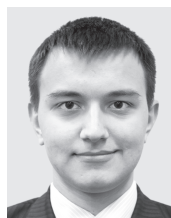


Участие иностранных лиц в арбитражном процессе. Чем удивило информационное письмо ВАС РФ

- Может ли в соглашении содержаться оговорка, которая дает право обратиться в государственный суд только одной из сторон
- Кто должен доказывать содержание норм иностранного права
- Какие обеспечительные меры возможны в процессе с участием иностранного лица



Александра Сергеевна Улезко, юрист корпоративной и арбитражной практики юридической компании «Качкин и Партнеры»
alexandra.ulezko@kachkin.ru



Максим Зафарович Али, помощник юриста корпоративной и арбитражной практики юридической компании «Качкин и Партнеры»
maksim.ali@kachkin.ru

Высший арбитражный суд РФ опубликовал текст информационного письма от 09.07.2013 № 158 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с рассмотрением дел с участием иностранных лиц» (далее — Обзор). Этот документ еще до опубликования вызвал много дискуссий в юридическом сообществе. В частности, в феврале на заседании Научно-

консультативного совета ВАС РФ обсуждалась справка к проекту обзора, в которой были предложены варианты разрешения многих вопросов, нашедших впоследствии отражение в нем. А в июне состоялось публичное обсуждение проекта обзора в Президиуме ВАС РФ. Документ содержит решение давно назревших дискуссионных вопросов в данной области и закрепляет сформировавшуюся

ся практику нижестоящих судов. И все же некоторые проблемы, возникающие при рассмотрении дел с участием иностранных лиц, к сожалению, остались нерешенными.

Постоянное место деятельности иностранного лица на территории РФ может признаваться его филиалом или представительством

Часть пунктов, содержащихся еще в проекте обзора, отражали правовые позиции, сформулированные ранее Президиумом ВАС РФ при рассмотрении конкретных дел. Эти вопросы вызвали самые жаркие дискуссии, но проблемы, которые они влекут, не были полностью разрешены в принятом Обзоре. Так или иначе, дан старт их широкому обсуждению и, возможно, они будут отражены в следующих документах ВАС РФ.

На стадии подготовки Обзора п. 6 разрешал вопрос о последствиях включения в контракт ассиметричной опционной арбитражной оговорки о разрешении спора, когда только одна из сторон имеет право обратиться в государственный суд. Впервые действительность такой оговорки была рассмотрена Президиумом ВАС РФ в известном деле ООО «Сони Эрикссон Мобайл Коммюникейшнз Рус» против ООО «Русская Телефонная Компания» (постановление от 19.06.2012 № 1831/12 по делу № А40-49223/11-112-401). Высшая судебная инстанция признала ассиметричную арбитражную оговорку недействительной, сославшись на то, что предоставление только одной стороне права обратиться в государственный суд нарушает принципы состязательности (ст. 9 АПК РФ) и равноправия сторон (ст. 8 АПК РФ).

Однако такая позиция в мировой практике является далеко не преобладающей, и опционные арбитражные оговорки признаются действительными и исполнимыми, поэтому позиция ВАС РФ вызвала известную критику со стороны юридического сообще-

ства. Кроме того, принятое Президиумом ВАС РФ постановление обозначило больше вопросов, чем содержало ответов. Например, в какой суд вправе обратиться сторона, права которой ущемлены опционной арбитражной оговоркой? В проекте обзора говорилось, что формально истец мог бы обратиться в согласованный, например английский, суд, основываясь на том, что другой стороне такое право предоставлено оговоркой. Однако в такой ситуации наиболее вероятно, что английский суд, признавая оговорку действительной, отказал бы в рассмотрении спора. В то же время был предложен иной вариант, согласно которому было бы закреплено право стороны опционной арбитражной оговорки на обращение в национальный суд. Но такая ситуация привела бы к нескольким конкурирующим процессам в России и в иностранной юрисдикции, где признаются опционные арбитражные оговорки, и не исключено, что решения противоречили бы друг другу. Также на заседании Президиума ВАС РФ был затронут вопрос об исполнимости решений, вынесенных судами, компетенция которых основана на опционных оговорках. Однако из итоговой версии Обзора рассматриваемый пункт был исключен, поскольку к единому мнению при обсуждении проекта так и не пришли. Соответственно, в настоящее время вопрос остается открытым.

Пункт 8 Обзора касается компетенции арбитражных судов при нахождении на территории России органа управления, филиала или представительства иностранной компании. В вопросе о применимости к таким случаям критерия тесной связи на стадии заседаний в Научно-консультативном совете при ВАС РФ единого мнения не было. Поэтому изначально данный пункт был представлен в документе в альтернативной редакции: формулировки о подсудности отличались в зависимости от того, вытекают ли заявленные требования к иностранному лицу из деятельности его органа управления, филиала или представительства.

В ходе публичного обсуждения Обзора в ВАС РФ было решено придерживаться позиции, подразумевающей использование доктрины *forum non conveniens* (неудобное место рассмотрения дела), согласно которой подсудность определяется исходя из «тесной связи» со спорным правоотношением, а не наличия представительства или филиала как такового на территории государства суда. Это стало весьма ожидаемым решением, учитывая недавнее постановление Президиума ВАС РФ от 24.04.2012 № 16404/11 по делу № А40-21127/11-98-184 с участием АО «Парекс банк» (AS «Parex bank»). Стоит отметить, что признание доктрины *forum non conveniens* присуще странам англосаксонского права. Здесь высшая судебная инстанция воздержалась от расширения российской юрисдикции, что для иностранных лиц, формально присутствующих на российском рынке, будет являться скорее преимуществом. Однако в итоговый вариант Обзора был включен п. 9, согласно которому наличие филиала или представительства может быть признано независимо от факта их формальной регистрации. Такие выводы можно также считать развитием правовой позиции ВАС РФ по делу АО «Парекс банк», в отношении которого была применена доктрина «срыва» корпоративной вуали».

В пророгационном соглашении можно определить компетентный суд той стороны, которая будет истцом или ответчиком

Часть положений Обзора направлена на привлечение в российскую юрисдикцию иностранных лиц и расширение компетенции российских судов.

Многие идеи ВАС РФ можно только приветствовать. Так, предоставление возможности выбора как применимого права, так и места рассмотрения спора позволит сторонам с большей уверенностью подписывать контракты с оговоркой о разре-

шении споров в российских судах, если это будет удобно сторонам с учетом условий исполнения контракта. Закрепленная позиция о действительности и исполнимости пророгационного соглашения, определяющего суд страны той стороны, которая будет выступать истцом или ответчиком, ранее уже встречалась в правоприменительной практике (п. 2 Обзора). Так, Президиум ВАС РФ в одном из дел допустил применение соглашения, согласно которому компетентным будет являться Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ (далее — МКАС при ТПП РФ) или при Торгово-промышленной палате Украины, в зависимости от того, будет ли выступать истцом продавец или покупатель (постановление от 13.01.2011 по делу № А40-16431/10-25-137).

В Обзоре также содержится позиция, согласно которой отсутствие возражений по вопросу о компетенции арбитражного суда со стороны участвующего в деле лица до первого заявления по существу спора подтверждает волю стороны на рассмотрение ее спора данным судом (п. 7). Такое правило аналогично нормам, регулирующим производство в международном коммерческом арбитраже. В частности, предусмотрено, что заявление об отсутствии у третейского суда компетенции может быть сделано не позднее представления возражений по иску (ч. 2 ст. 16 Закона РФ от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»). Однако указанные выше нормы и ранее находили однозначное применение в практике как государственных, так и третейских судов (решение МКАС при ТПП РФ от 01.02.1999 по делу № 17/1998, постановление Президиума ВАС РФ от 02.02.2010 по делу № А54-3028/2008-С10).

Близкими по смыслу с п. 7 можно назвать разъяснения ВАС РФ об определении применимого права, которые даны в п. 13 Обзора. Так, суд может признать

заключенным соглашением о применимом праве, если стороны правоотношения при обосновании своих требований и возражений (например, в исковом заявлении и отзыве на него) ссылаются на одно и то же применимое право. Такой подход дисциплинирует стороны спора, призван бороться с процессуальными злоупотреблениями и является логичным развитием нормы ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ.

ЦИТАТА: «Обстоятельства, на которые ссылается сторона в обоснование своих требований или возражений, считаются признанными другой стороной, если они ею прямо не оспорены или несогласие с такими обстоятельствами не вытекает из иных доказательств, обосновывающих представленные возражения относительно существования заявленных требований» (ч. 3.1 ст. 70 АПК РФ).

Еще одну аналогию можно проследить между п. 2 Обзора, который предусматривает возможность выбора суда страны в зависимости от процессуальной роли стороны правоотношений — суд страны истца или ответчика, и п. 15 Обзора. Так, ВАС РФ разъясняет, что в качестве применимого стороны вправе избрать право государства той стороны, которая в будущем при возникновении спора выступит ответчиком (или истцом). Такая позиция не только согласуется со сложившейся арбитражной практикой, но и с практикой третейских судов. В частности, МКАС при ТПП РФ в деле по иску завода, расположенного в Украине, применил к российскому предприятию выбранное сторонами материальное право, которое определялось в зависимости от местонахождения ответчика (решение от 13.10.2006 по делу № 7/2006).

Стороны должны содействовать суду в установлении норм иностранного права

Отдельный блок вопросов Обзора посвящен установлению содержания норм ино-

странных права. Эти позиции очень важны для определения последствий процессуального поведения сторон в части содействия суду в установлении истины, поскольку пассивность стороны в предоставлении доказательств может стать причиной отмены судебного акта.

Ранее в судебной практике неоднократно упоминалось о возможности возложения судом бремени доказывания содержания норм иностранного права на стороны (определения ВАС РФ от 22.06.2011 по делу № А40-137209/09-29-980, от 12.07.2012 по делу № А41-20318/2011). В Обзоре рассмотрены последствия уклонения стороны от исполнения такой обязанности. Представляет интерес позиция, изложенная в п. 18 Обзора: сторона, не исполнявшая возложенную на нее судом обязанность по предоставлению сведений о содержании норм иностранного права, не вправе впоследствии ссылаться на неустановление арбитражным судом содержания иностранного права, если арбитражный суд принял достаточные меры для его установления.

С одной стороны, указанная позиция позволяет рассуждать об аналогии с доказыванием фактических обстоятельств. Такой подход получил свое распространение, например, в странах общего права. С другой — проведение полной аналогии с процессом доказывания фактов весьма спорно, поскольку нельзя однозначно считать содержание применимого права вопросом факта, который, например, не сможет быть перепроверен в дальнейшем в ходе кассационного обжалования. Очевидно, что с учетом данных в Обзоре разъяснений, для стороны, не представляющей по тем или иным причинам сведения, которые позволят установить содержание иностранного права, могут наступить неблагоприятные последствия в виде вынесения решения на основании представленных другой стороной разъяснений или норм российского права (определе-

ние ВАС РФ от 12.04.2011 по делу № А40-164273/09-8-1145).

Безусловно, такой подход направлен не только на содействие суду в установлении истины по делу, но также призван не допустить злоупотреблений. Тем не менее стороны не должны автоматически в отсутствие соответствующего определения содействовать суду в установлении содержания иностранного права. В Обзоре указано и на обязанность установления содержания норм иностранного права самим судом. Такого подхода придерживалась судебная практика и ранее (постановление ФАС Северо-Западного округа от 29.04.2010 по делу № А05-8318/2009, определение ВАС РФ от 12.07.2012 по делу № А41-20318/201). Этой же позиции корреспондируют разъяснения о доступном суду инструментарии, содержащиеся в п. 21 Обзора.

В Обзоре отдельно указывается на использование заключений, составленных лицами, обладающими специальными познаниями в области содержания иностранного права, а именно стороны имеют право предоставлять такие заключения. В то же время указывается и на невозможность оспаривать такие заключения по форме, поскольку это нередко использовалось в судебных процессах в целях отмены вышестоящими инстанциями вынесенного решения (постановления Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 19.12.2005 по делу № А56-13672/2004, от 05.10.2010 по делу № А56-5817/2008).

Характерным примером применения заключений для установления содержания норм иностранного права может служить дело по приведению в исполнение английских судебных актов компанией «Бозгли-Гравюр С.А.» о компенсации около 23 млн руб. судебных расходов. В этом деле для установления содержания норм английского процессуального права суд руководствовался заключением британского солиситора. ВАС РФ отказал в передаче этого

дела на рассмотрение Президиума, тем самым подтвердив правомерность данного подхода (определение № ВАС-6580/12 по делу № А40-119397/11-63-950). Как следует из Обзора, ВАС РФ дал положительный ответ о допустимости использования заключения, подготовленного адвокатами иностранной юридической фирмы.

В целом разрешение вопросов, направленных на установление применимого права и компетенции судов, характеризуют давно сформированную тенденцию судебной практики в сторону борьбы со злоупотреблениями сторонами своими процессуальными правами. Здесь, на наш взгляд, некоторая аналогия с процедурами, применяемыми в иностранных судах и международном коммерческом арбитраже, будет способствовать быстрому и эффективному разрешению споров российскими судами.

Наименование иностранного юридического лица допускается в переводе

Существенная часть указанной группы разъяснений касается технических вопросов рассмотрения дел с участием иностранных лиц, таких как легализация и апостилирование документов, оформление доверенностей, написание наименований компаний различными способами. Тем не менее такие вопросы иногда могут выступать в качестве ключевых моментов в судебном разбирательстве.

В частности, до настоящего времени практика по вопросу необходимости апостилирования или легализации доверенности, выданной иностранным юридическим лицом, была достаточно противоречивой. Например, в одном деле о банкротстве арбитражный суд установил полномочия участвовавших в собрании кредиторов лиц и указал, что подлинность подписей на доверенностях и соответствие последних законам страны пребывания должны быть засвидетельствованы компетентным органом иностранного государства. Только в случае апостилиро-

вания доверенность была бы документом, достоверно подтверждающим подпись лица и качество, в котором оно выступает (постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.11.2011 по делу № А61-1380/09). Эти выводы были поддержаны и Высшим арбитражным судом РФ (определение от 16.01.2012 № ВАС-17335/11). Такой подход использовался судами и ранее (постановление ФАС Северо-Западного округа от 25.04.2007 по делу № А21-10289/2005).

С другой стороны, еще в 2004 году Президиум ВАС РФ в деле по жалобе японской компании на действия арбитражного управляющего сделал вывод о наличии полномочий у представителя. Суд указал, что доверенность, выданная иностранным лицом, соответствует требованиям Конвенции 1961 года, а также нормам российского и иностранного законодательства, так как документ выдан органом иностранной компании и вследствие этого не может быть апостилирован (постановление от 05.10.2004 по делу № А50-4301/2002-Б).

К похожим выводам приходил и ФАС Северо-Западного округа, который отклонил доводы стороны о том, что доверенность не прошла процедуру легализации. Суд отметил, что доверенность выдана на территории РФ, а форма сделки, в силу ст. 1209 ГК РФ, подчиняется праву места ее совершения и не требует легализации или проставления апостиля (постановление от 22.06.2010 по делу № А56-26517/2009).

Аналогичным образом построены выводы в других делах, где рассматривался подобный вопрос (постановление ФАС Московского округа от 20.11.2008 по делу № А40-35951/07-14-171). Такой подход в качестве общего правила был закреплен и в п. 27 Обзора. Однако указанный пункт содержит оговорку о том, что такая позиция не препятствует суду в случае сомнений в отношении подлинности подписи или статуса лица, подписавшего доверенность,

запросить дополнительные доказательства, к числу которых может быть отнесена нотариально удостоверенная доверенность с апостилем или легализационной надписью. По всей видимости, такое изъятие сделано с целью сохранения за судами возможности проверить добросовестность представителя лица, участвующего в деле. С другой стороны, в отсутствие сложившейся по данному вопросу практики неясно, будут ли суды использовать такую возможность в исключительных случаях, либо, наоборот, максимально часто. Последний подход нивелировал бы смысл разъяснений, данных Президиумом ВАС РФ.

Интерес представляет также п. 26 Обзора, согласно которому признается соответствующим АПК РФ проставление апостиля на удостоверительной надписи нотариуса, которой засвидетельствована подлинность подписи и печати. Данное разъяснение призвано не допустить обход легализации (апостилирования) оригиналов документов путем легализации (апостилирования) нотариально удостоверенных копий. Позиция ВАС РФ, направленная на борьбу со злоупотреблениями в данной области, была отражена, например, в определении от 14.07.2011 по делу № А51-21307/2009. В указанном деле банк, зарегистрированный в оффшорной юрисдикции — Республике Науру, предоставил апостилированные копии собственных учредительных документов, удостоверенные нотариусом Венгерской Республики. Суды не приняли такие копии в качестве доказательств, указав, что удостоверительная надпись на копиях учредительных документов свидетельствует лишь об их идентичности первым экземплярам, но не подтверждает подлинности подписи и печати на оригиналах документов.

Акцент на вопросах легализации и апостилирования обусловлен необходимостью сокращения числа злоупотреблений при обращении в арбитражные суды, особенно со стороны представителей оффшорных

компаний, деятельности которых ВАС РФ уделяет в настоящее время повышенное внимание. Стоит отметить, что изначальная формулировка рассматриваемого пункта была еще более жесткой. Указывалось, что легализационная надпись или апостиль должны проставляться именно на оригиналах документов. В этой связи возникал вопрос о необходимости передачи суду, например, оригинала устава иностранной компании, что, естественно, вызвало бы затруднения у сторон процесса.

Важно выделить п. 28 Обзора, согласно которому арбитражный суд при установлении статуса иностранного лица, участвующего в деле, учитывает различные способы написания наименования одного и того же иностранного лица (например, на государственном языке страны личного закона, в транслитерации, в переводе). Показательным является приведенный в Обзоре пример спора с участием японской компании. В качестве примера в Обзоре, вероятно, использовано дело № А59-5344/2009, рассмотренное Президиумом ВАС РФ (постановление от 03.07.2012 № 2501/12).

Указанные подходы ВАС РФ призваны минимизировать риски иностранных компаний, выходящих на российский рынок, и это можно только приветствовать, поскольку зачастую формальные несоответствия в документах осложняли деятельность иностранных компаний в России. Теперь правовая неопределенность во многих вопросах устранена.

Суд откажет в обеспечительных мерах, если об этом заявлено в порядке оказания правовой помощи

В сфере обеспечительных мер Высший арбитражный суд РФ придерживается существа уже выработанных им же позиций. Арбитражными судами РФ и ранее принимались обеспечительные меры в под-

держку иностранных международных коммерческих арбитражей. Однако проблема состояла в том, что было невозможно привести в исполнение обеспечительные меры, принятые в других государствах.

В пункте 30 Обзора сформулировано положение, предоставляющее возможность принятия обеспечения по спору, рассматриваемому по существу в суде другого государства, при наличии у российского суда «эффективной юрисдикции». То есть юрисдикции, где меры могут быть эффективно исполнены, например, в связи с местом нахождения заявителя, нарушения его прав либо места нахождения его имущества, способного обеспечить интересы заявителя. Принцип эффективной юрисдикции ранее упоминался в п. 31 постановления Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 № 55 «О применении судами обеспечительных мер».

В документе указано, что суд при определении «эффективной юрисдикции» должен учитывать характер обеспечиваемого требования, вид истребуемой меры, ее исполнимость в рамках юрисдикции данного суда с учетом срочного характера обеспечительных мер, а также время, необходимое для реализации ходатайства о предварительных обеспечительных мерах в ином компетентном суде. Возможно, практика будет применять такие критерии в совокупности с обозначенными в новых разъяснениях, хотя, стоит отметить, что в Обзоре критерии сформулированы более конкретно.

В пункте 31 Обзора приведены случаи, когда иностранный суд дает поручение об оказании правовой помощи, заключающейся в признании и принудительном исполнении принятых в другой юрисдикции обеспечительных мер. Позиция ВАС РФ по данному вопросу осталась той же, что и в информационном письме Президиума ВАС РФ от 07.07.2004 № 78 «Обзор практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер».

Российское законодательство и международные договоры предусматривают признание и исполнение исключительно судебных решений, вынесенных по итогам разбирательства. В связи с отсутствием аналогичных правовых механизмов для определений о принятии обеспечения, исполнение таких актов в России невозможно. В рассматриваемом пункте отмечается, что применение обеспечительных мер не входит в объем взаимной правовой помощи, установленной международным соглашением. Несмотря на определенность позиции Высшего арбитражного суда РФ по данному вопросу, отклонения от нее периодически встречаются в судебной практике. Например, постановлением ФАС Северо-Западного округа от 09.02.2010 по делу № А56-63115/2009 было оставлено в силе определение суда первой инстанции о приведении в исполнение промежуточного решения Арбитражного суда по альтернативному разрешению споров Торговой палаты Стокгольма. В дальнейшем указанные акты были отменены постановлением Президиума ВАС РФ от 05.10.2010 № 6547/10.

Еще одно разъяснение ВАС РФ по вопросу принятия обеспечительных мер содержится в п. 32 Обзора и касается принятого судом иностранной юрисдикции запрета на участие в рассмотрении спора в российских судах. При этом дается разъяснение о том, что такой запрет не препятствует рассмотрению спора в России, что основано на принципах суверенного равенства государств (*par in parem non habet imperium* — равный над равным власти не имеет). Такое разъяснение актуально в связи с наличием подобных возможностей обеспечения в англосаксонской системе (*anti-suit injunction* или *injunction order*). Вполне возможно, что это позволит защитить интересы отдельных хозяйствующих субъектов. С другой стороны, необходимо понимать, что инициирование спора на территории РФ может привести к санкциям со стороны суда, при-

нявшего обеспечительные меры, например, в виде признания таких действий неуважением к иностранному суду (*contempt of court*).

В целом Обзор воспринят как давно ожидаемый документ, который действительно внес ясность во многие вопросы, связанные как с подсудностью споров и правилами их рассмотрения, так и с применимым правом при рассмотрении споров с участием иностранных лиц. Он заметно расширяет компетенцию российских судов. То есть попытку ВАС РФ сделать российскую юрисдикцию более благоприятной для выбора ее в качестве компетентной рассматривать спор с иностранными лицами можно признать вполне удачной.

Вместе с тем высшая судебная инстанция придерживается ранее выбранного протекционистского подхода к национальному бизнесу (неисполнение промежуточных решений в виде обеспечительных мер международного коммерческого арбитража, признание недействительными опционных арбитражных оговорок и т. д.). Смогут ли вновь сформулированные правовые позиции ВАС РФ поднять авторитет российской судебной системы в глазах иностранных инвесторов, пока сказать сложно. Ахиллесовой пятой, как и прежде, остается невозможность признания и приведения в исполнение решений, вынесенных иностранными судами и арбитражами по корпоративным спорам в отношении российских юридических лиц (определение КС РФ от 21.12.2011 № 1804-О-О, постановление Президиума ВАС РФ от 23.10.2012 по делу № А56-49603/2011). Вызывает недоумение и игнорирование в итоговой версии Обзора последствий опционной арбитражной оговорки. Тем не менее, если по таким вопросам иностранные лица в силу своей корпоративной структуры и будут вынуждены судиться в России, то теперь, по крайней мере, по более понятным, чем раньше, правилам. ■