лиц.

Вторая группа относится к спорам с участием российских или иностранных лиц, если основанием для таких споров являются ограничительные меры, введенные иностранным государством, государственным объединением и/или союзом и/или государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и/или союза в отношении граждан Российской Федерации и российских юридических лиц.

В рамках дел второй группы Россия вполне может претендовать на роль нейтральной юрисдикции для разрешения споров, связанных с ОЭМ, между иностранными сторонами, если основанием для таких споров являются ограничительные меры, введенные иностранным государством в отношении российских лиц. Гипотетическим примером такого спора может быть спор между китайской и немецкой компаниями, возникающий из договора субподряда на строительство завода в Беларуси, принадлежащего российской фирме.

Исключительная компетенция российских судов

Законом предусмотрено, что стороны могут обратиться за разрешением спора в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту своего нахождения или месту жительства.

Условия передачи таких споров в российские суды таковы:

• отсутствие в производстве иностранного суда или международного коммерческого арбитража, находящихся за пределами территории Российской Федерации, спора между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям;

• соглашение сторон, в соответствии с которым рассмотрение споров с их участием отнесено к компетенции иностранного суда и международного коммерческого арбитража, находящихся за пределами территории Российской Федерации, неисполнимо по причине применения в отношении одного из лиц, участвующих в споре, мер ограничительного характера иностранным государством, государственным объединением и/или союзом и/или государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и/или союза, создающих такому лицу препятствия в доступе к правосудию.

Признание и приведение в исполнение арбитражных решений

Закон не препятствует признанию и приведению в исполнение решения иностранного суда или иностранного арбитражного решения, принятых по иску лица, находящегося под ОЭМ.

Если иностранное судебное или арбитражное решение вынесено в отношении лица, находящегося под ОЭМ, то признание и приведение в исполнение иностранного решения допускается, если это лицо не возражало против рассмотрения с его участием спора иностранным судом, международным коммерческим арбитражем, находящимися за пределами территории Российской Федерации, в том

числе не обращалось с заявлением о запрете инициировать или продолжать разбирательство в иностранном суде, международном коммерческом арбитраже, находящихся за пределами территории Российской Федерации.

Запреты против исков

Закон вводит такой новый для российского права процессуальный инструмент, как запрет на инициирование или продолжение разбирательства в иностранном суде, международном коммерческом арбитраже, находящихся за пределами территории Российской Федерации.

Лицо, которое является или может стать стороной разбирательства в иностранном суде или арбитраже, вправе обратиться в российский суд с просьбой запретить другой стороне инициировать или продолжать разбирательство в иностранном суде или арбитраже. Заявления рассматриваются единоличным судьей, постановление которого может быть обжаловано в кассационную инстанцию в месячный срок. Судья может также взыскать со стороны, нарушившей определение арбитражного суда по делу о запрете инициировать или продолжать разбирательство в иностранном суде, международном коммерческом арбитраже, денежную сумму, не превышающую размера исковых требований, которые предъявлены в иностранном суде, международном коммерческом арбитраже, а также понесенных стороной спора судебных расходов.

Китайский механизм контрсанкций

9 января 2021 года Министерство коммерции Китайской Народной Республики (MOFCOM) опубликовало Правила о блокировании необоснованного экстерриториального применения иностранного законодательства и других мер (далее – Правила)[17].

Статья 2 Правил предусматривает, что они применяются к ситуациям, когда экстерриториальное применение иностранного законодательства и других мер в нарушение внутреннего права и основных принципов международных отношений необоснованно запрещает или ограничивает гражданину, юридическому лицу или иной организации Китая (далее – лицо из КНР) возможность заниматься нормальной экономической, торговой и связанной с ней деятельностью с другим государством или лицом этого государства. В таких случаях лицо из КНР должно сообщить об этом в MOFCOM в течение 30 дней с момента возникновения ситуации (ст. 5).

В соответствии со ст. 6 Правил MOFCOM должно создать оперативную группу для оценки экстерриториального применения ОЭМ, которая определяет:

- нарушается ли международное право или основные принципы международных отношений;
- каково потенциальное воздействие на национальный суверенитет, безопасность и интересы развития Китая;
- каково потенциальное воздействие на законные права и интересы лиц из КНР;
- другие факторы, которые должны быть приняты во внимание.

Если после проведения оценки MOFCOM обнаружит необоснованное экстерриториальное применение иностранного законодательства и других мер, оно вправе издать запретительный приказ о признании, приведении в исполнение и соблюдении соответствующих иностранных ОЭМ.

В соответствии со ст. 9 Правил, если лицо соблюдает иностранное законодательство и другие меры в рамках запретительного приказа и тем самым нарушает законные права и интересы

[17] *Order of the Ministry of Commerce of the People's Republic of China No. 1, on Rules on Counteracting Unjustified Extraterritorial Application of Foreign Legislation and Other Measures. 9 January 2021. URL: http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/questions/202101/20210103029708.shtml.*

соответствующего лица из KHP, последнее может возбудить разбирательство в народном суде и потребовать компенсации от лица.

Кроме того, если решение или постановление, вынесенное в соответствии с иностранным ОЭМ в рамках запретительного приказа, причиняет убытки лицу из KHP, то последнее вправе в соответствии с законом возбудить разбирательство в народном суде и потребовать компенсации от лица, которое извлекает выгоду из указанного решения или постановления.

Если лицо (контрагент) отказывается исполнить вступившее в законную силу решение или постановление народного суда, лицо из KHP может обратиться в народный суд для принудительного исполнения в соответствии с законом.

Поскольку в ЕС, России и Китае созданы правовые механизмы для противодействия ОЭМ, можно предположить, что в перспективе число лиц, против которых введены ОЭМ, будет только увеличиваться.

Влияние ОЭМ на международный арбитраж

Нарастающий массив национальных программ ОЭМ, введенных некоторыми государствами против граждан других государств, а также законы о противодействии ОЭМ негативно влияют на мировую торговлю, а следовательно, и на международный коммерческий арбитраж. Для того чтобы защитить свои интересы в международном арбитраже, «подсанкционная» компания должна преодолеть множество препятствий в виде юридических и организационных ограничений. Практически на каждом этапе арбитражного процесса такой компании требуется совершать дополнительные действия, чтобы реализовать свои процессуальные права. Среди прочих можно выделить этапы:

- привлечения внешних консультантов и подрядчиков (юристов, экспертов, переводчиков, стенографистов, центра для слушаний и др.);
- инициации арбитражного разбирательства и уплаты арбитражного сбора;
- формирования состава арбитража;
- анализа степени влияния ОЭМ на договорные обязательства;
- обращения в суд за признанием и приведением в исполнение арбитражного решения; или
- обращения в суд за отменой арбитражного решения.

Хотя этот перечень не является исчерпывающим, перечисленные вопросы, пожалуй, чаще других возникают в делах с участием «подсанкционных» лиц. Ниже мы кратко рассмотрим некоторые из них.

Привлечение юридических представителей

Как правило, подготовка к арбитражу начинается с выбора юридического представителя. Например, если компания находится под санкциями ЕС, то следует ожидать, что наем европейской юридической фирмы займет какое-то время; не исключено, что поиск юристов окажется безрезультатным. Но даже если компания находится под ограничительными мерами не ЕС, а, например, США, то европейские юридические фирмы, которые имеют представительства в США или в которых работают американские сотрудники либо обслуживаются американские клиенты, могут отказаться от защиты интересов «подсанкционной» компании.

Понимая, что процесс найма юристов будет сопряжен с вопросами ОЭМ, компании, внесенные в санкционные списки, нередко обращаются сразу в несколько юридических фирм. На этом этапе раскрывается информация о санкционном статусе, контрагенте, а также общая информация о споре. Некоторые юридические фирмы сразу отказываются от работы, другие проводят внутренний санкционный комплаенс и в итоге могут запросить государственную лицензию для представления интересов клиента. Поскольку заявка на получение лицензии ОЭМ требует раскрытия информации о сторонах, договоре и споре, такое обращение в государственный

орган само по себе способно нанести вред обеим сторонам спора. Кроме того, процесс получения лицензии может занять от нескольких недель до нескольких месяцев, в результате чего список потенциальных юристов сократится с десятка до одного-двух в лучшем случае. Это существенно сужает выбор кандидатов в защитники по сравнению с возможностями контрагента. Не исключено, что компания так и не сможет нанять представителя в той или иной юрисдикции. По этой причине за последние годы существенно возросла роль российских юридических фирм, к которым перешли на обслуживание российские компании, находящиеся под ОЭМ.

Также следует учитывать, что при работе с «подсанкционными» компаниями применяются более жесткие условия оплаты юридических услуг. Например, некоторые ОЭМ ограничивают сроки кредитования до 14 дней. Чтобы избежать обвинений в нарушении ОЭМ, юридические фирмы вынуждены гораздо чаще выставлять счета, не допуская «кредитования» юридических услуг дольше 14 дней. Такой подход увеличивает объем административной работы со стороны юридических фирм и клиентов.

Привлечение эксперта

Эксперты традиционно привлекаются в международные разбирательства для дачи пояснений по юридическим, бухгалтерским, техническим и другим узкоспециальным вопросам. По данным исследования, которое было проведено Университетом Queen Mary (QMUL) в 2012 году, *«в среднем свидетели-эксперты участвуют в двух третях арбитражных разбирательств»*[18]. Кроме того, *«в подавляющем большинстве арбитражных разбирательств свидетели-эксперты назначаются сторонами (90%), реже – арбитрами (10%)»*.

Таким образом, опрос показал, что превалирующей практикой в международных арбитражных разбирательствах является назначение экспертов именно сторонами. Попавшая под санкции компания, которая планирует привлечь эксперта в процесс, сталкивается с теми же проблемами, что и при поиске внешних юристов. Это существенно ограничивает список подходящих кандидатов на роль эксперта, увеличивает расходы и трудозатраты.

Одним из частых вопросов, который может быть поставлен перед юридическими экспертами, является вопрос о влиянии ОЭМ на договорные обязательства. Например, если стоит вопрос о влиянии ОЭМ США, это потребует эксперта с квалификацией по американскому праву. Вместе с тем в соответствии с подп. 1 п. «а» § 589.506 раздела 31 Свода федеральных нормативных актов США (Code of Federal Regulations) гражданам США разрешается консультировать «подсанкционные» компании по вопросам комплаенса и требований законодательства США[19]. Однако следует учитывать, что п. «а» § 589.506 не распространяется на предоставление экспертных показаний в иностранных или арбитражных судах от имени такой компании без получения соответствующей лицензии OFAC. На практике OFAC в выдаче таких лицензий отказывает. В подобных обстоятельствах для арбитражных процессов за пределами США приходится искать эксперта, который имеет юридическую квалификацию в США, обладает опытом работы в области американских ОЭМ, не имеет конфликта интересов и при этом не является гражданином или резидентом США. Очевидно, что такой набор требований существенно сужает круг потенциальных экспертов и в определенной степени нарушает принцип равенства сторон в арбитраже. Возможным решением проблемы является назначение эксперта составом арбитража, а не сторонами, поскольку организационное и финансовое взаимодействие с экспертом в таком случае происходит от имени арбитров, без участия «подсанкционной» стороны. Поэтому, если сторона предвидит трудности с привлечением эксперта

---

[18] *2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, p. 29. URL: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012_International_Arbitration_Survey.pdf.*

[19] *URL: https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?node=pt31.3.589&rgn=div5#se31.3.589_1506.*

в арбитражном процессе, имеет смысл обсудить данный вопрос с составом арбитража и процессуальным оппонентом на самом раннем этапе разбирательства и включить договоренность в процессуальный приказ № 1. Альтернативой может стать соглашение (в арбитражной оговорке или процессуальном приказе № 1) о применении Пражских правил об эффективной организации процесса в международном арбитраже, в которых фактически закреплен отказ от привлечения экспертов сторон в пользу экспертов, которых назначает состав арбитража (ст. 6)[20].

Привлечение подрядчиков

Помимо прочего сторонам арбитражного разбирательства могут потребоваться и факультативные услуги – например, услуги переводчиков, стенографистов, поставщиков оборудования и программного обеспечения, помещений для слушаний и др. Несмотря на то что данные услуги являются факультативными, а в ряде процессов и вовсе могут не понадобиться, обычно наем исполнителей для них происходит в авральном порядке и, как правило, незадолго до слушаний. Подрядчикам также потребуется время на проведение внутреннего комплаенса – это следует учитывать при планировании процесса.

Аналогично, чтобы избежать проволочек, стороны могут, например на этапе согласования процессуального приказа № 1, оговорить условия и порядок привлечения поставщиков факультативных услуг. Привлечением и оплатой услуг может заниматься непосредственно состав арбитража с компенсацией понесенных расходов сторонами.

Начало арбитражного производства в соответствии с институциональным арбитражным регламентом

Для того чтобы начать арбитражное разбирательство по правилам того или иного арбитражного института (далее – АИ) истец должен подать заявление об арбитраже (или исковое заявление) и оплатить регистрационный сбор. Если АИ находится в государстве, которое ввело ОЭМ против заявителя, АИ обязан соблюдать такие ограничения. Однако, даже если АИ находится в третьей стране, которая не вводила ОЭМ, велика вероятность, что он сочтет необходимым пройти процесс комплаенса, чтобы убедиться, что не нарушает ОЭМ какого-либо государства, и исключить риск штрафных мер или вторичных санкций. Например, ОЭМ, введенные США, являются обязательными для граждан и резидентов США (далее – лица из США). Поскольку в некоторых ведущих европейских АИ работают лица из США, в том числе на руководящих должностях, это может распространить действие американских ОЭМ на такие АИ; соответственно, ОЭМ обретают экстерриториальность. Чтобы избежать негативного эффекта от применения ОЭМ, АИ могут исключить лиц из США из процесса принятия решений и кейс менеджмента по санкционным делам (ring-fencing). АИ вправе использовать и нейтральную валюту, чтобы избежать связи с финансовой системой государства, которое ввело санкции. Так, например, ICC предлагает возможность оплаты арбитражного сбора в евро как альтернативе доллару США.

В 2015 году ICC, LCIA и SCC опубликовали совместное заявление о потенциальном влиянии санкций ЕС на международные споры, администрируемые европейскими арбитражными институтами (далее – Заявление). В своем Заявлении арбитражные институты разъяснили, что *«внесение физического или юридического лица в санкционный список не создает запрета на обращение с просьбой об арбитраже в ТПС, МТП, ЛМТС»*, с оговоркой, что такому физическому или юридическому лицу рекомендуется *«заранее сообщить в соответствующий арбитражный институт о намерении обратиться в него до подачи просьбы об арбитраже»*, чтобы учреждения могли *«обсудить со сторонами дополнительные административные требования,*

[20] *URL: https://www.praguerules.com/upload/medialibrary/443/44329e359e3111b0abca6f3b1be20412.pdf.*

которые должны быть соблюдены ими или арбитражным институтом, например необходимость обращения в соответствующий государственный орган с заявлением о применении предусмотренного санкционным законодательством исключения из положения о замораживании активов в случаях, когда средства предназначены исключительно для оплаты разумного профессионального вознаграждения или возмещения понесенных издержек, связанных с оказанием юридических услуг»[21].

Совместное Заявление было с оптимизмом воспринято российскими пользователями арбитража. Подтверждением тому стали результаты опроса Арбитражной Ассоциации о влиянии санкций на международный коммерческий арбитраж, проведенного в 2016 году (далее – Опрос РАА). Опрос РАА показал, что, хотя некоторые пользователи уже тогда столкнулись с проблемами администрирования дел в некоторых АИ, большинство выразило уверенность в том, что они смогут эффективно защитить свои права именно в институциональном арбитраже[22]. Вместе с тем нашлись и скептики, которые ставили под сомнение способность АИ обеспечить высокое качество администрирования санкционных споров.

Нужно сказать, что с годами число скептиков выросло, главным образом из-за реального опыта взаимодействия с АИ по санкционным спорам. Трудности в первую очередь были связаны с длительным процессом получения лицензий на администрирование дел в АИ и проблемами с оплатой арбитражных расходов.

Одним из очевидных недостатков необходимости обращения за консультативными решениями или лицензиями от государственных органов является нарушение конфиденциальности. Для получения разрешения на администрирование дела АИ раскрывает государственным органам информацию о сторонах и предмете спора, параметры спорного контракта. Учитывая высокую степень субъективности и политизированности в стандартах доказывания со стороны государственных органов, ответственных за введение и имплементацию ОЭМ, вероятность штрафных мер и вторичных санкций значительно возрастает. Использование институционального арбитража нередко влечет дополнительные регуляторные и финансовые риски. Как следствие, все большую популярность в спорах с участием лиц, внесенных в санкционные списки, приобретает арбитраж ad hoc: он позволяет обеспечить полную конфиденциальность процесса, к тому же состав арбитража ad hoc гораздо более гибок в плане структурирования арбитражных расходов.

Некоторые российские компании, в том числе и те, кто не находится под ОЭМ, начинают пересматривать свои предпочтения в арбитраже, формировавшиеся на протяжении десятилетий. В статистике ряда европейских АИ уже сейчас можно увидеть уменьшение числа российских дел.

На сегодняшний день основным препятствием для рассмотрения споров в институциональном арбитраже является оплата «подсанкционными» лицами арбитражных расходов. Даже в тех случаях, когда денежные переводы осуществляются в несанкционной валюте, банковские отделы комплаенса блокируют операции лиц, попавших под санкции или связанных с ними. Например, локальный немецкий банк, скорее всего, не станет проводить платеж от российского лица под ОЭМ США, даже если это лицо не включено в европейские ОЭМ, а платеж произведен в евро. Объясняется такой подход стремлением банка исключить риски штрафов или вторичных санкций со стороны властей США (OFAC). В итоге, не получив от истца оплаты регистрационного сбора или депозита на арбитражные расходы, АИ откажется от возбуждения или продолжения разбирательства, как предписывает регламент.

Оплата арбитражных расходов является ахиллесовой пятой институционального арбитража. Как правило, АИ обслуживаются в одном-двух банках и не склонны рассматривать альтернативные валюты или альтернативные

---

[21] *URL: https://sccinstitute.com/media/80988/legal-insight-icc_lcia_scc-on-sanctions_17-june-2015.pdf.*

[22] *URL: https://arbitration.ru/upload/medialibrary/e1e/2016-raa-survey-on-sanctions-and-arbitration.pdf.*

банки, которые бы согласились принимать платежи от «подсанкционных» компаний для покрытия арбитражных расходов. Аналогичная ситуация возникает и при возврате стороне, на которую наложены ОЭМ, неиспользованной части депозита после завершения дела.

Процедуру инициации институционального арбитража, в том числе механизм оплаты арбитражных расходов, сторонам рекомендуется согласовывать на стадии составления арбитражного соглашения. Существует ряд договорных инструментов для минимизации негативных последствий потенциальных ОЭМ, включая «каскадные» арбитражные соглашения (waterfall clauses), альтернативные валютные и платежные условия и др.

Растущее число дел, в которых возникают проблемы с администрированием споров с участием «подсанкционных» компаний, ставит перед юристами несколько концептуальных вопросов.

Во-первых, влечет ли отказ или невозможность со стороны АИ администрировать арбитраж неисполнимость, недействительность или иным образом прекращение действия арбитражного соглашения? От ответа на данный вопрос зависит, прекращается ли пророгационный эффект арбитражной оговорки и возникает ли у «подсанкционной» компании право обратиться за защитой в государственный суд. И если да, то в какой суд.

Во-вторых, если арбитражное соглашение считается неисполнимым в части администрирования спора согласованным АИ (в связи с невозможностью получения им оплаты от стороны спора), отменяет ли это само намерение сторон передать все свои споры в арбитраж (а не в государственный суд)? Другими словами, обязаны ли стороны приложить все возможные усилия для того, чтобы разрешить спор именно посредством арбитража, например адаптировав оговорку под ad hoc?

В-третьих, если в арбитражном разбирательстве ответчик, который находится под санкциями, предъявляет встречный иск, но АИ не может принять от ответчика оплату дополнительного депозита на покрытие арбитражных расходов, и, как следствие, состав арбитража не рассматривает такой встречный иск, нарушает ли это права ответчика? Оказывает ли это влияние на действительность/исполнимость всего арбитражного соглашения? Какой форум становится компетентным рассмотреть подобный встречный иск и не возникнет ли ситуации с параллельными разбирательствами или конкурирующими решениями?

В-четвертых, любой институциональный арбитражный регламент, по сути, является публичной офертой АИ, предлагающего оказать услугу по администрированию спора. Когда стороны включают в договор ссылку на арбитражный регламент конкретного АИ, они принимают условия этой публичной оферты. Если АИ по какой-либо причине отказывается от администрирования спора, означает ли это, что он нарушает взятые на себя обязательства в рамках арбитражного регламента?

В-пятых, если АИ по какой-либо причине отказывается от администрирования спора, влечет ли это гражданско-правовую ответственность АИ? Большинство арбитражных регламентов содержат положения об ограничении своей ответственности, однако такие положения обычно касаются «*любого действия или бездействия в связи с арбитражным производством*»[23]. Однако согласно тем же арбитражным регламентам производство начинается после того, как АИ получает просьбу об арбитраже и оплату регистрационного сбора. Формально любой период времени до начала арбитражного производства (в том числе до уплаты регистрационного сбора) не охватывается положениями арбитражного регламента об ограничении ответственности АИ. Таким образом, сторона, которой отказано в администрировании спора, вправе обратиться в компетентный государственный суд для взыскания убытков в связи с нарушением АИ своих обязательств по арбитражному регламенту.

---

[23] *См. ст. 41 Арбитражного регламента ICC (ICC Rules of Arbitration 2021); ст. 31 Регламента LCIA (LCIA Arbitration Rules 2020); ст. 52 Регламента Арбитражного института при Торгово-промышленной палате г. Стокгольма (SCC Arbitration Rules 2017).*

Формирование состава арбитража

С формированием состава арбитража в спорах, связанных с ОЭМ, также возникают определенные трудности. Некоторые кандидаты могут отказаться от назначения арбитром от стороны под санкциями или председателем состава арбитража, особенно если ОЭМ наложены страной, гражданином или резидентом которой является кандидат. Такая ситуация ограничивает круг кандидатов и замедляет процесс формирования состава арбитража. Ситуация может усугубиться, если применимым материальным правом является право государства, которое наложило ОЭМ, но подходящие кандидаты из этого государства не соглашаются принимать назначения. Еще хуже, если сторона арбитража попадает в списки ОЭМ, когда состав арбитража уже утвержден и началась активная фаза разбирательства. Не исключено, что при этом возникнет необходимость полной или частичной замены состава и «перезапуска» арбитражного процесса. Открытым также остается вопрос о компенсации работы арбитра, который заявляет самоотвод в связи с введенными во время арбитражного разбирательства ОЭМ.

Опрос РАА по влиянию санкций в 2016 году показал, что арбитры в целом не видят проблем с получением назначений от компаний, находящихся под действием ОЭМ. Было опрошено 99 арбитров, 62 из них были гражданами государств, которые ввели ОЭМ против российских компаний, 37 – граждане других стран[24].

77 респондентов (77%) ответили, что если место арбитража находится в государстве, которое ввело ОЭМ, то они все же готовы выступить в качестве арбитров. Отказались бы от назначения 8 человек, 15 не ответили на этот вопрос. Если же место арбитража находится за пределами государства, которое ввело ОЭМ, назначение приняли бы 72 респондента (72%), в то время как 7 опрошенных отказались бы, а 21 человек не ответил на этот вопрос. Результаты Опроса РАА достаточно оптимистичны, однако на практике формирование состава арбитража нередко сопряжено с трудностями. Поэтому на этапе разработки договора и арбитражного соглашения сторонам не следует указывать право государства, которое ввело ОЭМ. Точно так же можно порекомендовать обращать внимание на существующие и потенциальные ОЭМ при выборе места арбитража.

Влияние ОЭМ на коммерческие контракты

Нередко при разрешении спора с участием «подсанкционной» компании возникает необходимость правового анализа влияния ОЭМ на договорные обязательства сторон. Речь может идти о вопросах публичного порядка, форс-мажора, существенного изменения обстоятельств, тщетности, действительности и возможности исполнения договора, затронутого ОЭМ.

Хотя некоторые из этих вопросов могут быть урегулированы в самом договоре, толкование остальных зависит от применимого материального права, особенно его императивных норм. Поэтому их содержание должно учитываться при составлении договора и арбитражной оговорки. Например, одной из таких императивных норм является ст. 11 Регламента Совета ЕС № 833/2014 от 31 июля 2014 года об ограничительных мерах в связи с действиями России, дестабилизирующими ситуацию на Украине, которая гласит:

«1. Никакие иски, возникшие в связи с каким-либо контрактом или сделкой, исполнение которых было нарушено, напрямую или опосредованно, в целом или частично мерами, введенными в соответствии с настоящим Регламентом, в том числе требования о возмещении убытков или другие требования подобного рода, такие как требование о возмещении убытков или требование в рамках обеспечения, а именно иск об увеличении срока или о погашении облигации, залога или гарантии от убытков, в частности, финансовой гарантии

[24] *URL: https://arbitration.ru/upload/medialibrary/083/2016-russian-arbitration-association-survey_sanctions-and-arbitration.pdf.pdf.*

или финансовой гарантии от убытков, в любой формулировке не могут быть удовлетворены, если они подготовлены:

• предприятиями, указанными в пунктах (b) и (c) Статьи 5(1) и пунктах (c) и (d) Статьи 5(2) или перечисленными в Приложениях III, IV, V и VI к настоящему Регламенту;

• другим российским лицом, предприятием или организацией;

• любым лицом, предприятием или организацией, действующими через одного из лиц, предприятий или организаций, указанных в пунктах (a) или (b) настоящего параграфа, или от их имени»[25].

Несмотря на то что ст. 11 не конкретизирует, кто является субъектом правоприменения (используется пассивная форма: *«никакие иски... не могут быть удовлетворены»*), теоретически эту формулировку можно интерпретировать как запрет всем АИ и арбитрам из ЕС удовлетворять любые требования, предъявленные компанией, на которую наложены санкции, или от ее имени. Более того, такой запрет распространяется на любые *«другие российские лица, предприятия или организации»*. Несложно заключить, что ст. 11 Регламента широко применяется европейскими компаниями для ограничения своей ответственности по ранее заключенным договорам с российскими контрагентами, которые попали под европейские ОЭМ.

Учитывая правовые и организационные трудности, которые может вызвать применение того или иного национального права (например, сложности с наймом юристов, экспертов, назначением арбитров), российским компаниям рекомендуется выбирать применимое право нейтрального государства, которое не ввело и вряд ли введет ОЭМ в будущем. Более того, в качестве альтернативы стороны могут полностью исключить применение национального права и обратиться к lex mercatoria и другим типовым документам, разработанным отраслевыми организациями, – например Принципам международных коммерческих договоров UNIDROIT, формам FIDIC, правилам Incoterms и др.

Отмена, признание и приведение в исполнение арбитражных решений

Признание и приведение в исполнение арбитражного решения является конечной целью арбитража. На этом этапе взыскатель столкнется с вопросом о соответствии арбитражного решения публичному порядку государства места исполнения арбитражного решения и ограничениям, связанным с ОЭМ. Тема публичного порядка служит неисчерпаемым источником вдохновения для государственных судов, которые трактуют ее по-разному. Не углубляясь в данный вопрос, можно проиллюстрировать практику применения публичного порядка государственными судами несколькими цитатами: *«Невозможно дать определение публичному порядку, и его сложно описать. Это переменная величина; она должна меняться, и она меняется в зависимости от привычек, уровня интеллектуального развития и допущений конкретного общества»*[26]; *«Невозможно сказать, каков может быть взгляд человека или судьи на то, что такое публичный порядок»*[27]; *«Публичный порядок – это крайне неуправляемая лошадь, однажды оседлав которую, вы не сможете даже предположить, куда она вас понесет»*[28].

Действительно, невозможно сказать, каким окажется взгляд того или иного судьи на публичный порядок, особенно когда речь идет о действии ОЭМ в отношении взыскателя. Но для большинства «подсанкционных» компаний не так уж это и важно, потому как не все смогут успешно добраться до стадии признания и приведения в исполнение арбитражного решения.

[25] *URL: https://base.garant.ru/71613976/9d78f2e21a0e8d6e5a75ac4e4a939832/.*

[26] *Kekewich J. Davies v. Davies (1887), L. R. 36 C. D. 364; see also Egerton v. Earl Brownlow, 4 H. L. C. 1.*

[27] *Jessel M. R. Besant v. Wood (1879), L. R. 12 C. D. 620.*

[28] *Burrough J. Richardson v. Mellish (1824), 2 Bing. 252; quoted by Lord Bramwell in Mogul Steamship Co.; McGregor, Gow and others, 66 L. T. Rep. 6.*

Что делать?

Как правило, ОЭМ вводятся в отношении компаний, которые активно вовлечены в международный торговый оборот. Многие исследования показывают, что именно коммерческий арбитраж является предпочтительным методом разрешения внешнеэкономических споров. Хотя нет никаких сомнений в том, что он таковым и останется, на повестке дня остро стоит вопрос о том, сможет ли институциональный арбитраж адаптироваться к меняющимся обстоятельствам, в том числе к быстрому расширению национальных программ ОЭМ. От этого зависит будущее ведущих АИ. Если АИ не предпримут активных действий по минимизации влияния ОЭМ на администрирование дел, то пользователи начнут уходить в более нейтральные АИ (Азия, Африка, Латинская Америка) либо выбирать арбитраж ad hoc с местом арбитража в нейтральных государствах. Пожалуй, единственным правильным решением было бы исключение арбитража из сферы действия ОЭМ. Именно АИ должны возглавить движение за арбитраж, свободный от политических ограничений, чтобы:

- гарантировать доступ к правосудию, поскольку это является базовым и естественным правом каждого;
- выполнить взятые на себя договорные обязательства по арбитражным регламентам.

Пора вспомнить, что международный арбитраж является делокализованной системой, которая предполагает значительную степень процессуальной свободы сторон. Полномочия АИ и арбитров основаны не на решениях органов исполнительной власти или текущей политической конъюнктуре, а на соглашении равных сторон. Пользователи арбитража сделали свой осознанный выбор. Сейчас мяч на стороне арбитражных институтов: они должны доказать, что выбор пользователей верен.

КАК САНКЦИИ МОГУТ ИЗМЕНИТЬ МЕЖДУНАРОДНЫЙ АРБИТРАЖ. ВЛИЯНИЕ НА ЮРИДИЧЕСКИЙ РЫНОК

Роман Зыков
управляющий партнер, Mansors

Введение санкций в отношении России и ряда российских юридических и физических лиц, а также ответные меры, принятые Россией, стали шоком для мировой экономики и бизнеса. Это привело к расторжению многочисленных контрактов, отмене проектов, прекращению оплат по договорам, приостановке миграции рабочей силы, ограничению обмена информацией, проблемам в области кибербезопасности и др. Кроме того, всего за несколько дней произошли значительные негативные изменения в сфере спорта, культуры, образования и многих других гуманитарных областях. Время покажет, как будут развиваться события, но уже сейчас очевидно, что мировую экономику, а следовательно, и международный коммерческий арбитраж ждут перемены.

На протяжении нескольких десятилетий российский бизнес был пользователем западной правовой инфраструктуры, особенно системы Англии и Уэльса и стран ЕС. Однако сейчас появились сообщения о том, что международные юридические фирмы отказываются представлять интересы российских клиентов, некоторые арбитражные учреждения приостанавливают рассмотрение текущих дел и не принимают новые, а банки не осуществляют переводы денежных средств. Фактически подобные действия можно рассматривать как «отключение» России от западной правовой инфраструктуры. Результатом такой ситуации станет увеличение количества международных сделок с участием российских сторон, совершаемых по российскому праву и, вероятно, по праву Гонконга взамен привычного английского, и растущее использование возможностей гонконгского арбитража вместо других предпочтительных арбитражей. Мы уже на протяжении последних 10 лет наблюдаем постепенный переток в Азию некоторых споров, связанных с Россией.

Санкции привели к росту количества как международных, так и внутренних коммерческих споров. Такие споры могут возникать как итог неисполненных и расторгнутых контрактов, обесценивания валюты, инфляции, применения нового административного и финансового регулирования, беспрецедентных арестов и экспроприации собственности и других обстоятельств.

Ожидаются и кардинальные изменения в системе разрешения международных споров. Мы уже видели массовый уход иностранных юристов из российских проектов и закрытие международных юридических фирм в России. Российские стороны в арбитражном процессе обеспокоены тем, что к ним могут начать относиться предвзято либо юристы откажутся от представительства в начатых процессах. В частности, уже поступали

сообщения о том, что рассмотрение некоторых российских дел было приостановлено, а российские арбитры были исключены из списков арбитров ряда арбитражных учреждений.

Основополагающий принцип равного доступа к правосудию для всех сторон теперь перестал действовать. Потенциально это может негативно повлиять на доверие сторон, в том числе и нероссийских, к самой концепции нейтральности и беспристрастности правовой системы, которая создавалась веками.

Чего ожидать в будущем?

Введение санкций заставляет стороны пересмотреть свою политику разрешения споров и адаптироваться к новой реальности.

Во-первых, возникает вопрос о том, какое место арбитражу стоит выбрать в свете текущих и будущих санкций. Традиционно российские стороны отдавали предпочтение крупным европейским центрам. Статистика за последние 10 лет показывает: споры, связанные с Россией, составляют заметную часть дел в этих центрах, особенно по суммам заявленных требований. Однако с 2014 года некоторым сторонам в ряде арбитражных центров отказывают в принятии исков, поскольку эти центры якобы не могут получить арбитражные сборы от санкционных компаний и банков. Недавний опрос, проведенный Арбитражной Ассоциацией (PAA), подтвердил, что проблема с оплатой арбитражных расходов санкционными лицами действительно существует. Несмотря на то что разрешается подать заявление на получение специальной лицензии от компетентных органов на оплату арбитражных расходов и сборов, на практике таких случаев крайне мало.

Во-вторых, уход иностранных консультантов из российских проектов изменит отечественный юридический рынок. Частично их заменят бывшие сотрудники международных консалтинговых фирм из России, частично – консультанты из государств, которые не ввели / не вводят санкции против нашей страны. Но кем и как быстро европейские и американские юристы в таких фирмах смогут заменить своих российских клиентов?

В-третьих, по тем же причинам, хотя и менее вероятно, иностранные арбитры могут начать отказываться от участия в делах, связанных с Россией, опасаясь стать объектом вторичных санкций: подобная деятельность может квалифицироваться как оказание услуг лицам, попавшим под санкции.

В-четвертых, российские стороны почти наверняка откажутся от выбора английского, швейцарского, сингапурского и шведского применимого права, которое они ранее традиционно использовали в своих контрактах, поскольку не смогут нанять юристов и экспертов или назначить арбитров из этих юрисдикций. Вполне вероятно, что в ближайшие годы будет расти использование в контрактах российского права, а также права Гонконга и даже lex mercatoria. Такое же изменение может произойти в отношении выбора lex arbitri (процессуального права) и, следовательно, предпочтительного места арбитража.

В-пятых, запрет на передвижение российских граждан ограничит возможность некоторых российских сторон и консультантов организовывать и присутствовать на слушаниях в определенных государствах. В итоге стороны станут искать более доступные места для слушаний или будут использовать онлайн-арбитраж там, где это возможно.

В-шестых, отключение российских банков от SWIFT делает оплату арбитражных расходов затруднительной, даже невозможной. Точно так же российские арбитры могут столкнуться со сложностями при получении гонорара по уже завершенным делам. Подобные проблемы потребуют от арбитражных учреждений использования альтернативной валюты.

В-седьмых, применение национальными судами Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года может потребовать уточнений. Возникнут трудности в отношении таких вопросов, как исполнение арбитражных соглашений, которые заключены лицами, находящимися под санкциями, равное отношение к иностранным арбитражным решениям, применение публичного порядка ввиду введенных третьими государствами санкций и т.д.

Любое из вышеперечисленных обстоятельств способно сделать существующие арбитражные соглашения неисполнимыми, и, следовательно, перспектива рассмотрения дел, связанных с санкциями, в соответствии с правилами институционального арбитража может оказаться нежелательной. Складывающаяся ситуация потребует пересмотра и корректировки существующих арбитражных соглашений, адаптации сторон к новым обстоятельствам и приложения максимальных усилий для того, чтобы разрешить свой спор именно в арбитраже, например в формате ad hoc или посредством рассмотрения дела альтернативными арбитражными учреждениями на основании их регламентов. В любом случае рекомендуется заранее связаться с секретариатом согласованного в оговорке арбитражного учреждения, чтобы выяснить, может ли конкретный спор быть рассмотрен в этом арбитраже.

Как снизить возможные риски?

Стороны вправе предпринять ряд мер для снижения рисков, связанных с санкциями.

Во-первых, существует практика заключения каскадных арбитражных оговорок, когда несколько арбитражных учреждений перечисляются в порядке приоритета, так что в случае возникновения спора арбитраж передается учреждениям с наивысшим рейтингом в списке. Если же такое арбитражное учреждение по какой-либо причине не может урегулировать спор, стороны соглашаются передать его в следующее по списку арбитражное учреждение и т.д.

Во-вторых, в коммерческих контрактах все чаще в качестве места арбитража указываются страны Азии и их применимое право. Мы считаем, что эта тенденция станет более явной.

В-третьих, стороны могут договориться об альтернативных системах оплаты, об оплате в разных валютах и предусмотреть механизм корректировки цен.

В-четвертых, стороны вправе обсудить порядок уменьшения или избежания рисков, связанных с санкциями, что позволит им уже после подписания контракта адаптироваться к меняющимся обстоятельствам.

И наконец, следует уделить особое внимание положениям о форс-мажоре, чтобы уменьшить потенциальное влияние внешних обстоятельств на свои контракты.

ИСКЛЮЧИТЕЛЬНАЯ КОМПЕТЕНЦИЯ РОССИЙСКИХ СУДОВ В УСЛОВИЯХ САНКЦИЙ: ЕСТЬ ЛИ ШАНС У МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА?

Сергей Лысов
старший юрист «Кульков, Колотилов и партнеры»

At all events, arbitration is more rational, just, and humane than the resort to the sword.
Ричард Кобден, английский политический деятель

Вводимые в последние месяцы санкции не только затронули практически все сферы экономической и политической деятельности, но и оказали влияние на разрешение споров, что применительно к международному арбитражу в первую очередь сказалось на организации третейского процесса. Так, в частности, у российских компаний проявились затруднения с оплатой арбитражных сборов и наймом иностранных консультантов. Усложнился и процесс сбора доказательственной базы: в случае применения иностранного права обычно требуется получение юридических заключений, и известны случаи, когда иностранные эксперты отказывались делать или подписывать уже подготовленное правовое заключение. Опасения российских сторон связаны также и с возможной предвзятостью иностранных арбитров.

Влияние оказалось столь существенным, что российские компании всерьез озадачились поиском альтернатив традиционным арбитражным центрам, таким как LCIA, ICC и SCC, в пользу либо внутренних арбитражных центров, либо институтов, зарегистрированных в нейтральных (либо условно-нейтральных) юрисдикциях (HKIAC, Гонконг; CIETAC, Китай; DIAC, Арабские Эмираты).

При этом компании, попавшие в санкционные списки, чаще стали прибегать к установленному в ст. 248.1 АПК РФ институту исключительной юрисдикции в отношении споров с «подсанкционными» лицами, а также просить запрет на инициирование или продолжение зарубежных разбирательств на основании ст. 248.2 АПК РФ. Данный институт появился в российском праве в июне 2020 года с принятием так называемого закона Лугового[1].

[1] *Федеральный закон от 8 июня 2020 года № 171-ФЗ «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации в целях защиты прав физических и юридических лиц в связи с мерами ограничительного характера, введенными иностранным государством, государственным объединением и (или) союзом и (или) государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и (или) союза».*

Первоначально закон был критически воспринят юридическим обществом, поскольку он фактически позволяет «подсанкционной» стороне игнорировать установленную в контракте процедуру разрешения споров и обращаться напрямую в российский суд, вводя при этом феномен «условной» исключительной компетенции: обращение в российский суд является правом «подсанкционной» компании, а вынесенное против нее иностранное судебное или арбитражное решение может быть признано в России, если такая компания не заявляла при рассмотрении спора возражений о наличии исключительной компетенции[2]. Иными словами, применение института исключительной компетенции ставится в зависимость от заявления стороны спора, в то время как классическое понимание исключительной компетенции состоит в том, что она может быть ограничена только международным договором[3].

Спорной также представлялась установленная ст. 248.2 АПК РФ возможность присудить неустойку против иностранного контрагента за неисполнение определения о запрете инициировать или продолжать разбирательство, поскольку сумма неустойки, согласно данной норме, может соответствовать сумме требований контрагента.

Тем не менее эти нормы уже активно применяются российскими судами, которые неоднократно принимали определения об антисковых обеспечительных мерах в порядке ст. 248.2 АПК РФ по заявлениям российских лиц, находящихся под санкциями[4]. При этом, как следует из позиции, высказанной Верховным судом в споре «“Уралтрансмаш” против “ПЕСА Быдгощ”»[5], для вынесения запрета на инициирование или продолжение зарубежного разбирательства российской компании достаточно доказать сам факт нахождения под санкциями – доказывать, что они препятствуют доступу к правосудию, не требуется.

В свете усилившегося санкционного давления, которое выражается в занесении в санкционные списки все большего количества компаний и физических лиц, ожидается, что нормы об исключительной компетенции будут применяться значительно чаще. В то же время предоставленное ст. 248.1 и 248.2 АПК РФ право требовать рассмотрения спора в российских судах имеет и оборотную сторону, которая также должна учитываться компаниями, в отношении которых действуют ограничения, принятые иностранными государствами.

Риски для «подсанкционных» компаний

Риск первый. Проблемы с признанием российских решений

Решение российского суда против иностранного контрагента с высокой степенью вероятности потребует признания за рубежом. Исключение составляет ситуация, когда иностранное лицо располагает активами в России, однако, учитывая общее сокращение присутствия зарубежных компаний на российском рынке, в долгосрочной перспективе рассчитывать на удовлетворение требований за счет их российских активов не приходится.

Но если Нью-Йоркская конвенция 1958 года позволяет признать и привести в исполнение решение международного коммерческого арбитража в 169 государствах – участниках конвенции, то с российскими судами ситуация значительно сложнее, поскольку для признания решений государственного суда требуется либо международный договор, либо устойчивая взаимность, которую сами российские

[2] *Часть 5 ст. 248.1 АПК РФ.*
[3] *Арбитражный процесс: учебник / отв. ред. В. В. Ярков. 7-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2017.*
[4] *Постановление Арбитражного суда Московского округа от 25 января 2022 года, постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23 марта 2022 года по делу № А56-57238/2020.*
[5] *Определение СКЭС ВС РФ от 9 декабря 2021 года по делу № А60-36897/2020.*

суды толкуют в узком смысле, зачастую требуя доказательств признания заграничными судами российских решений по схожим делам[6].

Однако даже при наличии международного соглашения сохраняются риски отказа в признании решения российского суда на основании нарушения публичного порядка либо неизвещения иностранного лица. Последний риск не является гипотетическим: иностранные суды могут отказаться исполнять поручения российских судов об извещении зарубежных участников процесса, создавая тем самым препятствия для надлежащего извещения.

В отношении публичного порядка на помощь придет Киевское соглашение о разрешении хозяйственных споров, действующее в рамках СНГ[7], которое не предусматривает нарушения публичного порядка в качестве основания для отказа в признании иностранного судебного решения, о чем ранее отдельно высказывался Экономический суд СНГ[8]. Тем не менее на практике известны случаи, когда российские суды отказывали в признании решений по хозяйственным спорам, принятых судами стран СНГ, со ссылкой на нарушение публичного порядка[9], что дает основания полагать, что и страны СНГ будут придерживаться аналогичного подхода. Кроме того, далеко не все зарубежные контрагенты имеют имущество на территории СНГ.

Риск второй. Отличия в процедуре рассмотрения спора

Традиционно международный коммерческий арбитраж для разрешения споров выбирают, чтобы действительно комплексный спор получил оценку как со стороны арбитров, так и со стороны привлеченных экспертов. В то же время государственные суды зачастую бывают перегружены, и российские здесь не исключение: на рассмотрение спора в процессуальном графике в среднем может быть отведено 20–30 минут. Частично это компенсируется за счет назначения дополнительных заседаний для более подробного изложения сторонами позиций по определенным вопросам, однако на практике такой подход может приводить к неограниченному обмену документами, в том числе с предоставлением ключевых доказательств накануне судебного разбирательства. Строгий регламент разбирательства в международном арбитраже нивелирует данные риски, в то время как российские суды редко наказывают стороны за недобросовестные процессуальные тактики.

Другой важной особенностью, влияющей на глубину рассмотрения спора, является использование свидетельских показаний: если в международном арбитраже они порой играют ключевую роль, то в государственном арбитражном суде свидетели опрашиваются крайне редко. Равным образом недостаточно развит институт перекрестного опроса, в рамках которого могут быть обнаружены неувязки в показаниях свидетелей.

Немалое значение имеет также возможность назначить для рассмотрения спора арбитров, которые глубоко разбираются в проблемном правоотношении – к примеру, если речь идет о конкретной сфере экономических отношений (автору известны арбитражные оговорки, предусматривающие в качестве требования к арбитру опыт работы в гостиничном секторе либо нефтегазовой сфере).

---

[6] Примеры дел, в которых суды устанавливали взаимность в узком смысле: постановление ФАС Северо-Западного округа от 28 августа 2008 года по делу № А56-22667/2007, постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 14 ноября 2016 года по делу № А56-27115/2016, определение ВС РФ от 10 октября 2016 года по делу № А56-71378/2015.

[7] Соглашение стран СНГ от 20 марта 1992 года «О порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности». Киевское соглашение ратифицировано РФ, Беларусью, Узбекистаном, Киргизией, Таджикистаном, Туркменистаном, Арменией, Казахстаном, Азербайджаном и Украиной.

[8] Консультативное заключение № 01-1/3-10 Экономического суда СНГ «О толковании ст. 9 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 года».

[9] Постановление Арбитражного суда Московского округа от 8 ноября 2018 года по делу № А40-185979/17.

Разумеется, сказанное не означает, что государственные суды не способны рассматривать сложные споры, однако разбирательство в международном арбитраже обладает рядом существенных преимуществ.

Данные обстоятельства, наряду с риском отказа в признании российских судов, должны учитываться «подсанкционными» лицами, прежде чем они предъявят требование в российский суд, минуя процедуру разрешения спора, предусмотренную контрактом.

Альтернатива исключительной компетенции

Одним из решений как для «подсанкционных» компаний, так и для их зарубежных контрагентов является указание в контракте арбитражного соглашения, предусматривающего разрешение спора в нейтральной юрисдикции. Так, опцией может стать обращение к таким арбитражным институтам, как HKIAC (Гонконг), CIETAC (Китай) и DIAC (Арабские Эмираты). Ранее к числу нейтральных институтов можно было отнести и SIAC (Сингапур), однако в настоящий момент Сингапур включен в перечень «недружественных стран», утвержденный Правительством РФ[10], поэтому в отношении SIAC имеются те же риски, что и для европейских арбитражных центров[11].

Данное решение не является универсальным и не исключает проблем с оплатой арбитражного сбора, требующей перечисления денежных средств за рубеж. Кроме того, нейтральная юрисдикция может впоследствии поддержать санкции в отношении российских компаний. Не исключено и введение санкций применительно к нейтральной юрисдикции, что также затруднит разрешение споров.

В описанном случае может оказаться полезным включение в контракт «каскадного» арбитражного соглашения, предусматривающего последовательный выбор нескольких арбитражных учреждений.

Изменить арбитражное соглашение возможно и в уже действующем контракте. Не исключено, что иностранные контрагенты согласятся на данный шаг, поскольку в противном случае они окажутся перед выбором: либо разрешать спор в российском суде, либо инициировать разбирательство в юрисдикции, в которой действуют санкции. Второй сценарий, как уже описано выше, опасен тем, что на территории РФ суд может взыскать неустойку, равную сумме исковых требований, или отказать в исполнении решения в России.

Если же по каким-либо причинам выбор нейтральной юрисдикции невозможен, то арбитражное соглашение допустимо модифицировать в пользу разрешения спора одним из арбитражных центров на территории РФ либо иностранным учреждением, имеющим статус постоянно действующего арбитражного учреждения (ПДАУ) в России. В последнем случае наиболее безрисковой альтернативой остается HKIAC, поскольку иные иностранные центры, имеющие статус ПДАУ[12], зарегистрированы в государствах, которые включены в перечень «недружественных».

Несмотря на то что решение будет формально вынесено в России и на него не будут распространяться положения об исключительной компетенции, проблемы с последующим приведением арбитражного решения в исполнение исключать нельзя – как минимум из-за неоднозначного подхода российских судов в вопросах отделения понятий юридического и фактического места арбитража[13].

Разрешение споров на территории РФ можно предусмотреть в качестве одной из опций в рамках «каскадного» арбитражного соглашения.

Таким образом, в текущей ситуации арбитраж по-прежнему предпочтительнее государ-

[10] Распоряжение Правительства РФ от 5 марта 2022 года № 430-р.

[11] 5 марта 2022 года Сингапур ввел санкции в отношении ряда лиц из РФ и торговый запрет на поставку в РФ ряда товаров. – Прим. ред.

[12] VIAC (Вена), ICC (Париж) и SIAC (Сингапур).

ственного суда, поскольку арбитражное решение будет иметь экстерриториальный эффект в силу возможности его признания на основании Нью-Йоркской конвенции. Предоставленное «подсанкционному» лицу право заявлять об исключительной компетенции российских судов должно рассматриваться в качестве важной, но не единственной возможности разрешить спор без влияния санкционных ограничений. В конечном счете способ разрешения споров должен выбираться с учетом анализа множества факторов, в том числе описанных выше, а также с учетом вида введенных ограничений в отношении российского лица, фактической возможности оплатить расходы на ведение разбирательства и практики отечественных судов по применению ст. 248.1–248.2 АПК РФ.

---

[13] *Подробнее о проблематике деления юридического и фактического места арбитража в практике российских судов см.: Муранов А. И. Третейско-сингапурская фикционность и серьезные вопросы, поставленные деятельностью председателя Арбитражного третейского суда г. Москвы, URL: https://zakon.ru/blog/2017/03/30/tretejsko-singapurskaya_fikcionnost_i_sereznye_voprosy_postavlennye_deyatelnostyu_predsedatelya_arbi; Асосков А. В. Допустимо ли передавать чисто внутренние споры без иностранного элемента на разрешение иностранного арбитража? // Закон. 2017. № 8. С. 115–123.*

АРБИТРАЖНАЯ АССОЦИАЦИЯ (РАА) СОСТАВЛЯЕТ ПОЛНЫЙ СПРАВОЧНИК ЮРИДИЧЕСКИХ ФИРМ РОССИИ И СНГ

Обеспечение эффективной коммуникации в период трансформации российского юридического рынка требует новых решений. РАА приглашает вас принять участие в создании полного справочника юридических фирм России и СНГ, который позволит искать компании по их текущему названию, прошлому иностранному бренду, именам юристов и практикам.

Для юридических фирм регистрация и управление своим онлайн-профилем бесплатны! Компании самостоятельно вносят всю необходимую информацию о себе, следят за обновлениями и контролируют актуальность представленных на сайте данных.

Второе назначение справочника – объективный и независимый рейтинг юридических фирм.

Ранжирование выполняется на основе простой и понятной методологии подсчета коэффициента участия юристов в различных практиках компании. При заполнении профиля фирма предоставляет РАА все требуемые сведения.

Юридические фирмы, которые создадут профили на сайте, а также финальный рейтинг компаний будут указаны и в печатной версии справочника. Кроме того, в печатной версии предусмотрены рекламные возможности, которые позволят выделить профиль, разместить логотип и рекламный текст компании или юриста.

Сейчас сайт справочника РАА находится в процессе разработки, его запуск запланирован на июнь 2022 года.

Чтобы оперативно получать информацию о рекламных возможностях сайта, пожалуйста, пришлите запрос на электронную почту victoria.kurashkina@arbitrations.ru.

КАК ЮРИДИЧЕСКИМ ФИРМАМ ВЫЖИТЬ В НОВЫХ УСЛОВИЯХ?

Дмитрий Артюхов
главный редактор Arbitration.ru

12 апреля 2022 года состоялся вебинар Арбитражной Ассоциации «Игра в кальмара на юридическом рынке», на котором ведущие практики – руководители юридических фирм обсудили потрясения, случившиеся в российском пространстве после 24 февраля.

С комментариями выступили управляющий партнер «Мансорс» Роман Зыков, управляющий партнер ЕПАМ Илья Никифоров, управляющий партнер КИАП Андрей Корельский, партнер Morgan Lewis Дмитрий Иванов, председатель Арбитражной Ассоциации Владимир Хвалей, партнер юридической фирмы RSP Сергей Трещев, руководитель юридической фирмы Platforma.Legal Владислав Сурков и партнер юридической фирмы Dentons Роман Зайцев.

Вебинар: «Игра в кальмара на юридическом рынке»

Прощание с матерыми

Заглавной темой конференции стал уход с российского рынка международных юридических фирм – «ильфов», карьера в которых была желанной для российских (и не только!) юристов еще с 1990-х годов: работа в таких компаниях предполагала высокую зарплату, давала возможность выхода на международный рынок и интересные комплексные проекты с международным элементом, а также предусматривала развитую корпоративную культуру.

Последней из иностранных юрфирм, ушедших из России, стала Baker McKenzie, открывшая здесь офис в далеком 1989-м – 33 года назад. С июля 2022 года российский штат фирмы продолжит свое существование обособленно, в виде российского юридического лица – об этом рассказал на конференции Владимир Хвалей. Другой крупный игрок, Dentons, который объявил об уходе чуть раньше, скорее всего, останется в аналогичном формате. «На сегодня главная задача – сохранить сотрудников», – отметил Роман Зайцев, партнер Dentons.

По словам Дмитрия Иванова, в Morgan Lewis работа с имеющимися клиентами будет идти из зарубежных офисов, офис на территории России закроется. Пандемия показала, что есть множество рабочих моментов, которые не требуют личного присутствия сотрудников, а в случае необходимости можно найти ресурсы, которые позволят решать задачи на месте. При этом Morgan Lewis уходит без превращения в «рульф».

Сам юридический процесс закрытия филиала или представительства может занимать от полугода до года, рассказал Сергей Трещев. Squire Patton Boggs, партнером которой он был ранее, объявила о закрытии 9 марта 2022 года. Переговоры о переподчинении российского офиса филиалу в Дубае результатов не дали, поэтому сотрудникам и партнерам фирмы пришлось принимать решения о своей дальнейшей судьбе самостоятельно. Несколько партнеров, включая самого Трещева, перешли в консалтинговую фирму RSP Legal. Иностранных компаний, которые временно приостановили деятельность, оставив зарегистрированное юрлицо, чтобы потом можно было вернуться, практически нет. Большинство фирм сообщили в пресс-релизах о полном прекращении работы в стране, пояснил Дмитрий Иванов.

Цементирование национального рынка

У российских юридических фирм отношение к происходящему неоднозначное. Нельзя не признать, что иностранные компании привнесли в Россию передовые практики. В то же время, как отметил Илья Никифоров, управляющий партнер ЕПАМ, уход зарубежных юрфирм «продемонстрировал их истинное отношение к российским доверителям».

По словам Андрея Корельского, управляющего партнера КИАП, с одной стороны, в их фирму теперь стремятся перейти квалифицированные юристы, прежде работавшие в иностранных компаниях. С другой – положительная кадровая тенденция частично нивелируется тем, что общая экономическая ситуация остается очень сложной. По мнению спикера, в ближайшее время российский юридический рынок будет напоминать украинский, где доля иностранных юрфирм была невелика, а большинство составляли национальные компании.

Разумеется, к «рульфам» переходят не только кадры, но и клиенты иностранных структур. Владислав Сурков, руководитель юридической фирмы Platforma.Legal, отметил, что, хотя его компания не входит в число крупнейших, с февраля 2022 года к ним обратилось множество клиентов, которые раньше не были заинтересованы в таком сотрудничестве.

Форма юрфирмы в новых условиях

В сложившей ситуации снова стал актуален разговор о форме, в которой лучше всего существовать юридическим фирмам. Андрей

Корельский заявил, что с точки зрения организации наиболее удобной является форма адвокатского бюро. Сергей Трещев возразил, что на сегодняшний день адвокатское бюро как организационно-правовая форма требует доработки и структурной формализации. Кроме того, по словам Владимира Хвалея, для приобретения статуса адвоката многим партнерам придется сдать соответствующий экзамен, а значит, снова сесть за учебники.

Компенсации уволенным юристам

Выплаты при сокращении составили в среднем от трех до шести месячных окладов, поделился Андрей Корельский. Такие компенсации позволят юристам спокойно переждать и осмотреться. Однако те, кто ищет работу уже сейчас, готовы к значительному снижению дохода: юристы среднего уровня с зарплатой 5–6 тыс. долл. согласны на 2–3 тыс. Зачастую специалистам предлагается релокация, она также может быть сопряжена с уменьшением зарплаты.

По словам Владислава Суркова, компенсация может достигать и девяти окладов, однако в этом случае она выплачивается не единовременно: такой подход позволяет защитить финансы фирмы на период закрытия. Схему, при которой юристов нанимают на минимальный оклад плюс проценты, описанную Владимиром Хвалеем, спикеры не подтвердили. Запаса партнерских выплат за 2021 год хватит, чтобы нанимать юристов на стабильные условия до конца года, отметил Андрей Корельский.

Взаимоотношения с головным офисом

Связи с материнской иностранной компанией -акционером стали отдельной темой вебинара. Российские юристы, отношения с которыми были прерваны по решению руководителей зарубежных фирм, уже вряд ли встретят прежних коллег с распростертыми объятиями. С другой стороны, у юрфирм отношения с западными акционерами обычно довольно цивилизованные, и пока случаев, чтобы западная фирма ушла, а ее российские сотрудники настаивали на продолжении работы под тем же названием, не было. Однако в ближайшее время такие прецеденты наверняка появятся, считают спикеры.

Что сейчас писать в контрактах в качестве применимого права?

В новых условиях российским компаниям приходится отказываться от ранее популярной юрисдикции Англии и Уэльса, а также от английского права, выбранного для урегулирования отношений сторон, поскольку многие английские адвокаты отказываются работать с российскими клиентами из-за санкций. К санкциям присоединилась и другая недавно популярная юрисдикция общего права – Сингапур.

Роман Зыков, партнер юридической фирмы «Мансорс», отметил, что российские клиенты оказались, по сути, брошенными, а контракты и международные судебные и арбитражные процессы остались в подвешенном состоянии. Выбор определенной юрисдикции, по словам Зыкова, является инвестицией со стороны компаний, так как клиенты продумывают стратегию юридической защиты своего бизнеса и разрешения споров в этой юрисдикции, привлекая соответствующих консультантов.

«Все больший вес приобретает российское право – в той степени, в которой иностранные контрагенты готовы его принять», – так прокомментировал ситуацию Роман Зайцев. По его словам, за последние годы отечественное право получило множество инструментов, ранее доступных только другим правовым системам, что признают и зарубежные контрагенты. В области разрешения споров остаются популярными азиатские арбитражные центры, причем лидирует Гонконг, не присоединившийся к антироссийским санкциям. Однако многие готовы всерьез рассматривать и китайские континентальные арбитражные учреждения.

Однако и в прежних юрисдикциях находятся юристы, готовые работать с российскими клиентами. И хотя они в 5–10 раз повышают ставку в качестве «платы за токсичность», россияне зачастую вынуждены соглашаться на такие условия. По мнению Андрея Корельского, в перспективе российские судебные и арбитражные решения в подавляющем большинстве не будут приводиться в исполнение за рубежом, а иностранные решения – в России. Азиатские арбитражные учреждения тоже могут легко поменять свою позицию, поэтому российское юридическое сообщество сейчас находится в поиске компромисса.

Илья Никифоров считает, что им станет арбитраж ad hoc – предтеча современного институционального арбитража. Спикер призвал не забывать и про международные модельные инструменты частного права: принципы договоров УНИДРУА. Возможно, имеет смысл создать специализированное арбитражное учреждение наподобие Iran-US Claims Tribunal – Международной комиссии по разрешению споров между Ираном и США.

Нынешняя ситуация очень напоминает события, произошедшие после иранской революции 1979 года, отметил Владимир Хвалей.

Особую актуальность приобретают инструменты lex mercatoria, принципы FIDIC для строительных споров. Также возрастет роль самого договора как источника права. Контракты станут значительно более подробными, уверен Роман Зыков. В Арбитражной Ассоциации есть специализированная рабочая группа по арбитражу ad hoc, и ее возможной новой задачей станет создание списка лиц, назначающих арбитров в арбитраже ad hoc и администрирующих его. В нынешней системе международного разрешения споров такой вариант может быть оптимальным, согласился Владимир Хвалей.

Не стоит демонизировать всю западную юридическую систему, заявили Сергей Трещев и Владислав Сурков. Сергей рассказал о готовности швейцарских и американских юристов работать с «неподсанкционными» клиентами, а Владислав привел в пример дело, рассмотренное в конце марта Высоким судом Британских Виргинских Островов, в котором судья предписал юридической фирме Ogier представлять банк ВТБ несмотря на введенные против него санкции1.

Как рейтинговать?

Популярные западные рейтинги Chambers, Legal 500 и Best Lawyers отказались оценивать и включать в свои публикации российские юридические фирмы. Как ранжировать новые компании, которые появятся после ухода иностранных структур? Нужно создать рейтинговую систему, которая следовала бы принципам хорошо зарекомендовавших себя зарубежных рейтингов, но была применима для России, предложил Владимир Хвалей. Такой рейтинг для юрфирм с развитой практикой в сфере третейского и судебного разбирательства может быть создан на базе Арбитражной Ассоциации, согласился Сергей Трещев. Однако для объективного ранжирования нужны отзывы клиентов. Разумеется, рейтинг должен быть неангажированным и прозрачным, заявил Андрей Корельский. Кроме того, как отметил Роман Зайцев, в поиске специалистов по российскому праву и юрфирм-партнеров из России иностранные компании будут ориентироваться на прежние связи. С этим согласился и Дмитрий Иванов. По его мнению, работа через проверенные контакты и «сарафанное радио» будет по-прежнему актуальна.

В завершение дискуссии Владимир Хвалей анонсировал выпуск Арбитражной Ассоциацией справочника по российским юридическим фирмам, который покажет, как изменился российский ландшафт юридического бизнеса в 2022 году.

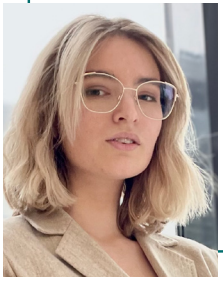
Главную мысль вебинара выразил Андрей Корельский: выжить участникам российского юридического рынка сейчас позволят только выручка и взаимопомощь. Они нужны как никогда. Не стоит забывать, что именно они помогли остаться в живых и главному герою сериала, давшего название онлайн-мероприятию.

[1] *JSC VTB Bank v. Sergey Taruta and Arrowcrest Ltd. BVIHC (COM) 2014/0062. – Прим. ред.*

ОБЗОР VIII ЕЖЕГОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ РАА

Анастасия Коновалова

Мария Коптелина



Эмма Штегман

20 апреля 2022 года в Москве в офлайн-формате прошла восьмая по счету ежегодная конференция Арбитражной Ассоциации.

Модератором первой сессии ***«Юридический рынок трансформируется, актуальные вопросы по-прежнему остаются»*** выступил **Александр Попелюк**, партнер практики банкротства, руководитель практики разрешения споров Lidings.

Дмитрий Дякин рассказал о финансировании споров третьими лицами в широком смысле (как процессов в государственных судах, так и в арбитраже), о критериях выбора дел для финансирования, основных игроках и тенденциях на данном рынке. Спикер отметил, что в России рынок находится на начальной стадии развития: нет даже приблизительных данных об объеме рынка, мало специализированных компаний – в отличие от огромного рынка, сложившегося на Западе (в 2019 году фонды потратили на финансирование процессов порядка 11,473 млрд долл., при этом арбитраж занимает чуть больше четверти). Основные игроки в этой сфере преимущественно из США и Великобритании. Выступление Дмитрия получило горячий отклик участников конференции и вызвало оживленное обсуждение в зале.

Александр Забейда, адвокат, управляющий партнер АБ «Забейда и партнеры», посвятил свою речь теме *«Новые периметры рисков: корпоративные конфликты в изменяющейся бизнес-среде»*. Александр заявил, что в настоящее время распространились так называемые естественные корпоративные конфликты. Такая тенденция объясняется тем, что почти все крупные российские компании были созданы в 1990-х годах, и закономерно, что именно сейчас осуществляется передача бизнеса новому поколению. Спикер обратил внимание на то, что в рамках корпоративных конфликтов, связанных с наследованием, нередко возникают споры с уголовно-правовым элементом и корпоративные споры о праве на имущество. По мнению Александра, число подобных споров будет лишь расти, поскольку пока нет культуры трансформации активов при наследовании, как показало дело вокруг группы компаний «Ростагроэкспорт», связанное с разделом собственности между бывшими партнерами и дочерью покойного руководителя бизнеса Б. Ю. Александрова.

Максим Кульков, управляющий партнер «Кульков, Колотилов и партнеры», осветил тему *«Являются ли санкции и военные действия форс-мажором, позволяющим избежать ответственности за неисполнение обязательств по контрактам?»*. Он проанализировал признаки непреодолимой силы и обстоятельства, подлежащие доказыванию на основании п. 3 ст. 401 ГК РФ, подчеркнув, что следует отличать форс-мажор от существенного

изменения обстоятельств по ст. 451 ГК РФ, дающего основание для расторжения договора, а также от прекращения обязательства в силу невозможности исполнения (ст. 416 ГК РФ) либо на основании акта органа государственной власти или местного самоуправления (ст. 417 ГК РФ). Далее Максим привел примеры из практики, где суды то признавали наличие форс-мажора, то отказывали в таком признании, в том числе в отношении введенных санкций или ведущихся военных действий. В конце своего выступления спикер дал практические рекомендации, касающиеся составления форс-мажорной оговорки (должникам желательно максимально подробно указать возможные форс-мажорные обстоятельства, а кредиторам, наоборот, исключить их) и порядка действий в случае наступления форс-мажора (для должников – уведомить кредитора о форс-мажоре, получить сертификат из ТПП и предоставить доказательства наступления подобных обстоятельств, для кредиторов – установить короткий срок уведомления о форс-мажоре и ссылаться на отсутствие сертификата ТПП).

Александр Попелюк, партнер практики банкротства, руководитель практики разрешения споров Lidings, рассказал о тотальном моратории на банкротство, недавно введенном в России практически в отношении всех физических и юридических лиц, если только они не отказались от него. К плюсам такого закона для должников можно отнести отмену финансовых санкций, получение судебной рассрочки, запрет на взыскание заложенного имущества, возможность договориться о мировом соглашении. К минусам, влияющим в первую очередь на кредиторов, относятся невозможность подать заявление о банкротстве, запрет распределения прибыли и выплаты дивидендов, запрет выдела доли, выкупа размещенных акций, выплаты действительной стоимости доли, продление сроков оспаривания подозрительных сделок. В качестве рекомендаций для кредиторов Александр предложил просуживать долги должников, тогда как должникам стоит трезво оценивать свои шансы и при необходимости самостоятельно инициировать банкротство.

В рамках второй сессии ***«Мир вокруг нас изменился, и мы изменились вместе с ним»*** **Антон Мальцев**, партнер Baker McKenzie, выступил с докладом о том, что ждет судебных юристов в текущей ситуации. Он отметил, что в нынешних условиях наблюдается рост числа «кризисных» споров – долговых и банкротных, поэтому перспективы для работы судебных юристов, безусловно, есть. Спикер подчеркнул,

что современные «кризисные» споры имеют свою специфику. В частности, одна из главных особенностей заключается в том, что суды охотнее принимают меры по обеспечению иска. Новые споры отличаются от споров прежних лет еще и более частой подачей специфических исков о понуждении к оказанию услуг, выполнению работ и поставке товаров, а также коллективных исков о понуждении к обслуживанию, что связано с уходом многих иностранных компаний с российского рынка. Антон также упомянул о новых важных для юристов-судебников законопроектах, особо отметив законопроекты о криминализации ответственности за санкционный комплаенс и о внешнем управлении организациями с иностранным участием.

Сергей Лысов, старший юрист «Кульков, Колотилов и партнеры», выступил на тему *«Споры с "подсанкционными" компаниями: правила игры»* и напомнил, что в сентябре 2022 года исполнится 100 лет с тех пор, как в России под арбитражем стали подразумевать осуществление правосудия государственными арбитражными судами, что с учетом недавно появившейся ст. 248.1 АПК РФ об исключительной компетенции российских судов вызывает больше вопросов, чем ответов. Сергей рассказал о влиянии санкций на арбитраж, о правах и рисках для «подсанкционных» лиц в связи со ст. 248.1 АПК РФ, об упрощении стандартов доказывания, вызванном делом «"Уралтрансмаш" v. "ПЕСА"», а также о других громких делах, связанных с санкциями. Спикер указал на наметившийся «разворот на Восток» для российских споров в арбитраже. В завершение дискуссии по теме была представлена игра по мотивам сказки о колобке, разработанная Владимиром Хвалеем и посвященная арбитражу.

Максим Кузьмин, адвокат, советник BGP Litigation, продолжая тему влияния санкций на арбитраж, сообщил о возможности оспорить внесение в санкционные списки и потенциале исключения из них на примерах сирийского, иранского и белорусского списков в практике Суда ЕС. Спикер обратил внимание собравшихся на особенности дел, начатых по заявлениям российских сторон, которые попали в санкционные списки еще в 2014 году (их всего 10), а также привел аргументы из тех дел, которые были успешно оспорены заявителями из других государств. Ключевым изменением 2022 года стало разрешение включать в санкционные списки любое лицо, которое создает доход для российской экономики, что в дальнейшем может поставить вопрос о применении принципа пропорциональности.

Дискуссия об изменениях в международном арбитраже завершилась выступлением модератора второй сессии **Романа Зыкова**, генерального секретаря РАА, партнера «Мансорс». Спикер предложил аудитории обсудить новую модель международного арбитража. По словам Романа, на данный момент большое количество дел с российским участием приостановлены для подачи комментариев по поводу влияния санкций, арбитры сталкиваются с необходимостью изучения ст. 248.1 АПК РФ. Одновременно возникают проблемы с оплатой арбитражных сборов, поскольку зарубежные арбитражные институты работают лишь с одним-двумя банками. В связи с этим актуальным становится вопрос о судьбе арбитражного соглашения, адресующего споры из конкретного договора в арбитражный институт, который неспособен администрировать дело по причине санкций. Возможно, в таком случае должен превалировать проарбитражный подход, и спор следует передать на рассмотрение ad hoc. В завершение дискуссии спикер отметил возросшее качество услуг российских арбитражных учреждений и призвал задуматься о рассмотрении споров в них.

Baker McKenzie.

INTERNATIONAL ARBITRATION

YEARBOOK 2020-2021

We are pleased to announce that the latest edition of the Baker McKenzie International Arbitration Yearbook is now available. This new edition reviews important developments in arbitration over the past year across 47 jurisdictions.

https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2021/03/international-arbitration-yearbook-2021

Baker McKenzie.

MANSORS

Инфопартнеры

Arbitration.ru

RUSSIAN ARBITRATION ASSOCIATION

CIS Arbitration Forum

Russia- and CIS-related International Dispute Resolution

LAWFIRM.RU