

KK & P
TRIAL LAWYERS

KULKOV
KOLOTILOV
& PARTNERS



MASTERS' GAMES

Финальный отчет

Тренер: Максим
Кульков
Помощники тренера:
Александра Чиликова
Сергей Лысов

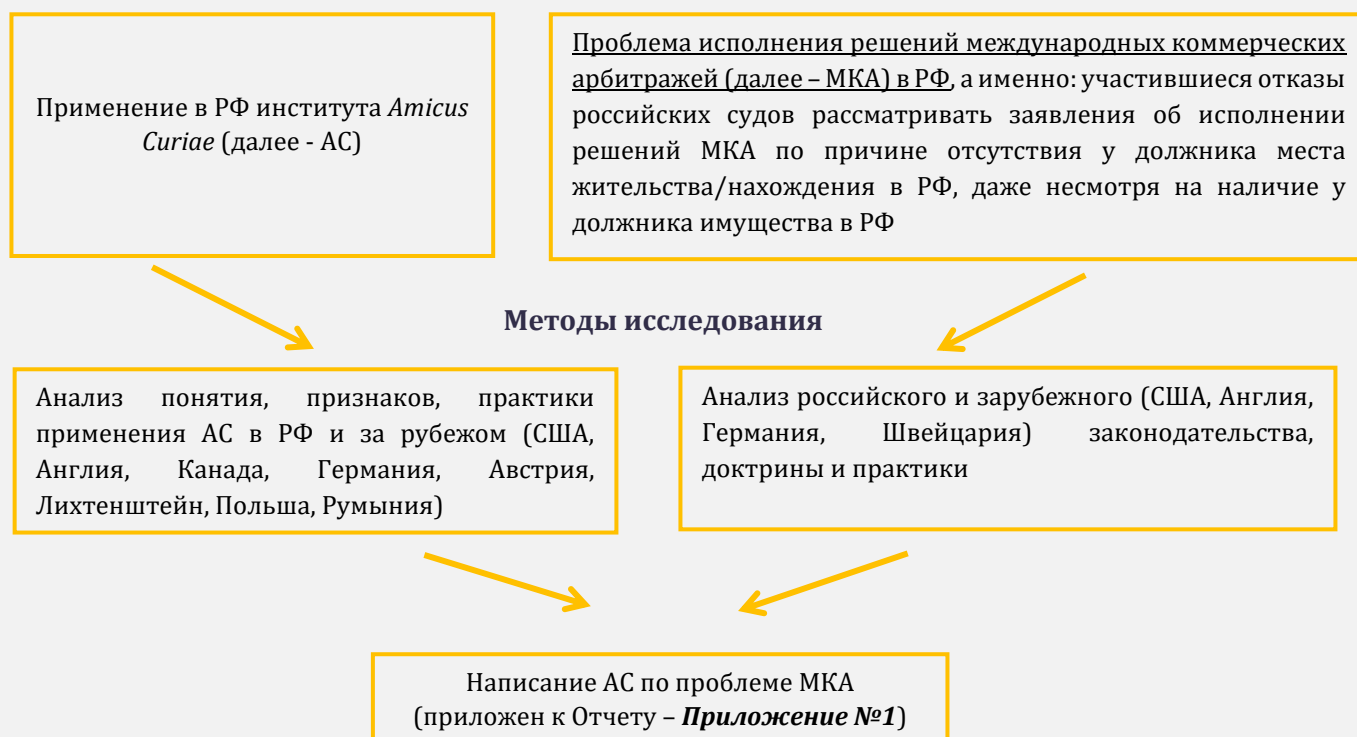
Участники:
Владимир Ваулин - 4 курс, МГУ
(староста)
Ева Бромберг - 3 курс, МГУ
Дарья Грехова - 3 курс, МГУ
Юлия Крючкова - 3 курс, НИУ
ВШЭ
Юлия Малевич - 4 курс, МГУ
Ольга Саликова - 4 курс, МГУ

За период с 6 октября до 30 ноября мы:

- ✓ Провели 10 встреч с тренерами в офисе фирмы. Общая продолжительность встреч – 26,5 часа. Средняя продолжительность 1 встречи – 2,5 часа.
- ✓ Изучили массу русскоязычной и иностранной литературы по теме, а также проанализировали российскую и зарубежную судебную практику.
- ✓ Сняли 9 видео-интервью с участниками команды и нашими тренерами.
- ✓ Провели 2 опроса по нашей проблеме среди юристов в группе Facebook.
- ✓ Связались с юристами, представлявшими интересы взыскателей в делах, по которым писался *Amicus Curiae*, чтобы подробнее выяснить обстоятельства дела и обменяться наработками.

1. Введение

Цель проекта – анализ двух проблем:



За основу AC мы взяли дело, рассмотренное Верховным Судом РФ 11 сентября 2017 года, в котором Суд признал правомерным прекращение производства по заявлению о признании и приведении в исполнение решения LCIA против иностранного должника (*Определение Верховного Суда РФ от 11.09.2017 г. по делу N А40-183971/2016*). В данном деле суд первой инстанции прекратил производство, посчитав, что решение МКА должно исполняться по месту регистрации должника, а не по месту нахождения его имущества.

Чтобы подробнее выяснить обстоятельства дела, мы связались с юристом, представлявшим интересы взыскателя в данном деле. Кроме того, мы связались с иными юристами по подобным делам, чтобы обменяться наработками.

Актуальность тем

10 октября 2017 г. КС РФ в Регламент КС РФ внесена статья об AC: закреплено право подавать «Инициативные научные заключения» независимыми лицами

Во время работы над нашим проектом было вынесено новое отказное определение AC Волго-Вятского округа, в котором суд возвратил заявление об исполнении решения МКА против немецкой компании

2. *Amicus Curiae*

2.1 Сущность института *Amicus Curiae*, практика его применения в России и за рубежом

2.1.1 Понятие



2.1.2. Признаки

- **По процедуре вступления в дело.** В основном, АС подается по инициативе независимой третьей стороны. Однако может вступать в дело по приглашению суда (Германия, Румыния).
- **Анализируемые вопросы.** АС в большинстве случаев служит консультантом по правовым вопросам или специалистом в судебной практике по проблемному вопросу.
- **Доказательственная сила**
 - По общему правилу не является доказательством (Германия, США)
 - В некоторых правовых порядках приобщается к делу в качестве доказательства с возможностью вызова АС для дачи устных показаний по вопросам АС (Англия, Австрия, Франция)
- **Позиция по делу**
 - Многосторонняя (двойная позиция) (Канада)
 - Односторонняя (Австрия, Лихтенштейн)
- **Связанность со сторонами дела**
 - Нанимаемые сторонами (США)
 - Независимые (Германия)
- **Использование в судебном решении. Суд вправе:**
 - Учесть мнение АС и даже процитировать его в судебном решении (США)
 - Указать на факт подачи по делу АС (Польша)
 - Не сообщать о наличии в деле АС (Канада)
- **Основания вступления в дело**
 - По предложению суда (Польша)
 - По инициативе авторов АС (Англия, США)
- **Кто не может подавать**
 - Коммерческие организации (США)
 -

2.1.3. Интересные факты из зарубежного опыта

Обложка поданной записки АС должна иметь строго определенный цвет, в зависимости от того, подана ли она в поддержку стороны, или же в поддержку отмены решения суда (Правила US Supreme Court)

К концу 20 столетия практически в 90% дел, рассматриваемых в Верховном Суде США, участвовал хотя бы один АС.

В Румынии запрещено подавать АС, за исключением одной категории дел – это дела о дискриминации.

Во Франции в 2010 АС закрепили в Кодексе об административном производстве,

2.1.4 Применение института АС в РФ

1) Признаки:

- В РФ АС подаются по инициативе третьих лиц, однако нам известен случай, когда в одном деле судья сам попросил Институт права и публичной политики составить АС, а затем приобщил его к материалам дела (*Постановление КС РФ № 1-П от 19.01.2017*).
- АС содержат в себе как вопросы права, так и выходящие за его пределы вопросы. Например, по одному делу был подготовлен доклад об экономических оценках вариантов решения вопросов об увеличении уставного капитала ООО (*Постановление КС РФ от 21.02.2014 № 3-П*).
- АС не являются доказательством, они могут лишь содержать схожую точку зрения, которой придерживается Суд в решении по конкретному делу.
- АС может содержать как обобщение международной практики по данному вопросу (например, в АС РАА), так и конкретную позицию по одному вопросу (например, в АС Института права и публичной политики).
- АС составляются независимыми лицами, имеющими лишь общественную заинтересованность в решении вопроса.
- Круг лиц, подающих АС в РФ никак не ограничен. В уже существующей практике АС такими лицами являются:
 - некоммерческие организации (например, РАА);
 - научные организации, осуществляющие деятельность в сфере права (КС РФ);
 - граждане;
 - коммерческие организации (например, юридические фирмы);
 - отдельные ученые и теоретики права;
 - прокурор. Существует точка зрения, что прокурор может оказывать помощь суду в разрешении гражданского дела, так как его заключение основано на объективной оценке всех представленных доказательств.

2) Регламент КС РФ с октября 2017 года предусматривает возможность использования в деле инициативных научных заключений.

Кто может предоставлять:

- научные организации, осуществляющие деятельность в сфере права;
- граждане, осуществляющие научную деятельность в сфере права.

Они не могут требовать предоставления Конституционным Судом материалов дела для подготовки ими инициативного научного заключения.

Содержание заключений:

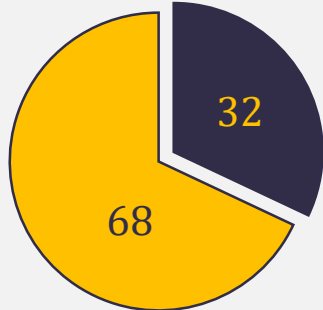
- должны отвечать требованиям объективности;

- должны содержать правовую позицию, свободную от политических пристрастий.

Роль инициативных заключений:

- в большинстве случаев приобщаются к материалам дела, направляются судьей-докладчиком судьям Конституционного Суда и сторонам.

3) Статистика использования *Amicus Curiae*



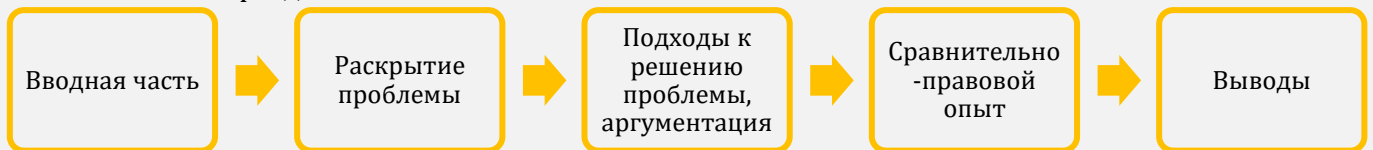
- Воспринятые АС
- Оставленные без внимания

Мы нашли и проанализировали не менее 14 примеров инициативных заключений в Конституционный Суд РФ, 3 в Верховный Суд РФ и 2 в Арбитражный суд Московского округа.

Таблица с анализом данных заключений прилагается (*Приложение №2 к Отчету*).

2.2 Структура и содержание выполненного *Amicus Curiae*

Мы составляем АС по собственной инициативе, осознавая важность поднятой проблемы. Заключение состоит только из правовых вопросов, содержит разные возможные позиции по решению проблемы. Так как АС может быть подан только по конкретному делу, мы взяли за основу своей работы одно из дел, находящихся в производстве ВС РФ. Подготовленный нами АС по вопросу исполнения решений МКА состоит из 5 разделов:



2.3 Возможности дальнейшего применения и использования института *Amicus Curiae* в российской практике как по вопросам коммерческого арбитража, так и по вопросам других отраслей права:

2.3.1 Плюсы и минусы института

+	-
Возможность всестороннего исследования конкретного вопроса	Влияние на независимость суда
Независимая и незаинтересованная экспертиза в той или иной области	Возможная перегрузка суда
Форма общественного воздействия на суд	Возможность намеренного создания АС с необъективным содержанием для поддержки стороны дела
Возможность участия профессионального сообщества в разрешении сложной правовой проблемы	Удлинение производства по делу

2.3.2 Соотношение *Amicus Curiae* с существующими инструментами участия в деятельности Судов

- **Пленумы Высшего Арбитражного Суда (до 2014 года) и Верховного Суда РФ.** Схожесть института АС и Пленумов – участие ученых, отличие – АС создается по конкретному делу, а Пленумы обобщают судебную практику дают рекомендации по разрешению споров. В теории

Постановлениям Пленума может предшествовать АС, аргументы которого могут быть закреплены в Пленумах.

- **Научно-консультативный совет при судах РФ.** Схожесть: в составлении принимают участие ученые-правоведы. Отличие: советы дают разъяснения не по конкретным делам, а по общим проблемам.
- **СМИ.** В средствах массовой информации при обзоре конкретных дел зачастую пишут отдельные мнения по проблемным вопросам. Высказываются и известные юристы, например, на zakon.ru, pravo.ru. Содержание статей на этих ресурсах может быть схожим с содержанием АС, но есть риск того, что до судьи статьи не будут донесены, в отличие от АС.
- **Экспертные заключения.** В РФ экспертное заключение по праву проводится только по вопросам иностранного права и может использоваться как доказательство при вынесении судебного решения (п. 8 Постановления Пленума ВАС РФ от 20 декабря 2006 г. N 66 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе»). Авторы АС не являются стороной по делу, и сам документ не является доказательством по делу.

2.3.3 Примеры ситуаций, когда *Amicus Curiae* был бы полезен, но его не готовили

- А.Г. Карапетов писал на zakon.ru свое мнение по делу, рассматриваемому в ВС РФ по поводу допустимости снижения платы за отказ от договора (*Определение о передаче 26 мая 2017 года по делу №309-ЭС17-1058*). Артём Георгиевич выразил мнение, что в деле есть основания для отмены предыдущих судебных актов по вопросам права. Однако Определением ВС РФ от 28 июня 2017 года решение нижестоящих судов было в части оставлено в силе. Возможно, если бы Артёмом Георгиевичем был составлен АС, решение ВС было бы другим.

3. Исполнение арбитражных решений против иностранных должников

3.1. Механизм исполнения арбитражных решений

В РФ арбитражные решения исполняются по заявлению взыскателя о признании и приведении в исполнение решения (на основе Закона о МКА и Нью-Йоркской конвенции, АПК или ГПК). На практике возникают проблемы в связи с некоторыми пробелами в регулировании процедуры исполнения арбитражных решений, например:

- ⊗ злоупотребление понятием публичного порядка как основания для отказа в исполнении арбитражных решений;
- ⊗ «вторжение» судов в существо спора;
- ⊗ проблемы с арбитрабельностью (например, до недавнего времени корпоративных споров);
- ⊗ отказ судов в признании компетенции на исполнение арбитражных решений,
- ⊗ и др.

3.2. Значимость Нью-Йоркской Конвенции

В настоящий момент 157 государств являются подписантами Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, в России данная Конвенция вступила в силу в 1960 году.

Работа над проектом Конвенции была вызвана необходимостью создания такой модели арбитражного решения, которое было бы независимым от национального права и могло бы «создавать эффект» в разных странах.

Одна из основных целей, которую преследует Конвенция – это либерализация процедуры признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения. Так, Конвенция закрепляет ограниченный перечень оснований для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (ст. 5).

В настоящий момент Нью-Йоркская конвенция является основополагающим международно-правовым актом в сфере исполнения решений МКА.

Последствия нарушения Нью-Йоркской Конвенции 1958 года

Потеря инвестиционной привлекательности
Разрыв экономических связей
Падение международного авторитета

3.3 Проблема исполнения арбитражных решений против иностранных должников России

ч. 1 ст. 242 АПК РФ

"Заявление о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений подается стороной, в пользу которой принято решение, в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения или месту жительства должника либо, если его место нахождения или место жительства неизвестно, по месту нахождения имущества должника"

Суды зачастую буквально толкуют данную норму: если место должника известно, то решение должно исполняться только там, а не по месту нахождения имущества. Такое толкование ст. 242 АПК РФ фактически лишает взыскателя возможности обратиться за исполнением иностранного арбитражного решения на имущество иностранного лица, находящееся в России. Создается ситуация, при которой иностранному должнику, против которого вынесено арбитражное решение, достаточно вывезти ликвидное имущество в РФ, чтобы решение третейского суда стало фактически неисполнимым.

Ранее судебная практика по данному вопросу разнилась. Однако 11.09.2017 г. ВС РФ вынес определение, в котором подтвердил, что ст. 242 АПК РФ должна толковаться именно буквально, как указано выше (*Определение Верховного Суда РФ от 11.09.2017 г. по делу N А40-183971/2016*). С этого момента начала появляться негативная практика на уровне кассации (см. Постановление АС Волго-Вятского округа от 09.10.2017 г. по делу № А38-1384/2017).

3.4. Необходимость изменения негативной практики

Текущая ситуация не отвечает потребностям международной торговли и нарушает порядок признания и исполнения решений иностранных арбитражей, предусмотренный Нью-Йоркской Конвенцией. Российские суды *de facto* «создали» новое основание для «отказа» в исполнении арбитражных решений, которое выходит за рамки закрытого перечня ст. 5 Нью-Йоркской Конвенции. Такая практика может причинить значительный вред участникам гражданского оборота и спровоцировать недобросовестную практику, например:

- ⊗ Переход российских юридических лиц в офшорные юрисдикции с целью получения «фактического иммунитета» от признания и исполнения арбитражных решений против них.
- ⊗ Иностранные должники будут вывозить в Россию ликвидное имущество, чтобы решения МКА стали невыполнимыми.

Нестабильность в признании и приведении в исполнение решений иностранных арбитражей



Подрыв доверия к арбитражу как способу разрешения споров

Необходимо изменение сложившейся негативной судебной практики по вопросу признания и исполнения решений иностранных арбитражей в России, а также эффективный инструмент, который может помочь в изменении практики – *Amicus Curiae*.