

# КОРПОРАТИВНЫЙ ЮРИСТ

СЕНТЯБРЬ 2022

№ 9

**Параллельный импорт.  
Пять правил новой  
схемы торговли**

→10

**Проведите ревизию  
работы с персональными  
данными: дорожная  
карта изменений**

→20

ЛИЧНАЯ  
КОНСТИТУЦИЯ  
**ОЛЕГА  
ЗАЙЦЕВА**

→52



**«Форс-мажором  
зарплату  
не заплатишь  
и бизнес  
не сохранишь»**

**Алексей Карпенко,**  
старший партнер  
адвокатского бюро  
Форвард Лигал

→44



Если местом арбитража является Россия, нужно внимательно выбирать иностранное арбитражное учреждение. От этого может зависеть, признает ли российский суд его решение. Адвокат, старший юрист «Кульков, Колотилов и партнеры» **Дмитрий Власов** вместе с коллегой объяснили значение статуса ПДАУ, а также смысл исключений в законе для иностранных центров без этого статуса.

## Регулирование решений иностранных арбитражных центров в России. Статус ПДАУ

Российским компаниям, которые ведут бизнес с иностранными партнерами, приходится искать альтернативу привычным иностранным арбитражным центрам. Важно выбрать третейский суд, который оперативно рассмотрит спор, но при этом его решение не вызовет подозрений у российского суда. Например, российский суд может решить, что арбитражный центр лишь маскируется под иностранный институт, а по факту осуществляет свою деятельность на территории РФ.

Чтобы избежать проблем на стадии приведения решения в исполнение, выбирайте институт, который получил статус постоянно действующего арбитражного учреждения в России, далее — ПДАУ. Иногда это сделать невозможно, например, когда контрагент настаивает на центре, у которого нет такого статуса. В таком случае обратите внимание на иностранные арбитражные центры с признанной репутацией.

Решения иностранных третейских судов, которые действуют при центрах без статуса ПДАУ, за-

кон рассматривает как решения арбитража ad hoc. Это специальное исключение, предусмотренное в ч. 3 ст. 44 Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в РФ», далее — Закон об арбитраже.

Арбитраж ad hoc означает, что его образовали стороны для решения конкретного спора, поэтому специально для него они определяют процедуру назначения арбитров. То есть стороны не выбирают учреждение, как в институциональном арбитраже. Решения такого иностранного арбитража российский суд приведет в исполнение, несмотря на отсутствие у соответствующего института статуса ПДАУ. Это и есть исключение, предусмотренное законом.

Вероятность того, что суд признает решение иностранного арбитража без статуса ПДАУ, зависит от определенных обстоятельств. Мало просто согласовать учреждение в арбитражной оговорке. Суд обратит внимание, на территории какой страны фактически действует арбитражное учреждение. Также он проверит отдельное соглашение о рассмотрении споров арбитражем ad hoc, если

обнаружит, что иностранное происхождение арбитража сомнительное. Подробнее о том, как формировалась практика по данному направлению, читайте в статье.

### **Деятельность сомнительных арбитражных институтов запрещена**

В 2016 году произошла арбитражная реформа, с помощью которой законодатель решил бороться с практикой существования сомнительных арбитражных институтов. До этого недобросовестные лица использовали третейские разбирательства как способ получить «нужные» решения в короткий срок. Новые правила закрепили в Законе об арбитраже. Главным средством борьбы стал запрет администрировать споры арбитражам без статуса ПДАУ, который вступил в силу 1 ноября 2017 года.

Изменения в регулировании работы деятельности арбитражных учреждений породили вопрос о том, как быть с решениями иностранных арбитражных институтов, у которых нет статуса ПДАУ. Дело в том, что традиционно признанные иностранные арбитражные центры не торопились получать этот статус. Например, такие мастодонты международного арбитража, как Лондонский международный третейский суд (LCIA) и Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма (SCC), не стали обращаться за получением данного статуса. С учетом текущей геополитической обстановки эти центры вряд ли сделают это в будущем.

Доступность привычных для российских предпринимателей арбитражных институтов снизилась и на фоне западных санкций. В частности, возникли определенные трудности с оплатой арбитражных сборов, наймом иностранных консультантов, назначением арбитров и т. д. (см., например, Д. Власов, К. Шевченко. Релокация арбитража в Азию и на Ближний Восток: ключевые характеристики популярных арбитражных центров // Legal Insight. 2022. № 5 (111)).

В подобных условиях российским компаниям, ведущим бизнес с иностранными партнерами, приходится искать альтернативу привычным арбитражным центрам. Они стали выбирать арбитражные институты, которые расположены в санкционно-нейтральных юрисдикциях. Например, Гонконгский международный арбитражный



### **ИНОСТРАННЫЕ ЦЕНТРЫ — ПДАУ**

Статус ПДАУ получили четыре иностранных института: Гонконгский международный арбитражный центр (HKIAC), Венский международный арбитражный центр (VIAC), Сингапурский международный арбитражный центр (SIAC), Международный арбитражный суд при Международной торговой палате (Court of the ICC).

39

центр (HKIAC), Китайская международная экономическая и торговая арбитражная комиссия (CIETAC), Дубайский международный арбитражный центр (DIAC).

### **Место арбитража влияет на статус принятого решения**

Существуют две ситуации, когда суд признает решение иностранного центра без статуса ПДАУ, который администрирует третейское разбирательство. Зависит такой подход от места арбитража. Первая — это «чистый» иностранный арбитраж, когда третейское разбирательство, администрируемое иностранным арбитражным институтом, происходит за пределами РФ. Данные случаи не подпадают под регулирование Закона об арбитраже, поэтому суды отклоняют ссылки сторон на отсутствие у иностранного арбитража статуса ПДАУ. Например, в деле «Химический завод “Оксид” против Advaita KZ» суд отказался рассматривать иск, так как стороны согласовали разрешение споров в LCIA. Суд указал, что Закон об арбитраже применяется лишь при третейском разбирательстве на территории России (постановление 18ААС от 29.07.2019 № 18АП-10201/2019 по делу № А76-14685/2019).

Вторая ситуация — это когда третейское разбирательство администрируется иностранным арбитражом, но на территории РФ. Это и будет считаться местом арбитража. Соответственно, такое учреждение подпадает под действие закона (ч. 2 ст. 1 Закона об арбитраже). Именно ко второй ситуации применяется специальное исключение, которое законодатель предусмотрел в ч. 3 ст. 44 Закона об арбитраже.

### У решения третейского суда ad hoc меньше преимуществ

Квалификация решений иностранных арбитражных институтов как решений арбитражей ad hoc в каком-то смысле является правовой фикцией. Никакой трансформации процедуры арбитражного разбирательства не происходит. Институциональный арбитраж не превращается в арбитраж ad hoc, меняется лишь статус арбитражного решения.

40

Квалификация таких решений как решений арбитража ad hoc ставит их в менее привилегированное положение по сравнению с решениями арбитражных центров, обладающих статусом ПДАУ. Например, стороны, которые выбрали разрешение спора в иностранном институте без статуса ПДАУ, не могут придать арбитражному решению свойство окончательности (ст. 40 Закона об арбитраже). Сам третейский суд (или сторона с его согласия) не может обращаться в российский суд за содействием в получении доказательств (ст. 30 Закона об арбитраже, ст. 74.1. АПК, п. 37 постановления Пленума ВС от 10.12.2019 № 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража»).

Кроме того, в порядке ad hoc не могут рассматриваться корпоративные споры, что повлечет отказ в последующем приведении в исполнение такого решения в России (ч. 7, 7.1. ст. 45 Закона об арбитраже).

### Суды не всегда обращали внимание на происхождение арбитража

В судебной практике некоторое время существовал формальный подход, когда суды не придавали значения обстоятельствам, которые могли указывать на то, что арбитражное учреждение на самом деле не иностранное. Так произошло в деле «Ювента» против «Электрические сети». Суды отказались признать недействительной арбитражную оговорку, которая предусматривала передачу всех споров в Межрегиональный арбитражный суд при Центре правовой практики, который находился на территории Республики Казахстан. Несмотря на наличие у данного института почтового адреса в Екатеринбурге, по мнению судов, это не свидетельствовало об осуществлении арбитражным учреждением

деятельности на территории России. Как и в деле «Химический завод «Оксид» против Advaita KZ», рассмотренном выше, суд пришел к выводу, что стороны избрали иностранное арбитражное учреждение с местом арбитража за пределами России, а следовательно, ограничения Закона об арбитраже не подлежали применению (постановление 17ААС от 27.09.2019 № 17АП-11071/2019-ГК по делу № А60-16489/2019).

В деле «Ювента» против «Электрические сети» одна из сторон решила оспорить действительность арбитражной оговорки. При этом само третейское разбирательство еще не состоялось. Это значит, что еще не было деятельности, которую можно было бы оценить с точки зрения ее локализации. С учетом этого решение судов в этом деле, скорее, следует признать правильным. Спустя год ВС пришел к противоположному выводу (см. «Российское происхождение «иностранного» арбитража»).

Если бы суды рассматривали вопрос о признании и приведении в исполнение третейского решения, основанного на спорной оговорке, или о его отмене, то ситуация сложилась бы иначе. В таком случае разбирательство уже бы состоялось, и суду следовало бы внимательно оценить доводы истца о российском почтовом адресе иностранного арбитража и о занятии поста его руководителя бывшим участником «Электрических сетей». Данные обстоятельства вполне могли бы указывать на то, что такой центр на самом деле «кэптивный» третейский суд, сменивший прописку на заграничную для целей arbitrage в обход норм Закона об арбитраже.

### ВС разработал подходы для защиты от злоупотреблений

ВС пришлось разбираться в ситуации, чтобы пресечь возможную недобросовестную практику обхода закона. При этом тут было важно не заблокировать полностью возможность признания и приведения в исполнение решений иностранных арбитражных учреждений, не имеющих статуса ПДАУ. Для этого надо было решить, что условием для применения ч. 3 ст. 44 Закона об арбитраже (как исключения из ч. 20 той же статьи) является администрирование разбирательства подлинным иностранным арбитражным учреждением.

**Хельсинский подход.** В 2019 году суды привели в исполнение решение Хельсинского международного коммерческого арбитража (ХМКА). ВС отменил судебные акты. В качестве основания он указал, что ХМКА являлся арбитражным учреждением, действовавшим со злоупотреблением правом с целью обхода Закона об арбитраже. Хотя из акта неочевидно, кто конкретно злоупотреблял правом (определение СКЭС ВС от 12.03.2020 № 304-ЭС19-20506 по делу № А27-5147/2019).

ХМКА лишь номинально являлся иностранным арбитражем, так как секретариат ХМКА находился в России, назначение арбитра осуществлялось в Москве. В решении арбитража было прямо указано, что он действует на основании Закона об арбитраже. Таким образом, ВС отказался применить ч. 3 ст. 44 Закона об арбитраже. Он не стал приводить в исполнение решение ХМКА, указав, что администрирование спора осуществлялось в России арбитражным учреждением без статуса ПДАУ.

Вывод, что ХМКА на самом деле не является иностранным арбитражным учреждением, сам по себе блокировал применение исключения, установленного ч. 3 ст. 44 Закона об арбитраже. Однако Верховный суд пошел дальше. Он согласился с аргументом ответчика, что соглашение о разрешении споров в процедуре ad hoc стороны не заключали. И чтобы применить данное исключение, обязательно заключение такого соглашения, а значит, условная трансформация администрируемого арбитража в ad hoc невозможна. Эта позиция также дословно попала в Обзор судебной практики Верховного суда № 2 за 2020 год и по идее должна была бы задать вектор дальнейшего движения судебной практики.

Получается, что ВС придал квалификации иностранного решения в качестве решения ad hoc буквальный смысл, поставив его исполнимость в зависимость от наличия соглашения сторон об арбитраже ad hoc. Такая позиция высшей инстанции могла в целом заблокировать применение генерального исключения, которое позволяло признавать решения иностранных арбитражных институтов, не имеющих статуса ПДАУ (см. «Генеральное исключение»).

Возможно, указывая на необходимость заключения отдельного соглашения об арбитраже ad hoc,



## Лазейка для псевдо-иностранного арбитража

Расплывчатость формулировки Закона об арбитраже породила проблему «квазииностранных» арбитражных учреждений. Формально их регистрировали за границей, но фактически они находились в России. Таким образом недобросовестные лица пытались использовать лазейку в ч. 3 ст. 44 Закона об арбитраже, чтобы обойти необходимость получить статус ПДАУ.

Место третейского разбирательства, которое проводится под эгидой иностранного арбитражного центра, может не совпадать с местом, где проходит его администрирование. Такую возможность допускает законодатель (ст. 20 Закона об арбитраже). Подтвердил это и ВС в своих разъяснениях (п. 15 постановления Пленума ВС от 10.12.2019 № 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража»). В качестве примера можно привести дело «Сименс» против «Каспийская Энергия Проекты», когда спор рассматривался в России, но администрировался SCC.

Таким образом, запрет на администрирование третейского разбирательства в России арбитражными учреждениями без статуса ПДАУ не применяется, если такое администрирование осуществляется иностранным арбитражным учреждением.

**Никита Чернышенко**, юрист «Кульков, Колотилов и партнеры», соавтор статьи

Верховный суд рассчитывал перекрыть и второй возможный путь обхода запрета на администрирование третейских разбирательств арбитражными учреждениями, не имеющими статуса ПДАУ. Ведь они могли замаскировать такой институциональный арбитраж под арбитраж ad hoc вне зависимости от наличия или отсутствия иностранного элемента. Дело в том, что особенностью дел с участием ХМКА было то, что арбитраж, предусмотренный сторонами, имел все черты институционального. Например, арбитражное соглашение предусматривало рассмотрение всех споров в ХМКА, назначение арбитра осуществлялось в соответствии с регламентом ХМКА. Однако при инициации спора председатель коллегии ХМКА указывал, что состав арбитража формируется для разрешения конкретного спора, то есть ad hoc.

На попытку подобной мимикрии обратил внимание еще АС Московского округа в деле «Термозон» против «Декрас». Суд округа отметил, что третейское разбирательство в ХМКА началось после запрета на администрирование споров арбитражными учреждениями без статуса ПДАУ, а доказательства заключения соглашения о передаче спора в арбитраж ad hoc не представлялись. Поэтому он поддержал позицию суда первой ин-

станции, что, несмотря на указание в постановлении председателя коллегии ХМКА на «образование третейского суда для разрешения конкретного спора», арбитраж не может рассматриваться как арбитраж ad hoc в отсутствие соответствующего соглашения сторон (постановление АС Московского округа от 26.02.2019 № Ф05-610/2019 по делу № А40-147522/2018).

В этой части вывод представляется совершенно верным, иначе получается, что стороны договорились об институциональном арбитраже, а институт вдруг решил, что надо провести арбитраж ad hoc. Возможно, ВС в хельсинском деле руководствовался похожей логикой. Однако он не раскрыл, как пришел к выводу, что право применять ч. 3 ст. 44 Закона об арбитраже зависит от наличия соглашения об арбитраже ad hoc. Не совсем удачное раскрытие ВС данного вывода стало причиной нашего опасения, что решения иностранных арбитражных институтов без статуса ПДАУ станут неисполнимыми в России.

**Стокгольмский подход.** Однако в деле «Сименс» против «Каспийская Энергия Проекты» ВС поддержал приведение в исполнение решения SCC, несмотря на отсутствие у него статуса ПДАУ в России и отсутствие соглашения об ар-

## Российское происхождение «иностранныго» арбитража



ВС проверил связи иностранного арбитража

Первоначально суды применяли формальный подход, когда рассматривали споры о признании и приведении в исполнение решений ХМКА. На его российское происхождение обратил внимание ВС, что и послужило толчком для более внимательной проверки его нерезидентности. Нижестоящие суды отмечали, что этот центр — преемник Федерального арбитражно-третейского суда при Международной ассоциации гражданского судопроизводства (см., например, постановление АС Московского округа от 26.02.2019 по делу № А40-147522/2018).

Несмотря на то что происхождение ХМКА указывало на его прочные «российские корни», суды отклоняли возражения заинтересованных лиц об отсутствии у него статуса ПДАУ. Они указывали, что ХМКА является иностранным арбитражным учреждением, а следовательно, его решения подлежат приведению в исполнение как решения арбитража ad hoc.

То есть суды применяли исключение по ч. 3 ст. 44 Закона об арбитраже (см., например, определение АС Республики Татарстан от 28.01.2020 по делу № А65-34637/2019).

битраже ad hoc (определение ВС от 29.06.2021 № 306-ЭС21-5440 по делу № А06-2352/2020).

Интересно, что сторона, которая оспаривала такую возможность, ссылалась (как и в деле Хельсинского арбитража) на то, что соответствующее арбитражное соглашение не содержит оговорки об арбитраже ad hoc. Однако высшая судебная инстанция согласилась с нижестоящими судами, что заключать отдельное соглашение о рассмотрении споров арбитражем ad hoc в таком случае не требуется. В данном случае у ВС отсутствовали основания сомневаться в иностранном статусе SCC, кроме того, не было выявлено попыток мимикрии под арбитраж ad hoc.

Таким образом, справедливо говорить, что утверждение Верховного суда в деле Хельсинского арбитража касательно необходимости заключения соглашения об арбитраже ad hoc являлось отчасти излишним. Банально это могло быть продиктовано обстоятельствами дела, так как в ч. 3 ст. 44 Закона об арбитраже нет такого условия для приведения в исполнение решения иностранного арбитражного учреждения, не имеющего статуса ПДАУ.

Такой подход Верховного суда, по нашему мнению, позволил выдержать баланс между необходимостью пресечения явных злоупотреблений и сохранением возможности приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных настоящими иностранными арбитражными центрами без статуса ПДАУ. Следует отметить, что будущее признание решений иностранных арбитражей без статуса ПДАУ пока является не до конца определенным. Хельсинский подход по-прежнему продолжает встречаться, хотя в основном в делах, которые также были рассмотрены арбитражем ХМКА (см., например, постановления АС Центрального округа от 14.07.2020 № Ф10-5650/2019 по делу № А84-2353/2019, АС Дальневосточного округа от 25.06.2020 № Ф03-1410/2020 по делу № А51-25569/2019, АС Московского округа от 26.02.2021 № Ф05-115/2021 по делу № А40-131337/2019).

В то же время значимость «проарбитражного» стокгольмского подхода заключается как раз в том, что ВС не стал отменять решения нижестоящих судов, отклонивших ссылки заинтересован-

ного лица на отсутствие соглашения об арбитраже ad hoc. Таким образом, «портал» для признания и приведения в исполнение решений иностранных арбитражных центров без статуса ПДАУ остается открытым. С учетом данных обстоятельств сторонам договора нужно быть внимательными при выборе иностранного арбитражного учреждения, если рассмотрение спора будет проходить в России.



#### ГЕНЕРАЛЬНОЕ ИСКЛЮЧЕНИЕ

Квалификация решений иностранных арбитражей без статуса ПДАУ как решений ad hoc является правовой фикцией. Как нам представляется, назначение норм ч. 3 и 20 ст. 44 Закона об арбитраже в совокупности как раз не допустить полное блокирование администрирования в России споров известными иностранными арбитражными институтами, не получившими статуса ПДАУ. Обратное означало бы отступление РФ от международных обязательств, принятых на себя по Нью-Йоркской конвенции 1958 года (см., например, М.Л. Гальперин. Из Сингапура в Хельсинки через Кемерово, или Какой арбитраж должен считаться иностранным? Комментарий к Определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 12.03.2020 № 304-ЭС19-20506 // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2020. № 5).

Если по каким-то причинам выбор арбитражного центра со статусом ПДАУ не подходит, следует рассмотреть иностранные арбитражные центры без такого статуса, но с признанной репутацией. Не передавайте разрешение договорных споров на рассмотрение иностранных арбитражных центров, которые могут вызвать у суда подозрения в том, что они лишь маскируются под иностранные, а по факту осуществляют деятельность на территории РФ.

В качестве наиболее безопасной опции выберите иностранные арбитражные институты, получившие в России статус ПДАУ. ♦