

Russian Institute of Modern Arbitration

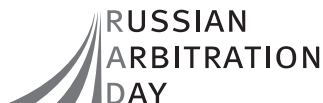
Collection of Articles

**NEW HORIZONS
OF INTERNATIONAL
ARBITRATION**

ISSUE 7



Russian Institute
of Modern Arbitration



Moscow • 2022

UDC (Universal Decimal Classification [УДК]) 341.63
Russian Library-Bibliographical Classification [ББК] 67.412.2
N 69

N 69 **New Horizons of International Arbitration. Issue 7 : Collection of Articles** / Editor-in-Chief: Y. N. Mullina. – Moscow: Russian Institute of Modern Arbitration, 2022. – 212 p.

ISBN 978-5-6042255-4-7 (hardcover)

This edition of “New Horizons of International Arbitration” collects the articles of the speakers at the Russian Arbitration Day – 2022 conference. Despite the fact the conference was not held in 2022, we decided to keep the collection of articles in its traditional format.

This is the seventh collection of articles for that conference. The first six RADs were held in 2013-2015 and 2018-2020. The first six collections of articles, “New Horizons of International Arbitration”, were issued in the same years.

Articles in this book were selected through the strict competitive selection process by the moderators of Russian Arbitration Day – 2022 with application of several criteria (in decreasing order of importance): novelty; significant theoretical research of the topic; practical value of the study; other criteria. These diverse articles represent new approaches to development of practice of and academic studies in international commercial and investment arbitration in Russia and abroad.

This collection is intended for arbitrators and practicing lawyers, judges of the state courts, academics and other researchers, lecturers, postgraduates and students of legal universities and faculties, as well for all those who are interested in international commercial and investment arbitration.

UDC (Universal Decimal Classification [УДК]) 341.63
Russian Library-Bibliographical Classification [ББК] 67.412.2

<https://rad.legalacademy.ru/en>

ISBN 978-5-6042255-4-7

All rights reserved.
© Y.N. Mullina, 2022
© Russian Institute of Modern Arbitration, 2022

Российский институт современного арбитража

Сборник статей

НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

ВЫПУСК 7



Российский институт
современного арбитража

РОССИЙСКИЙ
АРБИТРАЖНЫЙ
ДЕНЬ

Москва • 2022

УДК 341.63
ББК 67.412.2
Н69

Н69 Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 7 : Сборник статей / Ответственный редактор: Ю. Н. Муллина. — Москва: Российский институт современного арбитража, 2022. — 212 с.

ISBN 978-5-6042255-4-7 (в пер.)

Настоящее издание — сборник статей, подготовленных для конференции Российский арбитражный день — 2022. Несмотря на то, что в 2022 году сама конференция не состоялась, мы решили сохранить сборник в традиционном формате.

Это седьмой сборник статей, подготовленных для настоящей конференции. Первые шесть РАД состоялись в 2013—2015 и 2018—2020 гг. В эти же годы были выпущены первые шесть сборников «Новые горизонты международного арбитража».

Статьи в настоящий сборник были отобраны на строгой конкурсной основе модераторами Российского арбитражного дня — 2022 при помощи следующих критериев (по степени убывания их значимости): новизна; серьезная теоретическая проработка поставленной темы; практическая ценность; другие критерии. Эти разноплановые статьи представляют новые подходы к развитию практики и науки международного коммерческого и инвестиционного арбитража в России и за рубежом.

Книга предназначена для судей, арбитров, практикующих юристов, ученых, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, а также для всех интересующихся международным коммерческим и инвестиционным арбитражем.

УДК 341.63
ББК 67.412.2

<https://rad.legalacademy.ru>

ISBN 978-5-6042255-4-7

Все права защищены.
© Ю.Н. Муллина, 2022
© Российский институт современного арбитража, 2022

ИСКЛЮЧИТЕЛЬНАЯ КОМПЕТЕНЦИЯ РОССИЙСКИХ СУДОВ ПО САНКЦИОННЫМ СПОРАМ: ПАДАЮЩЕГО ТОЛКНИ?

В.С. Вунукайнен,
юрист практики по разрешению споров,
адвокатское бюро «Рыбалкин, Горцунян, Дякин и партнеры»
(Москва)

Аннотация:

Большое число российских сторон — пользователей арбитража — включено в санкционные списки США, ЕС и других стран. Хотя европейские арбитражные институты и декларируют отсутствие формальных препятствий для администрирования дел с участием таких лиц, на практике подсанкционные стороны могут столкнуться со сложностями, которые порой не позволяют им полноценно защищать свои права в арбитраже.

В 2020 году АПК РФ был дополнен статьями 248.1 и 248.2, которые дают российским подсанкционным сторонам возможность при определенных условиях обратиться в российский суд вопреки ранее согласованной арбитражной оговорке либо получить антиисковой запрет. В декабре 2021 года Верховный суд РФ в деле № А60-36897/2020 уточнил, что для целей применения этих норм нахождение лица под санкциями предполагается достаточным для вывода об ограничении доступа такого лица к правосудию в применяющем санкции государстве.

В данной статье мы адресуем подходы ведущих арбитражных институтов к администрированию споров с участием подсанкционных лиц, приведем обзор возможных практических сложностей, с которыми может столкнуться подсанкционное лицо при рассмотрении спора в арбитраже, а также исследуем инструменты, введенные статьями 248.1 и 248.2 АПК РФ, с учетом новейшей российской судебной практики.

Ключевые слова: *ограничительные меры, доступ к правосудию, исключительная компетенция, санкции, арбитражный сбор.*

EXCLUSIVE JURISDICTION OF RUSSIAN COURTS REGARDING THE DISPUTES AFFECTED BY SANCTIONS: THAT WHICH IS FALLING SHOULD ALSO BE PUSHED?

VADIM VUNUKAINEN,
Associate in Dispute Resolution Practice,
Rybalkin, Gortsunyan, Dyakin and Partners (Moscow)

Abstract:

A large number of Russian arbitration users have been sanctioned by the US, the EU and other countries. Although European arbitral institutions declare that there are no formal obstacles to the administration of cases involving such persons, in practice, they may face difficulties that possibly could prevent them from effective protection of their interests in arbitration.

In 2020, Russian Commercial Procedure Code was supplemented by Articles 248.1 and 248.2, which allow Russian sanctioned parties to apply to a Russian court in circumvention of a previously agreed arbitration clause, or to obtain an anti-suit injunction under certain conditions. In December 2021, the Supreme Court of the Russian Federation in case No. A60-36897/2020 held that, for the purpose of these provisions, the mere inclusion of a person in the sanctions list is presumed to be sufficient to conclude that the person's right to access to justice is restricted in the respective state applying the sanctions.

In this article we address the approaches of the leading arbitral institutions to the administration of disputes involving sanctioned persons, provide an overview of possible practical difficulties that a sanctioned person may encounter in arbitration and, finally, we examine the tools introduced by articles 248.1 and 248.2 of the Russian Commercial Procedure Code in the context of the latest Russian caselaw.

Key words: *restrictive measures, access to justice, exclusive jurisdiction, sanctions, arbitration fee.*



1. Введение

На сегодняшний день огромное число российских компаний испытывают на себе влияние односторонних ограничительных экономических мер (ОЭМ) США и ряда других стран.

По данным аналитического сервиса, на апрель 2021 года ОЭМ действовали напрямую в отношении 1475 российских юридических лиц¹. Общее количество российских компаний, испытывающих влияние санкций в результате своей корпоративной структуры, приближалось к пятнадцати тысячам². Другой аналитический сервис содержит информацию, что до событий февраля 2022 года в отношении российских лиц было введено 2 754 индивидуальных ОЭМ. После 22 февраля 2022 года их число многократно возросло и на дату настоящей работы равно порядка 7 тысячам³, что делает Россию самой «подсанкционной» страной в мире и позволяет сделать вывод и об экспоненциальном росте и числа компаний, подпадающих под санкции в связи со своей корпоративной структурой.

Не является неожиданным тот факт, что наибольшие трудности как для мировой торговли в целом, так и для российских компаний в частности, вызывают именно ОЭМ США. Это объясняется тремя взаимосвязанными причинами.

В первую очередь это связано с их тотальным количественным доминированием по сравнению с ОЭМ какого-либо другого государства. При этом количественные показатели американских санкционных программ неуклонно растут. OFAC в Докладе о санкциях за 2021 год указывает, что за последние 20 лет число лиц, включенных в санкционный список SDN, увеличилось на 933 %. Количество позиций в списке SDN в этом периоде также ежегодно росло: с 912 лиц, находящихся под санкциями в 2000 году, до 9421 в 2021 году⁴. Не вызывает сомне-

¹ Сколько российских компаний под санкциями, исследование «Контур.Призма», https://kontur.ru/prizma/spravka/20852-skolko_rossijskix_kompanij_pod_sankciyami

² Там же.

³ Russia Sanctions Dashboard, The Castellum.AI, <https://www.castellum.ai/russia-sanctions-dashboard>

⁴ The Treasury 2021 Sanctions Review, October 2021, p. 2, <https://home.treasury.gov/system/files/136/Treasury-2021-sanctions-review.pdf>

В частности, в 2021 году в список OFAC было включено порядка 12 000 лиц, а исключены из списка около 3 000.

ний, что в 2022 году количество подсанкционных лиц в списке SDN кардинально увеличится.

Во-вторых, как признает само ОФАС, успех санкций США объясняется «*громадной силой и доверием*» к финансовой системе США и валюте — американскому доллару⁵. Так, согласно данным современных исследователей международных финансовых систем, доллар США является валютой, в которой выражено 63 % международного долга⁶. Кроме того, в долларах США осуществляются 40 % всех платежных операций на мировом рынке⁷.

Важно заметить, что в упомянутом же Докладе ОФАС отмечает сокращение использования доллара США в международной торговле, а также рост значения цифровых валют и альтернативных платежных механизмов. ОФАС указывает, что эти процессы потенциально могут снизить эффективность санкций США, хотя они на сегодняшний день еще полностью не проявились⁸.

Наконец, третья причина состоит в том, что, в отличие от некоторых иных санкционных программ, ОЭМ США изначально нацелены на реализацию четкой политической цели — изменение поведения оппонентов США, что не скрывается, а, напротив, прямо декларируется. Для этого ОЭМ придается экстерриториальный эффект, т.е. направленность на применение за пределами юрисдикции США⁹.

Попадание в самый обширный и по-своему влиятельный в мире санкционный список SDN, как правило, является неожиданностью для компаний и приводит к большим трудностям для дальнейшего ведения бизнеса за рубежом. Подсанкционное лицо полностью утрчивает

⁵ The Treasury 2021 Sanctions Review, p. 2.

⁶ *Gourinchas P. O.* The Dollar Hegemon? Evidence and Implications for Policymakers // The Asian Monetary Policy Forum, 2019, <https://www.parisschoolofeconomics.eu/IMG/pdf/chaire-bdf-sept-2019-speaker-gourinchas.pdf>; *Eichengreen B., Guantao X.* China and the SDR: Financial Liberalization through the Back Door, Quarterly Journal of Finance, 2019, <https://www.worldscientific.com/doi/abs/10.1142/S2010139219500071>

⁷ Там же.

⁸ The Treasury 2021 Sanctions Review, p. 2.

⁹ Там же, p. 4. См.: подробный анализ экстерриториальности и правового обоснования ОЭМ США в *Буржуа А., Купренкова О.* Борьба с Голиафом: Переосмысливая влияние односторонних экстерриториальных санкций на международный арбитраж // Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 5 / Под ред. А. В. Асокова, А. Н. Жильцова, Р. М. Ходыкина. М., 2019. С. 96–123; *Harry L. Clark.* Dealing with US Extraterritorial Sanctions and Foreign Countermeasures // Penn Law: Legal Scholarship Repository, 2014.

возможность производить платежи в долларах США. Международные банки и иные финансовые институты отказываются от сотрудничества безотносительно участия американских банков-корреспондентов в операциях. Контрагенты прекращают платить за уже исполненные обязательства и разрывают контракты в отношении будущих этапов проектов. Проявляется и так называемая проблема чрезмерного соблюдения, или *overcompliance*, когда санкции начинает соблюдать лицо, к которому соответствующие ОЭМ не адресованы, либо когда подсанкционное лицо теряет доступ к рынку товаров и услуг, которые ОЭМ не охватываются¹⁰.

Экстерриториальный характер ОЭМ США побудил другие страны вводить различные механизмы контрсанкций.

Так, в ЕС утвержден Регламент № 2271/96 от 22 ноября 1996 года (т.н. Блокирующий статут), который направлен на защиту европейских компаний от экстерриториального действия ОЭМ, введенных в отношении Кубы, Ирана и Ливии (но не России). Согласно Блокирующему статуту, (а) европейским компаниям (в т. ч. дочерним обществам компаний из США) запрещено соблюдать поименованные в нем санкции и (б) европейские компании вправе требовать возмещения убытков, которые они понесли в связи с действием санкций, а также (в) запрещено приводить в исполнение судебные и арбитражные решения, вынесенные на основании положений американских санкций¹¹.

¹⁰ См., в частности, публикации, посвященные критике проблемы *overcompliance* с точки зрения ее негативного влияния на устойчивое финансовое развитие, устранение бедности и права человека: *Moret E.* When should the United States use hard-hitting sectoral and financial sanctions? November 2021, <https://theglobal.blog/2021/11/05/when-should-the-united-states-use-hard-hitting-sectoral-and-financial-sanctions/>; *Overcompliance with US sanctions harms Iranians' right to health* // Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights Website, October 2021, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27665&LangID=E>; UN special rapporteur: Unilateral sanctions violate international law, BelTA, September 2021, <https://eng.belta.by/politics/view/un-special-rapporteur-unilateral-sanctions-violate-international-law-143238-2021/>

¹¹ См. обзор противостояния Блокирующего статута и ОЭМ в контексте арбитражных разбирательств: *Naimah Masumy and Niyati Ahuja.* Sanctions vis-à-vis Blocking Measures and the Dilemma Faced by Arbitral Tribunals: Lessons Drawn From EU Blocking Regulation and US Extraterritorial Sanctions // *Kluwer Arbitration Blog*, 7 November 2019. См. также исследование Комитета Европарламента по Международной торговле, посвященное действию Блокирующего статута: *Extraterritorial sanctions on trade and investments and European responses* // European Union, 2020, <https://www.ceps.eu/ceps-publications/extraterritorial-sanctions-on-trade-and-investments-and-european-responses/>

В декабре 2021 года в определении по делу *Bank Melli Iran v. Telekom Deutschland GmbH* Большая палата Европейского суда разъяснила некоторые важные правила применения Блокирующего статута¹², закрепив, в частности, следующее:

(а) Блокирующий статут запрещает соблюдение соответствующего санкционного законодательства независимо от наличия или отсутствия судебного решения иностранного суда или акта иностранного органа в отношении конкретного европейского лица (параграф 51 определения);

(б) Блокирующий статут не запрещает расторжение договора с подсанкционной компанией без объяснения причин, однако при рассмотрении иска подсанкционного лица о необоснованном расторжении договора суд должен установить, не является ли действительной причиной такого расторжения стремление к выполнению санкционного законодательства (параграф 68 определения);

(в) суд вправе признать односторонний отказ от договора незаконным и восстановить юридическую силу соглашения в случае, если такое восстановление не повлечет несоразмерных негативных последствий для нарушителя Блокирующего статута (параграфы 76–87 определения);

(г) принимая решение, суд должен установить баланс между целями Блокирующего статута и потенциальными негативными последствиями для контрагента подсанкционного лица (параграфы 88–92 определения).

Российские компании, находящиеся под воздействием ОЭМ, также стали сталкиваться с большими трудностями как на стадии инициирования арбитража, так и в ходе участия в разбирательстве, а также в рамках последующих процедур отмены или признания и приведения в исполнение арбитражных решений за рубежом. Российское и зарубежное арбитражное сообщество стало обсуждать вопрос влияния санкций на права подсанкционных лиц и доступ к правосудию сразу после введения основных пакетов против России в 2014 году¹³.

¹² *Bank Melli Iran v. Telekom Deutschland GmbH*, C-124/20, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=251507&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1099108>

¹³ *Ходыкин Р.* Итоги 2014 года: гипотеза, диспозиция, санкции // *Legal Insight*, 2014, № 10 (36). С. 64; *Мутай И. М., Биллебру Е. В.* Выбор арбитражного форума разрешения споров в свете санкций против России // *Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 3* / Под ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина, М., 2015. С. 49–71; *Бишчи Д., ван Харсолт-ван Хоф Д., Магнуссон А.* Европейские санкции в международных спорах // *Legal Insight*, 2015, № 5; *D'Agostino J.* When the East

В июне 2020 года российский законодатель отреагировал на неуклонный рост антироссийских ОЭМ. АПК РФ был дополнен новыми статьями 248.1 и 248.2¹⁴, которые устанавливают исключительную компетенцию российских арбитражных судов по некоторым спорам с участием лиц, в отношении которых введены меры ограничительного характера, а также предусматривают возможность вынесения запрета на иницирование или продолжение разбирательства за рубежом по таким спорам.

В данной статье мы адресуем подходы ведущих арбитражных институтов к администрированию споров с участием подсанкционных лиц (раздел 2); затем приведем обзор возможных практических сложностей, с которыми может столкнуться подсанкционное лицо при рассмотрении спора в арбитраже (раздел 3); а в завершение исследуем инструменты, введенные статьями 248.1 и 248.2 АПК РФ, с учетом новейшей российской судебной практики (раздел 4).

2. Позиция ведущих арбитражных институтов и оплата арбитражных сборов

Автору неизвестны какие-либо санкционные режимы, которые запрещали бы арбитражному институту администрировать дела с участием подсанкционных компаний в принципе. Тем не менее наибольшей проблемой в отношениях между подсанкционными компаниями и институтами является оплата арбитражного сбора. Как упомянуто выше, в силу доминирования доллара США в международной торговле, а также проблемы *overcompliance*, лицо, находящееся под ОЭМ США, может столкнуться с большими трудностями при оплате арбитражного сбора даже в ситуации, когда арбитражный институт — получатель — никак не связан с юрисдикцией США.

Невозможность оплатить арбитражный сбор, в свою очередь, может привести к тому, что институт не сможет гарантировать оплату гонорара арбитрам и будет вынужден не давать ход разбирательству до получения денежных средств либо посчитает просьбу об арбитраже

Meets the Far East: the Impact of Russian Sanctions on Commercial Arbitration in Asia // Kluwer Arbitration Blog, 30 April 2015.

¹⁴ 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».

отозванной (в зависимости от положений конкретного арбитражного регламента и политик института).

Еще в 2016 году было проведено исследование национального комитета ICC в Швейцарии среди 35 европейских, азиатских, американских и австралийских арбитражных институтов об администрировании разбирательств с участием лиц под действием ОЭМ¹⁵. Хотя все институты и подтвердили, что им не пришлось приостанавливать или прекращать производства по своим делам в связи с влиянием ОЭМ, исследование показало, что примерно в 30 % случаев возникают задержки и сложности, прежде всего относящиеся к получению аванса на арбитражные расходы.

Кроме того, в 2016¹⁶ и 2022¹⁷ годах были опубликованы два исследования Арбитражной ассоциации (РАА), посвященные влиянию санкций на арбитраж с точки зрения опыта российских пользователей арбитража. Согласно наиболее актуальному исследованию за январь 2022 года, 21 % пользователей известны ситуации, когда арбитражные учреждения отказывались вести дела из-за действия санкций, при этом 38,5 % пользователей подтвердили, что им известны случаи, когда арбитражные учреждения (или их банки) не могли принимать платежи от подсанкционных лиц¹⁸.

Автор настоящей работы, основываясь на собственном опыте, а также частном опросе представителей различных арбитражных учреждений относительно их политик по администрированию разбирательств с участием подсанкционных лиц, предлагает условно классифицировать существующие популярные арбитражные институты по степени воздействия ОЭМ следующим образом:

1. Желтый перечень. В него могут быть включены основные арбитражные учреждения Европы – ICC, LCIA, SCC и VIAC. Данные институты не могут гарантировать обработку платежей, поступающих от компаний, находящихся под действием ОЭМ США, поскольку их

¹⁵ См. доклад о результатах исследования в: *Huser D. Trade Sanctions and International Arbitration // German Arbitration Journal, Kluwer Law International, 2016, Vol. 14, Issue 1.*

¹⁶ Исследование Арбитражной ассоциации: Влияние санкций на коммерческий арбитраж, 2016 год <https://arbitration.ru/upload/medialibrary/e1e/2016-raa-survey-on-sanctions-and-arbitration.pdf>

¹⁷ Исследование Арбитражной ассоциации: Влияние санкций на коммерческий арбитраж, 2022 год, https://arbitration.ru/upload/medialibrary/37b/ixea55ihan4m5dcj37s00t-108tjelrpd/RAA-2022-Study-on-sanctions_rus.pdf

¹⁸ Там же.

банки склонны соблюдать такие санкционные меры. В связи с этим на практике можно ожидать возникновение сложностей с осуществлением платежей и ведением разбирательства. Тем не менее эти арбитражные учреждения не отказываются от споров с участием сторон, находящихся под действием ОЭМ, и ведут работу в направлении преодоления существующих сложностей.

2. Условно желтый перечень. В этот перечень может быть включен Швейцарский арбитражный центр (SAC, ранее SCAI). Хотя SAC публично никогда не давал каких-либо гарантий об отсутствии проблем при администрировании дел с участием компаний под действием ОЭМ, тем не менее осуществление платежей в швейцарских франках и нейтральное законодательство Швейцарии в отношении зарубежных ОЭМ не создавали серьезных опасений для выбора этого учреждения подсанкционной стороне. Тем не менее, введение Швейцарией обширных ОЭМ в марте 2022 года создает опасения для российских пользователей арбитража, что успешный ранний опыт SAC по администрированию осложненных санкциями дел будет продолжен и в будущем.

3. Зеленый перечень. К этому перечню можно отнести азиатские арбитражные центры, которые наименее подвержены действию американских и иных ОЭМ (SIAC, HKIAC, AIAC, CIETAC и DIAC). В ситуации с этими учреждениями нет серьезных поводов беспокоиться об оплате арбитражного сбора и целостности арбитража. Общее правило об оплате сборов в соответствующих валютах и гибкий подход к процедуре оплаты в целом позволяют сделать вывод о благоприятности данных институтов для российских сторон, находящихся под действием ОЭМ западных государств.

2.1. Желтый перечень – ICC, LCIA, SCC и VIAC

Крупнейшие арбитражные институты Европы сегодня находятся на той стадии, когда они разными способами пытаются преодолеть разрушительный эффект ОЭМ и трудности, с которыми сталкиваются российские стороны в связи с их действием.

Еще в 2015 году ICC, LCIA и SCC выпустили совместное заявление о потенциальном влиянии санкций ЕС против России на международный арбитраж, администрируемый учреждениями, расположенными в ЕС¹⁹. Они заявили, что «санкции не налагают общего запрета на об-

¹⁹ ICC, LCIA, SCC Joint Statement, The potential impact of the EU sanctions against Russia on international arbitration administered by EU-based institutions, 17 June 2015, https://sccinstitute.com/media/80988/legal-insight-icc_lcia_scc-on-sanctions_17-june-2015.pdf

ращение российских сторон в европейские арбитражные учреждения, и к российским сторонам не применяется иное отношение, чем к другим сторонам». Тем не менее в этом же заявлении институты подтвердили, что санкции повлекли появление некоторых дополнительных административных процедур, которых ранее не было.

В литературе тогда высказывалась точка зрения, что *«правовые последствия санкций для арбитражных институтов ЕС сильно преувеличены»*, при этом *«нет серьезных оснований для пересмотра арбитражных оговорок и отказа от передачи споров на разрешение в традиционные европейские арбитражи»*²⁰.

На практике такая точка зрения оказалась оптимистичной. На самом деле уже начало арбитражного разбирательства для российской стороны, попавшей под ОЭМ, может оказаться затруднительным, поскольку европейские банки отказываются принимать платежи, даже в отсутствие прямого запрета. Несмотря на явные признаки реальности усилий арбитражных институтов преодолеть действие санкций, упомянутое выше исследование Арбитражной ассоциации за 2022 год подтверждает, что оплата сбора все еще остается серьезным препятствием, которое может привести к невозможности администрирования дела соответствующим институтом²¹.

И такое опасение европейских банков сложно назвать необоснованным или неразумным с учетом их опыта уплаты огромных штрафов в пользу американских государственных органов за нарушение санкционных режимов. Так, в 2014 году крупнейший французский банк – BNP Paribas – был вынужден оплатить 8,9 млрд долларов США за нарушение режима санкций в отношении Кубы, Ирана и Судана²². Годом позже немецкий банк Commerzbank AG заплатил 1,45 млрд долларов США за нарушение ОЭМ в отношении Ирана и Судана²³.

Дополнительные комплаенс-процедуры и запросы о возможном согласовании на администрирование спора также могут повлечь серьезные задержки в возбуждении разбирательства, хотя в новейших

²⁰ Мутай И. М., Биллебру Е. В. Указ. соч. С. 69.

²¹ Исследование Арбитражной ассоциации: Влияние санкций на коммерческий арбитраж, 2022 год, https://arbitration.ru/upload/medialibrary/37b/ixea55ihan4m5dcj37s00t-108tjelrpd/RAA-2022-Study-on-sanctions_rus.pdf

²² BNP Paribas to pay \$9bn to settle sanctions violations // BBC News, 1 July 2014, <https://www.bbc.com/news/business-28099694>

²³ Commerzbank согласился заплатить США штраф в 1,45 млрд долларов // Deutsche Welle, 13 марта 2015 года, <https://p.dw.com/p/1Eq8I>

источниках и отмечается, что известных случаев отказа институтов администрировать дело в связи с непрохождением таких проверок нет²⁴.

ИСС является самым популярным арбитражным учреждением в мире²⁵. Среди российских пользователей арбитража оно также занимает лидирующую позицию²⁶. При этом ИСС является одним из немногих центров, выпустивших положение, специально посвященное санкциям²⁷. Оно декларирует применение равного отношения к сторонам независимо от страны их происхождения (п. 1). Поскольку в случае санкций США платеж в долларах США редко возможен, ИСС указывает, что в качестве альтернативной валюты может использоваться евро (пп. 4, 10 и 11). Тем не менее ИСС обращает внимание на то, что его банки могут не принимать платежи без официального разрешения соответствующих государственных органов (пп. 15 и 16). Учитывая это, ИСС не гарантирует зачисление платежей при отсутствии такого разрешения (п. 16). Наконец, ИСС упоминает о возможной необходимости уведомления французских и американских государственных органов об арбитражном разбирательстве в случае, если соответствующие санкционные инструменты возлагают на него такое обязательство (п. 12).

На недавней XIII международной конференции «Россия как место разрешения споров» Генеральный секретарь Суда ИСС Александр Фессас указал, что на сегодняшний день ИСС не может предложить универсального средства, которое позволяло бы сразу решить все проблемы, связанные с администрированием споров с участием российских компаний, попавших под действие ОЭМ. Тем не менее он подтвердил, что ИСС ведет активную работу в этом направлении и готова оценивать санкционный режим, применимый в каждом

²⁴ *Khvalei V. Impact of Sanctions on International Arbitration // Overriding Mandatory Rules and Compliance in International Arbitration, Institute Dossier XIX, ICC Publication No. 808 E, 2022. P. 143.*

²⁵ International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World // School of International Arbitration at Queen Mary University of London, 2021, https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf

²⁶ Исследование Арбитражной ассоциации: Влияние санкций на коммерческий арбитраж, 2022 год, https://arbitration.ru/upload/medialibrary/37b/ixea55ihan4m5dcj37s00t-108tjelrpd/RAA-2022-Study-on-sanctions_rus.pdf

²⁷ Note to Parties and Arbitral Tribunals on ICC Compliance, June 2016, https://library.icc-wbo.org/content/dr/PRACTICE_NOTES/SNFC_0019.htm?l1=Practice%20Notes&l2=

конкретном деле, и пытаться находить решение, подходящее для конкретной ситуации²⁸.

В новейшей публикации под эгидой ICC по итогам 40-й Ежегодной конференции Института мирового предпринимательского права (*Institute of World Business Law*), посвященной влиянию ОЭМ на арбитраж, также подчеркнута возрастающая значимость проблемы санкционного комплаенса и связанных с ним сложностей по оплате арбитражных сборов и гонораров арбитров. По словам Эдуардо Сильвы Ромеро, ведущего международного арбитра и экс-заместителя Генерального секретаря Суда ICC, такая тенденция может даже привести к *«формированию новой правовой парадигмы»*, где *«международный арбитраж со временем может стать не таким автономным, каков он есть сейчас»*²⁹.

На практике проблема с оплатой арбитражных сборов в ведущих европейских арбитражных институтах может быть разрешена различными путями, однако ни один из этих путей не является универсальным и не может гарантировать, что в конкретном случае арбитраж состоится³⁰.

Поскольку отказ в обработке сбора исходит от банка соответствующего арбитражного учреждения в связи с его внутренними комплаенс-процедурами, то изменение валюты платежа обычно не способствует разрешению проблемы. Равным образом маловероятно, что банк допустит платеж от третьего лица за подсанкционную сторону либо разрешит полную оплату сбора оппонентом подсанкционной стороны. Банк практически гарантированно запросит у арбитражного учреждения информацию о деле и о сторонах разбирательства (что само по себе позволяет ставить вопрос о нарушении конфиденциальности арбитража). Получив данные о том, что платеж осуществляется в счет услуг по администрированию дела, получателем которых является подсанкционная сторона, банк не пропустит транзакцию. Эффективным решением могло бы стать открытие счета арбитражными учреждениями в банках с менее строгой санкционной политикой (возможно,

²⁸ Выступление Генерального секретаря Международного арбитражного суда ICC Александра Фессаса на XIII международной конференции «Россия как место разрешения споров: новая эра международного арбитража», 2 декабря 2021 года.

²⁹ *Silva Romero E.* Foreword in Overriding Mandatory Rules and Compliance in International Arbitration, Institute Dossier XIX, ICC Publication No. 808 E, 2022. P. 7.

³⁰ См. также: *Зыков Р.* Односторонние санкции и арбитраж // Mansors, 9 апреля 2021 года, <https://mansors.com/ru/media/blog/odnostoronnie-sanktsii-i-arbitrazh/>

в нейтральных к ОЭМ странах, которые не склонны применять санкции соответствующего государства).

Получение специальной лицензии органа, который ввел санкции (например, OFAC), потенциально может являться решением³¹. Тем не менее обычно этот процесс занимает большое количество времени без какой-либо гарантии результата. На период рассмотрения заявления о лицензии таким органом подсанкционное лицо не сможет защищать свои права в арбитраже, что может негативно сказаться на перспективах иска с точки зрения исковой давности. Более того, идея о возложении на лицо, попавшее под санкции, бремени обращения к органу, который установил эти же санкции, за разрешением судебного преследования своего контрагента может вызывать сомнения с точки зрения здравого смысла.

Наконец, сторона может попытаться согласовать другие способы, которые могут привести к исполнению обязанности по оплате арбитражного сбора и гонораров арбитров, например воспользоваться иными путями оплаты без участия банков (чек, перевод через платежных агентов, представление гарантии в обеспечении обязательства по уплате сбора и пр.), а также согласовать оплату гонораров арбитрам от сторон напрямую. Возможность согласования таких путей, а также перспектива достижения положительного результата может варьироваться в зависимости от различных факторов (применимого права, санкционного режима, арбитражного института и его регламента, условий арбитражной оговорки, места жительства арбитров и их согласия и т. д.) без каких-либо гарантий успеха в конкретном случае.

2.2. Условно желтый перечень — SAC

Еще в 2015 году SAC (тогда SCAI) докладывал о том, что к нему поступают запросы о рассмотрении дел, относящихся к компетенции ICC, обусловленные тем фактом, что Швейцария не применяет санкции США или ЕС³². Тем не менее экс-президент SCAI Филипп Хаббегер отмечал, что в отдельных случаях для получения арбитражного

³¹ См. подробнее в: *Khvalei V.* Op. cit. P. 142 и *Буржуа А., Купренкова О.* Борьба с Голиафом: Переосмысливая влияние односторонних экстратерриториальных санкций на международный арбитраж // Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 5 / Под ред. А.В. Асокова, А.Н. Жильцова, Р.М. Ходыкина. М., 2019. С. 96–123.

³² Interview with Philipp Habbeger, Switzerland Attracts CIS Parties by Not Applying EU or US Sanctions // CIS Arbitration Forum, 26 October, 2015, <http://www.cisarbitration.com/2015/10/26/switzerland-attracts-cis-parties-by-not-applying-eu-or-us-sanctions/>

сбора от подсанкционного лица может потребоваться дополнительная координация и общение с банками³³. С тех пор нам не известны какие-либо универсальные публичные заявления SAC о своей санкционной политике. Публично SAC никогда не гарантировал полное отсутствие сложностей в рассмотрении дел с участием лиц, находящихся под действием ОЭМ.

При этом какие-либо данные о том, что SAC испытывал сложности с получением арбитражных сборов, которые приводили бы к задержкам в разбирательстве, отсутствуют. Это объяснялось позицией Швейцарии как нейтрального государства, которое не поддерживало ОЭМ США и иных государств. Осуществление платежей по умолчанию в швейцарских франках также упрощало прохождение этой стадии дела. По доступной автору информации, SAC в последние годы администрировал ряд дел, осложненных ОЭМ, и не испытал существенных сложностей.

Тем не менее, 4 марта 2022 года Швейцария отклонилась от вековой политики нейтралитета и присоединилась к широкомасштабным санкциям ЕС против РФ³⁴. После этого события SAC пока не высказывал своей позиции о юридической и фактической возможности администрирования споров с участием российских подсанкционных компаний. В любом случае, применение Швейцарией обширных по своему объему ОЭМ создает опасения для российских пользователей арбитража, что успешный ранний опыт SAC по администрированию осложненных санкциями дел будет продолжен и в будущем.

2.3. Зеленый перечень – SIAC, HKIAC, AIAC, CIETAC и DIAC

Достаточно скоро после введения ОЭМ западными странами в 2014 году в российском арбитражном сообществе стала и продолжает звучать точка зрения о том, что азиатские институты становятся качественной альтернативой устоявшимся европейским арбитражным учреждениям³⁵. Исследования РАА за 2016 и 2022 годы показывают, что

³³ Interview with Philipp Habbeger, Switzerland Attracts CIS Parties by Not Applying EU or US Sanctions // CIS Arbitration Forum, 26 October, 2015, <http://www.cisarbitration.com/2015/10/26/switzerland-attracts-cis-parties-by-not-applying-eu-or-us-sanctions/>

³⁴ Ordonnance instituant des mesures en lien avec la situation en Ukraine du 4 mars 2022, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2022/151/de>. См. также Neutral Swiss join EU sanctions against Russia in break with past // Reuters, 28 February 2022, <https://www.reuters.com/world/europe/neutral-swiss-adopt-sanctions-against-russia-2022-02-28/>

³⁵ См., например, целый номер юридического журнала, посвященный этому вопросу: Арбитраж: взгляд на Восток // Legal Insight № 3 (39), 2015. См. также: *D'Agostino J.*

позиции азиатских арбитражных центров среди российских пользователей последовательно улучшаются: Сингапур как место арбитража передвинулся с 7-й на 2-ю строку, а Гонконг – с 8-й на 7-ю. При этом с точки зрения рейтинга институтов по популярности SIAC переместился с 6-го на 4-е место, а HKIAC – с 9-го на 7-е место. Важно вспомнить, что к 2022 году и HKIAC и SIAC признаются на территории России постоянно действующими арбитражными учреждениями³⁶. В мировом рейтинге SIAC и HKIAC также с каждым годом улучшают свои позиции, занимая второе и третье место соответственно среди всех мировых арбитражных институтов (уступая только ICC)³⁷. Сравнивая SIAC и HKIAC, можно отметить, что, согласно статистике за 2021 год, SIAC зарегистрировал более чем в полтора раза больше дел по сравнению с HKIAC (469³⁸ против 277³⁹ дел).

Учитывая официальную статистику этих институтов, а также данные исследований РАА, можно сделать вывод о лидерстве SIAC среди азиатских арбитражных учреждений для российских сторон. SIAC рассматривает все больше и больше дел с компаниями, находящимися под разными режимами ОЭМ, и заинтересован в увеличении их числа. Хотя SIAC не выпустил никакой политики в отношении санкций, директор центра Кевин Нэш в одном из интервью упомянул, что поскольку платежи в арбитраже SIAC обычно осуществляются в сингапурских долларах и не направляются через американские банки-корреспонденты, то SIAC не сталкивался с какими-либо трудностями при ведении

When the East Meets the Far East: the Impact of Russian Sanctions on Commercial Arbitration in Asia // Kluwer Arbitration Blog, 30 April 2015. Иные публикации доступны по ссылкам: <https://rg.ru/2015/06/02/arbitrazh.html>; <https://pravo.ru/story/232995/>; http://rapsinews.ru/international_publication/20191206/305168094.html; <https://pravo.ru/opinion/227819/>

³⁶ Перечень иностранных арбитражных учреждений, признаваемых постоянно действующими арбитражными учреждениями в соответствии с Федеральным законом от 29 декабря 2015 года № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», https://minjust.gov.ru/uploaded/files/perecheninostrannyharbitrazhnyhuchrezhdeniyvmac_nnPiCwp.docx

³⁷ International Arbitration Survey: Adapting Arbitration to a Changing World // School of International Arbitration at Queen Mary University of London, 2021, https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf

³⁸ SIAC Annual Report for 2021, https://siac.org.sg/images/stories/articles/annual_report/SIAC_Annual_Report_2021.pdf

³⁹ HKIAC Statistics for 2021, <https://www.hkiac.org/about-us/statistics>

дел с участием российских сторон, попавших под санкции⁴⁰. В нашей практике сопровождения разбирательств по правилам SIAC также не возникало каких-либо проблем, влекущих сложности администрирования спора в связи с действием на одну из сторон различных режимов ОЭМ.

Важно отметить, что 5 марта 2022 года Сингапур впервые ввел в отношении РФ ряд ОЭМ⁴¹. Хотя сам факт введения санкций и может создавать опасения в выборе SIAC для российских компаний, нужно подчеркнуть, что введенные на дату настоящей работы меры носят точечный характер и не должны влиять на инициирование и ход арбитражного разбирательства в этом институте (в частности, введен запрет на экспорт оружия и товаров двойного назначения, а также ряд ограничений, адресатом которых являются сингапурские финансовые учреждения).

HKIAC является единственным крупным восточным арбитражным центром, который утвердил политику в отношении разбирательств, затронутых ОЭМ⁴². Эта политика применяется, когда сторона арбитража находится под ОЭМ или когда предмет спора подпадает под действие санкционного режима, либо если арбитр является гражданином или резидентом страны, затронутой санкционным режимом (п. 1.2). Хотя на HKIAC и распространяется законодательство о санкциях Гонконга, Гонконг до сих пор не вводил никаких ОЭМ.

Согласно своей политике, если от HKIAC требуется назначение арбитра, он либо назначает лицо, не подпадающее под режим санкций, либо оказывает помощь арбитру, подающему заявку на разрешение на участие в разбирательстве (пп. 3.2, 3.3). Что касается платежей, то в случаях, когда банковские операции затруднены санкциями, HKIAC предлагает административную помощь в получении соответствующих разрешений от гонконгских властей (пп. 3.4, 3.5).

У автора отсутствует информация о каких-либо арбитражных разбирательствах по Регламенту HKIAC с участием российских сторон, находящихся под санкциями. Тем не менее мы понимаем, что у HKIAC

⁴⁰ ArbitRAAction Kitchen with Kevin Nash (SIAC) // Arbitration Journal by Arbitration Association, 4 August 2020, <https://journal.arbitration.ru/ru/interview/arbitraaction-kitchen-with-kevin-nash-siac/>

⁴¹ Sanctions and Restrictions Against Russia in Response to its Invasion of Ukraine, Ministry of Foreign Affairs, 5 March 2022, <https://www.mfa.gov.sg/Newsroom/Press-Statements-Transcripts-and-Photos/2022/03/20220305-sanctions>

⁴² HKIAC Sanctions Policy, <https://www.hkiac.org/content/sanctions-policy>

есть опыт успешного администрирования дел с участием сторон из других стран, которые подвержены схожим режимам ОЭМ (в частности, из Китая).

Аналогичным образом нет никаких оснований полагать, что трудности с администрированием подобных споров могут возникнуть у АІАС, хотя, по нашей информации, пока таких дел не было. АІАС готов принимать оплату в малайзийских ринггитах, долларах США и любой иной валюте. Единственная сложность, с которой столкнется сторона, желающая провести платеж в иной валюте, — необходимость подождать примерно 30 дней на обработку платежа до его получения АІАС.

Наконец, можно предположить, что трудности также не возникнут у СИЕТАС (Китай) и ДІАС (Дубай), хотя у автора нет доступной информации о политике этих институтов в отношении санкций и опыта администрирования осложнённых санкциями дел с участием российских сторон.

3. Остальные практические сложности

Тем не менее помимо проблемы оплаты арбитражного сбора, ОЭМ создают и иные препятствия нормальному течению разбирательства. При этом проблемы возникают как на стадии инициирования арбитража, так и в ходе участия в разбирательстве, а также в рамках последующих процедур отмены/признания и приведения в исполнение арбитражных решений⁴³.

3.1. Доарбитражная стадия

Еще до возбуждения разбирательства лицо, находящееся под действием ОЭМ, может столкнуться как минимум со следующими проблемами:

1. Привлечение юридического представителя. Сторона, находящаяся под действием ОЭМ, может быть ограничена уже на стадии выбора юридического представителя. Глобальные юридические фирмы также

⁴³ О некоторых таких проблемах см. в: *De Lelle C. A., Erb N. Key Sanctions Issues in Civil Litigation and Arbitration* // 2nd ed. of the *Guide to Sanctions / Global Investigations Review*, June 2021; *Kokoç O. New Exclusive Competence of Russian Courts in International Sanctions-Related Disputes: Is It as Bad as It Sounds?* // *Kluwer Arbitration Blog*, 29 July 2020; *Kroll K. Impact on International Arbitration Involving Russian Parties* // *Commercial Arbitration*, No. 2 (4), July – December 2020; *Зыков Р. Указ. соч.*

имеют сложную процедуру проверок своих клиентов и могут отказать в принятии поручения от подсанкционного доверителя. Даже если такая фирма по своим внутренним правилам будет готова представлять сторону в арбитраже, ей может понадобиться лицензия соответствующего государственного органа. Особенно остро проблема стоит в ситуации, когда представитель требуется для ведения дела на территории страны, которая и ввела ОЭМ. В практике описываются случаи последовательных отказов различных фирм принимать поручение от одного клиента, что в итоге даже может привести к негативному арбитражному решению⁴⁴. В арбитражном сообществе уже активно обсуждается проблема лишения российских сторон юридического представительства (англ – “*de-lawyering*”) и высказываются точки зрения, что санкции серьезно влияют на «осуществление правосудия в арбитражной системе», и их применение вероятно должно быть в этой части откорректировано⁴⁵.

2. ОЭМ и мирное урегулирование спора. Зачастую, даже в отсутствие спора о праве, контрагент, опасаясь риска вторичных санкций, может отказываться осуществлять оплату или исполнение контракта. Вновь реализуется упомянутая выше проблема *overcompliance*. В такой ситуации подсанкционное лицо оказывается вынужденным инициировать разбирательство, которого в ином случае бы не было, если бы не действовали ОЭМ.

3. Пересогласование арбитражной оговорки. Зачастую, осознав, что согласованная арбитражная оговорка является неисполнимой (или трудноисполнимой) в связи с санкциями, разумным желанием лица под действием ОЭМ будет связаться с контрагентом и пересогласовать ее таким образом, чтобы избежать соответствующих проблем.

Как только контрагент, к которому потенциально имеется требование, осознает возможность избежать оплаты путем одного только отказа пересогласовать институт, он может принять решение остановить процесс переговоров и использовать отсутствие эффективного арбитражного соглашения как рычаг давления на своего контрагента.

⁴⁴ См.: Decision of the US Court of Southern District of New York in case No. 16-cv-5926, 2017 WL 9473164 dd. 9 Aug. 2017, <https://www.courtlistener.com/docket/4357501/unit-ed-media-holdings-nv-v-forbes-media-llc/>. См также анализ дела в: *Khvalei V.* Op. cit. P. 139.

⁴⁵ Jones voices concern over “*de-lawyering*” of Russian parties, *Global Arbitration Review*, 31 March 2022, <https://globalarbitrationreview.com/construction/jones-voices-concern-over-de-lawyering-of-russian-parties>

4. Доарбитражный порядок / эскалационные оговорки. Многие арбитражные соглашения предусматривают ступенчатую процедуру разрешения спора, когда до передачи спора в арбитраж он должен пройти менее состязательное разбирательство в Dispute Adjudication Board или иную процедуру схожей природы⁴⁶.

Все описанные в настоящей работе проблемы, вызванные влиянием ОЭМ, могут реализоваться и на этом этапе, в том числе сложности с оплатой сбора за разрешение соответствующего спора, что как минимум исключит возможность оперативного прохождения данной стадии. Одновременно пренебрежение доарбитражным механизмом, даже по причине действия санкций, создает серьезный риск отказа в признании трибуналом юрисдикции или даже для последующей отмены арбитражного решения в связи с несоблюдением порядка разрешения спора.

3.2. Ведение арбитражного разбирательства

Основной массив проблем ОЭМ вызывают именно после инициирования арбитражного разбирательства, т. е. после подачи просьбы об арбитраже или ее аналога. Ниже мы приводим некоторые из подобных трудностей (за исключением проблемы оплаты арбитражного сбора, которая рассмотрена выше).

1. Формирование трибунала.

Действие ОЭМ на сторону существенно ограничивает ее в выборе арбитра. Прежде всего, от назначения практически гарантированно откажутся граждане страны, которая ввела ОЭМ, а также постоянно проживающие в ней иностранцы. Кроме того, в случае с ОЭМ США от назначения, скорее всего, будут отказываться арбитры, работающие в международных юридических фирмах, имеющих офисы в Новом Свете. Таким образом, пул потенциальных арбитров с самого начала будет ограничен арбитрами из национальных фирм бутиков либо независимых практиков.

При этом и выступление арбитром в разбирательстве, стороной которого является подсанкционное лицо, тем более получение гонорара, источником происхождения которого является платеж от SDN в адрес института, может рассматриваться нарушением соответствующего санкционного режима. Хотя возможность обратиться за соответствующей

⁴⁶ См. рекомендации по составлению таких оговорок в: *Ходыкин Р.* Многоуровневые арбитражные оговорки: новый виток? // Legal Insight, 2014, № 8 (34), С. 64.

лицензией обычно и существует, на практике шансы и сроки ее получения спрогнозировать затруднительно⁴⁷. Кроме того, назначение арбитра, который соблюдает санкционные ограничения, потенциально создает угрозу его предвзятости, поскольку он может склоняться соблюдать санкционное законодательство при вынесении решения по существу для исключения риска личной ответственности за содействие обходу санкций перед государством, которое ввело соответствующие ОЭМ⁴⁸.

Еще более остро данная проблема проявляется в ситуации, когда акт, которым были введены ОЭМ, содержит специальное указание на поведение стороны, которое привело к внесению ее в соответствующие списки. Одновременно такое внесение происходит без соблюдения базовых принципов судебного разбирательства и стандартов доказывания обстоятельств. В такой ситуации еще при назначении арбитров стороне необходимо просчитывать, какой вес тот или иной арбитр будет придавать нормативным актам государства, которое ввело ОЭМ, и будет ли он его применять в споре.

2. «Партизанские тактики» иностранного оппонента.

Незаслуженно мало внимания уделяется возможному противодействию, которое может проявлять недобросовестный оппонент по арбитражному разбирательству.

Это могут быть угрозы в адрес арбитражного института раскрыть факт администрирования спора с участием стороны под действием ОЭМ, возбуждение судебных разбирательств по месту арбитража, где подсанкционная сторона не может быть полноценно представлена, номинирование арбитров, которые будут инициировать длительный процесс получения лицензии, либо не смогут принять назначение, либо связаны правовыми нормами государства, которое ввело санкции; неоплата своей части арбитражного сбора; обращение к составу арбитража за обеспечением судебных расходов (*security for costs*), которое объективно не может быть исполнено в силу невозможности выполнить требование к характеристикам банка, и т.д.

3. Привлечение технических специалистов, экспертов по праву и иных лиц, оказывающих профессиональные услуги.

Рынок ведущих технических экспертов по строительным вопросам и вопросам расчетов ограничен. Лучшие фирмы, с международным

⁴⁷ См.: *DeLelle C. A., Erb N.* Key Sanctions Issues in Civil Litigation and Arbitration // 2nd Edition of the Guide to Sanctions / *Global Investigations Review*, June 2021; *Буржуа А., Купренкова О.* Указ. соч. С. 96–123.

⁴⁸ См. подробнее: *Khvalei V.* Op. cit. P. 146.

присутствием, склонны отказывать подсанкционным лицам, чтобы исключить риск попадания во вторичные санкции. В исследованиях отмечается, что все 26 экспертных организаций в рейтинге GAR 100 за 2021 год имеют офисы в США, Европе и Великобритании, что обязательно повлечет санкционные проверки и возможную необходимость получения лицензии от регулирующего органа без гарантий успеха⁴⁹.

Кроме того, подсанкционной стороне может понадобится представить правовое заключение о действии норм иностранного права в части последствий включения ее в санкционные списки, что также потребует получения специальных лицензий. Одновременно оппонент такой стороны обычно не испытывает сложностей в получении консультаций и экспертных отчетов по таким же вопросам, что вызывает сомнения относительно равенства сторон в разбирательстве.

Наконец, могут возникать проблемы с такими нетривиальными вещами, как получение доступа к платформам раскрытия доказательств и иному профессиональному программному обеспечению, привлечение стенографистов и т.д.⁵⁰

3.3. Признание и приведение в исполнение арбитражных решений / отмена арбитражных решений

Наконец, даже после вынесения арбитражного решения лицо под действием ОЭМ может столкнуться с тем, что в рамках процедуры его признания и приведения в исполнение либо отмены соответствующий суд будет принимать во внимание соблюдение санкционного законодательства в месте исполнения / месте арбитража⁵¹.

Гэри Борн в своей фундаментальной работе отмечает, что в большинстве известных случаев признания и приведения в исполнение арбитражных решений по Нью-Йоркской конвенции 1958 года

⁴⁹ *Khvalei V.* Op. cit. P. 145.

⁵⁰ Там же.

⁵¹ См. развернутую дискуссию по этому вопросу: *Szabados T.* EU Economic Sanctions in Arbitration // *Journal of International Arbitration*, 2018, Vol. 35, Issue 4; *Da Silveira M. A.* Hardship and Force Majeure in International Commercial Contracts: Dealing with Unforeseen Events in a Changing World // *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Vol. 17; *Chahine J. H.* UN and EU Sanctions Versus US Sanctions: Two Different Yardsticks Commentary on the Decision of the Paris Court of Appeal, *International Commercial Chamber of 3 June 2020*, No. 21/2020 // *Journal of International Arbitration*, 2021, Vol. 38, Issue 1; *Da Silveira M. A.* Trade Sanctions and International Sales: An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation // *Kluwer Law International*, 2014.

суды отклоняют доводы о противоречии публичному порядку в связи с возможным нарушением торговых и иных экономических ограничительных мер⁵². При этом встречаются и обратные ситуации отказа в признании и приведении в исполнение⁵³. На отсутствие единообразного подхода к этому вопросу указывается и в работах российских практиков⁵⁴.

Примечательно, что в США, даже когда американские суды подтверждают признание и приведение в исполнение арбитражного решения в пользу подсанкционной компании, они занимают позицию, что непосредственно такое решение может быть исполнено только после получения специального разрешения OFAC на перечисление средств взыскателю⁵⁵.

4. Исключительная компетенция российских судов

4.1. Меры ограничительного характера

Нормы статей 248.1 и 248.2 АПК РФ, при соблюдении ряда условий, предусматривают исключительную компетенцию российских арбитражных судов, т. е. исключают передачу спора в арбитраж. Отнесение спора к компетенции российских судов осуществляется с помощью категории «*меры ограничительного характера*», которые исходят от «*иностранного государства, государственного объединения и (или) союза и (или) государственного (межгосударственного) учреждения иностранного государства или государственного объединения и (или) союза*».

Статьи 248.1 и 248.2 АПК РФ не раскрывают термин «*меры ограничительного характера*». Отсутствие легального определения вызвало в российском арбитражном сообществе дискуссию о действительном содержании этого понятия и сфере действия новелл. В частности, об-

⁵² См.: *Born G. B. International Commercial Arbitration*, 3rd ed., Kluwer Law International, 2021. P. 4032–4033.

⁵³ Там же, со ссылкой на дела: *Ministry of Defense of Iran v. Gould, Inc.*, 1990 US Dist. LEXIS 21018, Section 2 (C.D. Cal.); *COSID Inc. v. Steel Auth. of India Ltd*, XI Y.B. Comm. Arb. 502, 505-06 (New Delhi High Ct. 1985) (1986); *Compare MGM Prod. Group, Inc. v. Aeroflot Russian Airlines*, 573 F. Supp. 2d 772 (S.D.N.Y. 2003) и др.

⁵⁴ *Khvalei V.* Op. cit. P. 149.

⁵⁵ *Ministry of Defense & Support for the Armed Forces of Iran v. Cubic Defense Sys., Inc.*, 665 F.3d 1091, 350-54 (9th Cir. 2011).

суждается вопрос, допустимо ли включать в такие меры любые экономические, визовые, регуляторные, экспортные, уголовные и административные ограничения⁵⁶. Кроме того, высказывается точка зрения, что с учетом определения инициаторов мер действие статей 248.1 и 248.2 АПК РФ не должно распространяться на ограничительные меры, принятые в рамках международных организаций, в частности, например, в рамках статьи 41 Устава ООН⁵⁷.

Насколько нам известно, на дату написания данной работы отсутствуют судебные дела, в которых две указанные проблемы были бы разъяснены. Напротив, все существующие известные производства по статьям 248.1 и 248.2 касаются ситуаций, в которых заявителями выступали лица, либо прямо поименованные в санкционных списках США и ЕС⁵⁸, либо подпадающие под действие таких ОЭМ в результате нахождения своих контролирующих лиц в подобных перечнях⁵⁹.

Тем не менее важно отметить, что используемый статьями 248.1 и 248.2 АПК РФ термин не является новым для российского права. Российское налоговое и валютное законодательство оперирует им еще с 2017–2018 годов⁶⁰. Правительство РФ с этого же времени ведет

⁵⁶ *Старженецкий В. В., Очирова С. Б.* Влияние санкций на разрешение внешнеэкономических споров: сохранение status quo или поиск альтернативных юрисдикций? // *Международное правосудие*, 2020, № 4; *Зыков Р.* Указ. соч.

⁵⁷ *Зыков Р.* Указ. соч.

⁵⁸ См.: Решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 29 апреля 2021 года, Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 30 декабря 2021 года и Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23 марта 2022 г. по делу № А56-57238/2020 (Дело АО «Силловые машины»). АО «Силловые машины» включено в перечень SDN. См. также: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 25 января 2021 года по делу № А40-201344/2020 и Постановление Арбитражного суда Московского округа от 25 января 2022 года по делу № А40-156736/20 (дела АО «Совфрахт»). АО «Совфрахт» включено в перечень SDN.

⁵⁹ См.: Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 10 марта 2021 года по делу № А60-36897/2020 (дело АО «Уралтрансмаш»). Материнская компания АО «Уралтрансмаш» включена в перечень SDN и подпадает под действие европейских секторальных ОЭМ. См. также: Определение Арбитражного суда г. Москвы от 18 декабря 2020 года, Решение Арбитражного суда г. Москвы от 20 апреля 2021 года, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20 декабря 2021 года и Постановление Арбитражного суда Московского округа от 24 марта 2022 по делу № А40-155367/2020 (дело НАО «Царьград Медиа»). Бенефициар НАО «Царьград Медиа» включен в перечень SDN.

⁶⁰ См., в частности, пункт 4 статьи 207 Налогового кодекса Российской Федерации, а также пункт 4.2 статьи 19 Федерального закона от 10 декабря 2003 года № 173-ФЗ

специальный перечень подобных мер, который включает в себя нормативно-правовые акты девяти иностранных государств, предусматривающие именно ОЭМ в отношении Российской Федерации⁶¹. В связи с этим, с учетом системного толкования, статьи 248.1 и 248.2 АПК РФ направлены на защиту интересов именно тех лиц, которые подпадают под действие ОЭМ, а не любых иных ограничений.

После событий февраля 2022 года в упомянутый перечень ограничительных мер не были внесены изменения (на дату настоящей статьи). Вместо этого Правительство РФ в марте 2022 г. утвердило иной перечень *«иностранных государств и территорий, совершающих в отношении Российской Федерации, российских юридических лиц и физических лиц недружественные действия»*, в который входят 40 стран (включая все государства - члены ЕС)⁶². Можно предположить, что для целей применения статей 248.1 и 248.2 АПК РФ новый перечень иностранных государств является наследником перечня нормативно-правовых актов. В связи с этим, применение ОЭМ одного из таких государств может привести к приобретению российскими судами исключительной компетенции.

При этом можно сделать вывод, что российские суды не будут приобретать исключительную компетенцию в делах, когда введенные ОЭМ отсутствуют и речь идет только об уголовных, административных и прочих мерах, которые могли бы, к примеру, не позволять въезд свидетелей, препятствовать осуществлению платежей в связи с арестом

«О валютном регулировании и валютном контроле». Важно подчеркнуть, что ФНС России в порядке указанной нормы ведет соответствующий перечень резидентов, в отношении которых иностранным государством, государственным объединением и (или) союзом и (или) государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и (или) союза введены меры ограничительного характера. Редакция указанного перечня на 2019 год доступна по ссылке: <https://data.nalog.ru/html/sites/www.new.nalog.ru/doc/rez110719.pdf>

⁶¹ Постановление Правительства РФ от 10 ноября 2017 года № 1348 «Об утверждении перечня мер ограничительного характера, введенных иностранным государством, государственным объединением и (или) союзом и (или) государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и (или) союза в отношении физических лиц». В список попали акты Австралии, ЕС, Исландии, Канады, Лихтенштейна, Норвегии, США, Швейцарии и Японии, введенные в 2014 году в связи с ситуацией в Украине.

⁶² Распоряжение Правительства РФ от 5 марта 2022 года № 430-р «Об утверждении перечня иностранных государств и территорий, совершающих недружественные действия в отношении Российской Федерации, российских юридических и физических лиц».

средств и т. д. С другой стороны, наличие подобных мер дополнительно к введенным ОЭМ может играть роль при анализе наличия в иностранном форуме доступа к правосудию, о чем пойдет речь ниже⁶³.

4.2. Категории споров

Статьи 248.1 и 248.2 АПК РФ определяют исключительную компетенцию российских арбитражных судов по двум категориям споров:

(а) споры с участием лиц, в отношении которых применяются меры ограничительного характера;

(б) споры, основанием для которых являются ограничительные меры.

Вскоре после введения в действие статей 248.1 и 248.2 АПК РФ в доктрине была высказана точка зрения о том, что их диспозиция потенциально позволяет автоматически распространять исключительную компетенцию российских судов на все споры с участием лиц, в отношении которых применяются меры ограничительного характера, безотносительно к их предмету и основаниям возникновения⁶⁴.

Российская судебная практика начинает идти именно по этому пути. Так, в деле № А40-201344/2020 АО «Совфрахт» предъявило иск о возмещении убытков к двум иностранным лицам по нескольким договорам, связанным с недвижимым имуществом в Индии. «Совфрахт» мотивировал обращение в российские суды тем, что на него распространяются санкции США (он включен в перечень SDN), что исключает применение пророгационных оговорок в контрактах. При этом указаний на связь предмета спора и оснований его возникновения с санкциями судебные акты не содержат.

Суды первой и апелляционной инстанций формально отказались рассматривать иск «Совфрахта», сославшись на то, что арбитражные суды не обладают компетенцией по искам к физическим лицам, не являющимся предпринимателями, без какого-либо анализа применимости статьи 248.1 АПК РФ. Арбитражный суд Московского округа же отменил акты нижестоящих судов и направил дело в Арбитраж-

⁶³ См. схожую логику в: *Гальперин М. Л.* Битва юрисдикций: есть ли процессуальное оружие у российских судов? Комментарий к изменениям, внесенным в АПК РФ Федеральным законом от 8 июня 2020 года № 171-ФЗ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2021, № 1.

⁶⁴ См.: *Карabelleвников Б. Р.* Российское правосудие защитит обиженных россиян // Закон. 2020. № 7; *Старженецкий В. В., Очирова С. Б.* Указ. соч.

ный суд г. Москвы для рассмотрения по существу⁶⁵. Суд отметил, что «Совфракт» является организацией, в отношении которой действуют ограничительные меры в соответствии с российским валютным законодательством, отметив доказательственное значение соответствующего письма ФНС России⁶⁶. Таким образом, Арбитражным судом Московского округа была подтверждена возможность применения статьи 248.1 к спорам, напрямую не имеющим отношения к санкциям.

В другом деле № А40-156736/20, также инициированном «Совфрактом» против английской компании Prosperity Estate Ltd. в порядке статьи 248.2 АПК РФ, «Совфракт» ссылаясь на потенциальное судебное разбирательство в английском суде, которое может быть возбуждено процессуальным оппонентом в связи с договорами об оказании услуг на ремонт зданий. Исходя из текста судебных актов, непосредственная связь между предметом спора и действующим санкционным режимом в данном деле также отсутствовала. Тем не менее Арбитражный суд г. Москвы, а затем Арбитражный суд Московского округа подтвердили возможность применения статьи 248.2 АПК РФ с аргументацией, аналогичной делу № А40-201344/2020 выше⁶⁷.

Примечательно, что на дату подготовки данной статьи в Государственную думу РФ внесен новый законопроект № 25200-8, который расширяет сферу применения статей 248.1 и 248.2 новыми категориями споров, по которым ответчик: (а) способствовал принятию ограничительных мер, или (б) получил выгоду в связи с действием ограничительных мер, или (в) не выполнил свои обязательства в связи с действием ограничительных мер⁶⁸. Данный законопроект породил общественную дискуссию о расширении механизма контр-

⁶⁵ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 25 января 2021 года по делу № А40-201344/2020.

⁶⁶ Отсылка Арбитражного суда Московского округа к валютному законодательству и перечню ФНС России в данном деле подтверждает точку зрения о системном использовании термина «*меры ограничительного характера*», которая была озвучена выше.

⁶⁷ Определение Арбитражного суда г. Москвы от 8 октября 2021 года и Постановление Арбитражного суда Московского округа от 25 января 2022 года по делу № А40-156736/20. Отмечаем, что кассационный суд отменил акт суда первой инстанции и отправил дело на новое рассмотрение в связи с отказом в присуждении последним судебного штрафа в порядке статьи 248.2 АПК РФ. При этом обе инстанции подтвердили исключительную юрисдикцию по правилам указанной нормы.

⁶⁸ См. паспорт Законопроекта № 25200-8 на сайте Государственной думы РФ, <https://sozd.duma.gov.ru/bill/25200-8>

санкций⁶⁹. Отдельными практиками даже отмечается, что фактически указанный законопроект вводит новую категорию ответственности в отношении лиц, упомянутых в диспозиции статей проекта⁷⁰.

По мнению автора, указанное дополнение никак не расширит сферу действия статей 248.1 и 248.2 АПК РФ. Все новые категории споров, в сущности, уже покрываются и без того достаточно обширной диспозицией действующей редакции подпункта 2 части 1 статьи 248.1 АПК РФ, которая охватывает споры, «*основанием для [которых] являются ограничительные меры [...]»*. Более того, упомянутые выше дела «Совфрахта» подтверждают, что российские суды готовы принимать к рассмотрению споры по требованиям подсанкционных лиц даже при отсутствии связи спора и действий ответчиков с санкциями. Введение новых категорий ответчиков не принесет расширение потенциальных споров, подпадающих под исключительную юрисдикцию российских судов. При этом в текущем виде законопроект предусматривает введение изменений исключительно в области процессуального законодательства, что не позволяет говорить об установлении особой ответственности упомянутых в нем лиц. Автор полагает, что с практической точки зрения никакого изменения регулирования не произойдет, даже если указанный законопроект будет принят.

4.3. Условия для передачи спора в российских суд. Дело «Уралтрансмаша»

С точки зрения буквального текста закона, установлены два условия передачи поименованных выше споров в российские суды:

(а) отсутствие в производстве иностранного суда или международного коммерческого арбитража, находящихся за рубежом, спора между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям (т. е. закон

⁶⁹ См., в частности: Судебную защиту россиян под санкциями предложили усилить // Pravo.ru, 26 ноября 2021 года, <https://pravo.ru/news/237071/>; В Госдуму внесли законопроект о защите попавших под санкции российских компаний // Ведомости, 25 ноября 2021 года, <https://www.vedomosti.ru/economics/news/2021/11/25/897634-v-gosdumu-vnesli-zakonoproekt-o-zaschite-popavshih-pod-sanktsii-rossiiskih-kompanii>; Защиту прав россиян, оказавшихся под санкциями, предложили усилить // Парламентская газета, 25 ноября 2021 года, <https://www.pnp.ru/economics/zashhitu-prav-rossiyan-okazavshikhsya-pod-sankciyami-predlozhili-usilit.html>

⁷⁰ См. выступление *Кроля К.* на вебинаре Российской арбитражной ассоциации «Влияние санкций на коммерческий арбитраж», 19 января 2022 года, https://www.youtube.com/watch?v=eP7dAeTg5_8

специально подчеркивает, что он не устраняет эффект принципа *lis pendens*⁷¹) (часть 1 статьи 248.1 АПК РФ);

(б) пророгационное или арбитражное соглашение в пользу зарубежного форума неисполнимо по причине применения ограничительных мер, создающих препятствия в доступе к правосудию (часть 4 статьи 248.1 АПК РФ).

Последнее условие (б) вызвало обширные дискуссии в российском юридическом сообществе⁷², особенно после того, как оно стало предметом знакового судебного спора между АО «Уралтрансмаш» (далее – «Уралтрансмаш»), принадлежащим АО «НПК “Уралвагонзавод”» (далее – «Уралвагонзавод»), и польской компанией PESA Bydgoszcz SA (далее – PESA) (дело № А60-36897/2020)⁷³.

Так, PESA инициировала арбитраж по регламенту Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма (SCC) против «Уралтрансмаша». Последний обратился в российские суды с заявлением в порядке статей 248.1 и 248.2 АПК РФ о вынесении запрета на продолжение разбирательства в SCC в связи с препятствиями в доступе к правосудию, вызванными попаданием его материнской компании под действие американских персональных (перечень SDN) и европейских секторальных ОЭМ⁷⁴.

⁷¹ См. анализ случаев конкуренции компетенций государственного суда и арбитража в: Вялков А. В. Альтернативные оговорки о разрешении споров и принцип *Lis Alibi Pendens* // Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 2: сборник ст. / под ред. А. В. Асоскова, А. И. Муранова, Р. М. Ходыкина. М.: Инфотропик-Медиа, 2014. С. 330–348.

⁷² Зыков Р. Указ. соч.; Старженецкий В. В., Очирова С. Б. Указ. соч.; Гальперин М. Л. Битва юрисдикций: есть ли процессуальное оружие у российских судов? Комментарий к изменениям, внесенным в АПК РФ Федеральным законом от 8 июня 2020 года № 171-ФЗ // Вестник экономического правосудия Российской Федерации, 2021, № 1; Шукин А. И. Совершенствование российского судопроизводства в условиях экономических санкций: неисполнимость юрисдикционного соглашения и антиисконовый запрет // Закон, 2021, № 2, <https://www.kommersant.ru/doc/5007851> и др.

⁷³ Важно отметить, что «Уралвагонзавод» как акционер «Уралтрансмаша» заявлял о недействительности и неисполнимости арбитражного соглашения в пользу SCC в договоре с PESA в параллельном разбирательстве по делу № А60-62910/2018, которое было инициировано еще до принятия поправок в АПК РФ. Арбитражный суд Свердловской области отказал в удовлетворении иска, а затем Седьмой арбитражный апелляционный суд подтвердил прекращение производства по делу по ходатайству «Уралвагонзавода».

⁷⁴ Решение Совета ЕС № 2014/512/CFSP от 31 июля 2014 года и Регламент ЕС № 833/2014 от 31 июля 2014 года. См. позицию SCC вместе с обзором указанных актов в Санкции и арбитраж: Открытый диалог с ТПС, 9 сентября 2015, Москва //

По итогам двух кругов рассмотрения заявления «Уралтрансмаша» Арбитражный суд Уральского округа отказал в вынесении запрета на продолжение разбирательства в ССС. Суд указал, что европейские и американские санкции, введенные против «Уралтрансмаша», не создают препятствий в доступе к правосудию⁷⁵. Суд признал, что «Уралтрансмаш» полноценно участвовал в арбитражном разбирательстве: назначил арбитра, представлял процессуальные документы и был надлежащим образом представлен российскими и польскими адвокатами. Примечательно, что в судебном акте присутствует ссылка на письмо ССС, в котором указано, что «Уралтрансмаш» не обязан обращаться к шведским государственным органам за разрешением на оплату арбитражного сбора. Таким образом, суды первой и кассационной инстанций последовательно подтвердили позицию, что одного лишь факта наложения иностранных санкций на российское предприятие недостаточно для применения статей 248.1 и 248.2 АПК РФ – необходимо доказать конкретные препятствия в доступе к правосудию, вызванные ограничительными мерами.

Однако впоследствии заместитель Председателя Верховного суда РФ – председатель Судебной коллегии по экономическим спорам – передала кассационные жалобы «Уралтрансмаша» и «Уралвагонзавода» на рассмотрение в судебную коллегию Верховного суда РФ⁷⁶. В Определении указано, что нижестоящие суды не учли, что:

(а) *«сам по себе факт введения в отношении российского лица [...] мер ограничительного характера **предполагается достаточным** для вывода об ограничении доступа такого лица к правосудию **в применяющем ограничительные меры иностранном государстве**»;*

(б) *«[в]ведение иностранными государствами ограничительных мер [...], обусловленное **политическими мотивами**, не может **не создавать сомнений** в том, что соответствующий спор будет рассмотрен на территории иностранного государства с соблюдением гарантий справедливого судебного разбирательства [...]»⁷⁷ (выделено нами – В. В.).*

Материалы с семинара, https://sccinstitute.com/media/81026/materials_moscow-seminar.pdf

⁷⁵ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 10 марта 2021 года по делу № А60-36897/2020.

⁷⁶ Определение заместителя Председателя Верховного суда РФ от 21 сентября 2021 года № 309-ЭС21-6955.

⁷⁷ Там же. Примечательно, что, обосновывая свой подход, заместитель Председателя Верховного суда РФ активно опиралась на пояснительную записку в целях толко-

Девятого декабря 2021 года Судебная коллегия по экономическим спорам Верховного суда РФ вынесла итоговое Определение по делу «Уралтрансмаш»⁷⁸. Так, судебные акты нижестоящих судов об отказе в вынесении запрета продолжать разбирательство в ССС были отменены. Судебная коллегия поддержала подход заместителя Председателя Верховного суда РФ, дополнительно отметив следующее:

«Отсутствие необходимости в обязательном порядке доказывать влияние ограничительных мер на возможность исполнения арбитражной оговорки подтверждается и использованным законодателем способом изложения пункта 4 части 2 статьи 248.2 АПК РФ [...]. Введение иностранными государствами ограничительных мер [...] в отношении российских лиц поражает их в правах как минимум репутационно и тем самым заведомо ставит их в неравное положение с иными лицами. В таких условиях вполне оправданы сомнения в том, что спор с участием лица, находящегося в государстве, применившем ограничительные меры, будет рассмотрен на территории иностранного государства, также применившего ограничительные меры, с соблюдением гарантий справедливого судебного разбирательства, в том числе касающихся беспристрастности суда, что составляет один из элементов доступности правосудия» (выделено нами – В. В.).

Вместе с тем Верховный суд РФ вновь отказал в вынесении соответствующего анти-искового запрета и наложении судебного штрафа, сославшись на завершение арбитражного разбирательства в ССС. Верховный суд РФ отметил, что, поскольку антиисковой запрет «носит превентивный характер» и «актуален и эффективен лишь до того момента, пока [...] действия не совершены», при этом PESA будет не «в состоянии осуществить какие-либо действия по выполнению требуемого в отношении него судебного запрета, тем более что в иной судебной инстанции обжалование арбитражного решения осуществляется по инициативе самого общества “Уралтрансмаш”».

вания намерения законодателя, а также на судебную практику Европейского суда по правам человека, определяющую содержание категории беспристрастного суда. Особенно привлекает внимание ссылка на постановление Европейского суда по правам человека от 9 января 2018 года по делу Ревтюк против Российской Федерации, жалоба № 31796/10, в котором ЕСПЧ признал нарушение Российской Федерацией статьи 5 § 4 Европейской конвенции о правах человека в связи с существующей процедурой рассмотрения отвода единоличного судьи в уголовном процессе самим единоличным судьей (см. часть 4 статьи 65 УПК РФ – текст статьи не изменился).

⁷⁸ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного суда РФ от 9 декабря 2021 года № 309-ЭС21-6955(1-3) по делу № А60-36897/2020. На дату настоящей работы Определение обжалуется PESA в порядке надзора.

Позиция Верховного суда РФ по данному делу была истолкована в арбитражном сообществе таким образом, что для применения статей 248.1 и 248.2 достаточно «*одностороннего заявления от подсанкционной стороны, которая теперь может выбирать, обращаться ли в иностранный суд или арбитраж, либо отдать предпочтение исключительной юрисдикции российских судов*»⁷⁹. Это происходит без необходимости выяснения судом вопроса о наличии ограничений в доступе к правосудию – российские компании фактически являются освобожденными от связывавших их пророгационных и арбитражных оговорок⁸⁰.

По мнению автора, из действительного содержания судебных актов Верховного суда РФ скорее следует иной, менее радикальный и спорный вывод. Логика Верховного суда РФ может состоять в том, что введение политически мотивированных ОЭМ предполагает вывод о наличии ограничений доступа к правосудию в иностранном государстве, которое применяет соответствующие ограничительные меры.

Во-первых, согласно используемым формулировкам «*предполагается достаточным*», «*не может не создавать сомнений*», «*оправданы сомнения*» и «*отсутствие необходимости доказывать*», речь идет именно о перенесении бремени доказывания на процессуального оппонента, т. е. об опровержимой презумпции вывода об ограничении доступа к правосудию.

Российскому праву известны многие опровержимые презумпции, которые позволяют считать доказанными определенные обстоятельства до пределов, пока другая сторона их не опровергнет, в которых используются схожие формулировки, как и в актах Верховного суда РФ по делу «Уралтрансмаша». Приведем ниже некоторые из них:

- наиболее хрестоматийным примером служит пункт 5 статьи 10 ГК РФ, закрепляющий презумпцию, что «*добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются*», что свидетельствует о том, что бремя доказывания обратного лежит

⁷⁹ Gorchakov I., Panov A. Russian Supreme Court says sanctioned persons may ignore arbitration clauses // Allen & Overy, 15 December 2021, <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/russian-supreme-court-says-sanctioned-persons-may-ignore-arbitration-clauses>

⁸⁰ Такую точку зрения, в частности, также поддерживают Крель К., Лысов С., Мельников В. Вебинар Российской арбитражной ассоциации: Влияние санкций на коммерческий арбитраж, 19 января 2022 года, https://www.youtube.com/watch?v=eP7dAeTg5_8. Отмечаем, что В. Мельников выступал представителем компании PESA в разбирательстве в Верховном суде РФ по делу «Уралтрансмаша».

на той стороне, которая заявляет о недобросовестности и неразумности таких действий⁸¹;

- в переломном для своего времени Постановлении Пленума Высшего арбитражного суда РФ от 30 июля 2013 года № 62 были закреплены известные обратные презумпции недобросовестности и неразумности действий директоров, сформулированные в том числе с использованием фразы *«могут свидетельствовать»* (см. пп. 1 и 5);

- Федеральный закон от 26 декабря 2002 года № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» устанавливает ряд презумпций аналогичным образом: *«[и]ель причинения вреда имущественным правам кредиторов предполагается, если [...]»* (п. 2 статьи 61.2); *«[п]ока не доказано иное, предполагается, что лицо являлось контролирующим должника лицом, если это лицо [...]»* (п. 4 статьи 61.10); *«[п]ока не доказано иное, предполагается, что полное погашение требований кредиторов невозможно вследствие действий и (или) бездействия контролирующего должника лица при наличии хотя бы одного из следующих обстоятельств [...]»* (п. 2 статьи 61.11) и др.;

- презумпция невиновности в пункте 3 статьи 49 Конституции РФ, как и презумпция действительности арбитражного соглашения в пункте 8 статьи 7 Федерального закона от 29 декабря 2015 года № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», сформулированы через использование оборота *«сомнения толкуются в пользу [...]»*.

Таким образом, использование аналогичных формулировок в российском законодательстве и судебной практике почти всегда связано с вопросом бремени доказывания и зачастую используется в связке с выражением *«пока не доказано обратное»*. Поэтому можно утверждать, что значение позиции Верховного суда РФ состоит в установлении презумпции, переносящей бремя доказывания с подсанкционной стороны на оппонента⁸². Это совсем иной эффект, нежели полное освобождение российских подсанкционных лиц от связывающих их прогнационных оговорок.

В этом контексте полезно вспомнить знаковое для своего времени особое мнение судьи Высшего арбитражного суда РФ (а ныне

⁸¹ См. Определение Верховного суда РФ от 1 сентября 2015 года № 5-КГ15-92.

⁸² Важно упомянуть, что с недавнего времени в российском праве закреплено правило о том, что при принятии иска к производству суд указывает на распределение бремени доказывания по заявленному истцом требованию, а также может вынести вопросы доказывания на обсуждение со сторонами. См. пункт 36 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 23 декабря 2021 года № 46.

и Верховного суда РФ) Н. В. Павловой по делу № А51-15943/2011, где она изложила подробное обоснование права суда и условий его реализации в части распределения и смещения бремени доказывания с учетом анализа всех обстоятельств дела со ссылками на работы советских классиков гражданского процесса Е. В. Васьковского и А. Ф. Клейнмана⁸³.

Во-вторых, из судебных актов следует, что такая презумпция имеет силу лишь в отношении доступа к правосудию в *«применяющем ограничительные меры иностранном государстве»*, т. е. в ситуации, когда местом арбитража или судебного разбирательства является государство, которое ввело ОЭМ либо иным образом применяет эти меры к соответствующему лицу. В случае же если, к примеру, лицо находится в санкционных списках США, а спор рассматривается в международном арбитраже с местом арбитража в Гонконге, то такая презумпция не должна приводиться в действие.

Таким образом, представляется, что действительное значение позиции Верховного суда РФ несет исключительно процессуальный эффект. Российские подсанкционные лица будут освобождены от бремени доказывания обстоятельств ограничения доступа к правосудию в случае, если местом арбитража является страна, которая применяет против них политически мотивированные ОЭМ.

М. Л. Гальперин до итоговых судебных актов по делу «Уралтрансаша», в частности, предлагал устанавливать ограничение к доступу к правосудию через *«невозможность для стороны в связи с введенными в ее отношении ограничениями выбрать и назначить своего арбитра, провести банковские операции по уплате арбитражного сбора для инициирования арбитража или государственной пошлины в иностранный суд, по оплате услуг представителей либо невозможность в связи с визовыми и пограничными ограничениями обеспечить прибытие в иностранный процесс свидетелей, чьи показания необходимы с учетом универсальных требований due process»*⁸⁴.

Продолжая его логику в современном контексте, теперь оппонент подсанкционной стороны должен доказать, что в действительности ОЭМ не препятствуют заявителю в доступе к правосудию, убедив суд в наличии возможности у такого лица выполнить соответствующие

⁸³ Особое мнение судьи Высшего арбитражного суда Российской Федерации Павловой Натальи Владимировны к Постановлению Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 29 января 2013 года по делу № А51-15943/2011.

⁸⁴ Гальперин М. Л. Указ. соч.

мероприятия – например, ссылками на назначение арбитра, возможность быть представленным и т. д.

Важно обратить внимание на тот факт, что Арбитражная ассоциация представляла в Верховный суд РФ письмо с обзором судебной практики Англии и Уэльса, Италии, Канады, США, Франции и Швейцарии по вопросу ограничения доступа к правосудию лиц, попавших под санкции. Авторы пришли к выводу, что с точки зрения рассмотренных юрисдикций ограничение доступа к правосудию не является автоматическим следствием санкций. Напротив, этот вопрос подлежит исследованию в зависимости от конкретных правовых и фактических обстоятельств дела⁸⁵. Одновременно в указанном обзоре, к сожалению, не упомянуто наличие или отсутствие в исследуемых юрисдикциях правил о переходе бремени доказывания в зависимости от наличия определенных обстоятельств.

Позиция Верховного суда РФ уже дважды была применена на практике, однако в обоих случаях это произошло на стадии, когда акт суда первой инстанции уже содержал подробный анализ об ограничении заявителя в доступе к правосудию.

Так, НАО «Царьград Медиа», чье контролирующее лицо включено в перечень SDN, доказало ограничение в доступе к правосудию в судах Великобритании и Калифорнии путем представления письма международной юридической фирмы, которая отказалась осуществлять его представительство до получения специальных лицензий OFAC и аналогичного английского органа – Управления по осуществлению финансовых санкций в Великобритании (OFSI)⁸⁶. Акт апелляционного суда по данному делу содержит достаточно подробный анализ, почему именно суд посчитал, что у него *«отсутствуют основания полагать, что настоящий спор, субъектом которого является российская компания и в отношении которой введены санкции, будет объективно и справед-*

⁸⁵ Письмо Арбитражной ассоциации от 8 ноября 2021 года по делу № А60-36897/2020 с обзором законодательства и судебной практики, <https://arbitration.ru/upload/Amicus%20Uralvagonzavod%20as%20filed.pdf>

⁸⁶ Определение Арбитражного суда г. Москвы от 18 декабря 2020 года, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20 декабря 2021 года и Постановление Арбитражного суда Московского округа от 24 марта 2022 года по делу № А40-155367/2020 (дело НАО «Царьград Медиа»).

См. также дело ООО «Инстар Лоджистикс» № А40-149566/2019, в котором до вступления в силу Федерального закона от 8 июня 2020 года № 171-ФЗ суды удовлетворили иск российской компании, находящейся в перечне SDN, об изменении в порядке статьи 451 ГК РФ арбитражной оговорки в пользу ICC на юрисдикцию российских судов.

*ливо рассмотрен в [а]мериканских или [а]нглийских судах в противовес санкционному закону данных государств».*⁸⁷

В другом деле российская подсанкционная сторона, находящаяся в перечне SDN, доказала наличие ограничения в доступе к правосудию в европейском арбитраже со ссылкой на блокировку своих счетов, отказ в проведении транзакций и последующий возврат иска, предъявленного в европейское арбитражное учреждение в связи с неоплатой арбитражного сбора. Акт апелляционного суда, подтверждающий выводы суда первой инстанции, содержит ссылку на позицию Верховного суда РФ по делу «Уралтрансмаша»⁸⁸.

В этом контексте важно вернуться к упомянутому выше Законопроекту № 25200-8 о дополнительных категориях споров, подпадающих под действие статьи 248.1 АПК РФ. Законопроект не содержит каких-либо поправок в части условий передачи споров в арбитражные суды. Тем не менее пояснительная записка указывает на намерение его инициаторов зафиксировать правило о распределении бремени доказывания на уровне закона: «...невозможность эффективной судебной защиты прав лиц, в отношении которых введены меры ограничительного характера, за рубежом должна предполагаться, ее не требуется доказывать»⁸⁹. Нельзя исключать, что подобное правило появится в тексте законопроекта и может быть закреплено на законодательном уровне в АПК РФ.

4.4. Признание и приведение в исполнение арбитражных решений

Часть 5 статьи 248.1 АПК РФ прямо закрепляет, что исключительная компетенция российского суда не препятствует признанию и приведению в исполнение решения иностранного суда или иностранного арбитражного решения, принятых (а) по иску лиц, находящихся под ОЭМ, либо когда (б) такое лицо не возражало против рассмотрения с его участием спора иностранным судом, международным коммерческим арбитражем, находящимися за пределами территории Россий-

⁸⁷ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20 декабря 2021 года по делу № А40-155367/2020.

⁸⁸ Решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 29 апреля 2021 года, Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 30 декабря 2021 года и Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23 марта 2022 г. по делу № А56-57238/2020 (дело АО «Силловые машины»).

⁸⁹ См. Пояснительную записку к Законопроекту № 25200-8 на сайте Государственной думы РФ, <https://sozd.duma.gov.ru/download/4EF3335E-4235-4460-867C-BC13E90366F6>

ской Федерации, в том числе не обращалось с заявлением о запрете инициировать или продолжать разбирательство.

Серьезным вопросом в этом контексте может стать ситуация, когда сторона уже после попадания в санкционный список согласовала в новом контракте арбитражную оговорку в пользу форума, находящегося в «*применяющем ограничительные меры иностранном государстве*». Хотя на практике, насколько известно автору, такая проблема еще не возникла, идея принципа невозражения, зафиксированная в части 5 статьи 248.1 АПК РФ, может применяться и в этой ситуации.

4.5. Запрет инициировать или продолжать разбирательство

В российском праве вопрос о допустимости вынесения антиисковых запретов обсуждался задолго до вступления в силу Закона о контрасанкциях⁹⁰. Несмотря на развернутую дискуссию и несколько попыток российских сторон обратиться за обеспечительными мерами в виде запрета на инициирование или продолжение разбирательства⁹¹, автору неизвестны современные дела, в которых российские суды вынесли бы подобные запреты.

Статья 248.2 АПК РФ впервые на законодательном уровне прямо предусматривает, что при выполнении определенных условий для исключительной компетенции российских судов, которые рассмотрены выше, российские суды могут по заявлению лица, в отношении которого инициировано или может быть инициировано зарубежное судебное или арбитражное разбирательство, вынести запрет на его возбуждение или продолжение. Важно отметить, что запрет адресован именно оппоненту подсанкционной компании — именно ей

⁹⁰ См. основные работы по данной теме: *Ходыкин Р. М.* Антиисковые обеспечительные меры в цивилистическом процессе и международном арбитраже // Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража: *liber amicorum* в честь А. А. Костина, О. Н. Зименковой, Н. Г. Елисеева, 2013. С. 274–296; *Ярков В. В.* Применение антиисковых обеспечительных мер российскими судами: почему бы и нет? // Закон. 2014. № 8. С. 84–92; *Ядыкин А. И.* Институт «антиисковых обеспечительных мер» (*anti-suit injunctions*) и возможность его применения российскими судами в связи с осуществлением третейского разбирательства // Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 1: сборник ст. / под ред. А. В. Асоскова, Н. Г. Вилковой, Р. М. Ходькина. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 220–268.

⁹¹ См. судебные акты по делам № А40-26424/2011 и № А56-30789/2009, в которых подобные ходатайства заявлялись, однако в итоге соответствующие обеспечительные меры не были приняты / были отменены вышестоящим судом.

(а не иностранному суду или арбитражу) запрещается предпринимать действия, направленные на судебное преследование российской подсанкционной стороны в зарубежном форуме.

В случае нарушения иностранным контрагентом такого запрета суд может наложить на него штраф в размере, который суд сочтет справедливым и разумным в пределах сумм, являющихся предметом спора в иностранном производстве. Штраф подлежит оплате в пользу лица, которое находится под действием ОЭМ. Такой штраф может являться своего рода гарантией того, что вынесенное вопреки запрету арбитражное решение против российского лица не будет принудительно приведено в исполнение на территории России. Ведь как только арбитраж вынесет соответствующее решение, должник сможет заявить о его добровольном исполнении путем зачета сумм, подлежащих взысканию в качестве штрафа.

В то же время остается открытым вопрос признания и приведения в исполнение подобных решений российских судов за рубежом, равно как и признание и приведение в исполнение судебных и арбитражных актов, вынесенных несмотря на наличие такого запрета. Хотя иностранная и российская судебная практика по этим вопросам отсутствует, можно предположить, что иностранные форумы будут неохотно придавать силу таким актам российских судов. Равным образом, российские суды скорее всего будут отказывать в производствах о признании и исполнении судебных и арбитражных актов, вынесенных при наличии российского антиискового запрета (например, со ссылкой на публичный порядок).

Примечательно, что, в отличие от антиисковых запретов английских, гонконгских, кипрских и иных судов стран общего права, которые в основном выносятся в форме судебного приказа без вызова сторон (*ex parte*), статья 248.2 АПК РФ предусматривает, что такое заявление всегда рассматривается по правилам рассмотрения дела арбитражным судом первой инстанции с извещением участвующих в деле лиц в общем порядке.

На практике, с учетом длительных сроков уведомления иностранных лиц, это может с большой вероятностью привести к тому, что в период рассмотрения заявления по статье 248.2 АПК РФ соответствующий иностранный суд или арбитраж уже вынесет акт по основному спору⁹². Именно так произошло и в деле «Уралтрансмаша» № А60-

⁹² К примеру, судебные заседания по поступающим в январе 2022 года заявлениям в рамках статьи 248.2 АПК РФ назначаются на октябрь – ноябрь 2022 года: см.,

36897/2020, когда на момент рассмотрения спора в Верховном суде РФ арбитражный трибунал под эгидой SCC уже успел вынести арбитражное решение. Более того, в этом же деле «Уралтрансмаш» многократно обращался за принятием обеспечительных мер в виде «обязания [PESA] обратиться к составу арбитража [...] с заявлением о приостановлении арбитражного разбирательства по этому спору». Суды последовательно отказывали в принятии такой меры, поскольку «испрашиваемая заявителем обеспечительная мера косвенно предопределяет решение суда по настоящему делу до завершения его пересмотра»⁹³.

5. Заключение

Сложно дать однозначную характеристику положениям статей 248.1 и 248.2 АПК РФ, позиции Верховного суда РФ и тенденциям российской практики. С одной стороны, сложившаяся ситуация со всем комплексом проблем, с которыми сталкиваются подсанкционные стороны в европейских институтах желтого перечня, недопустима. Случаи ограничения эффективного права на доступ к правосудию действительно могут иметь место. Кардинальное увеличение санкционного давления на Россию значительно усугубит эту проблему. С другой стороны, сформированные правила об исключительной компетенции российских судов могут привести к тому, что в российскую юрисдикцию будут переданы споры и в тех ситуациях, когда эти трудности, хоть и являясь существенными, все же не влекут для стороны кардинальной утраты возможности защитить свои интересы в согласованном форуме. Хотелось бы ожидать, чтобы в законе и практике были сформулированы более узкие критерии и четкие ориентиры для признания юрисдикции по статьям 248.1 и 248.2 АПК РФ.

В завершение важно сказать, что система разрешения споров имеет производное значение от международной торговли, бизнеса и иностранных инвестиций. Даже оговорки о разрешении споров зачастую характеризуются как «*полуночные оговорки*» или «*оговорки за шампанским*» в связи с тем, что стороны ставят в приоритет именно согласование условий с намерением исполнить договор, оставляя процедуру

в частности, Определение Арбитражного суда Нижегородской области по делу № А43-411/2022 от 20 января 2022 года.

⁹³ См., в частности, Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 14 января 2021 года по делу № А60-36897/2020.

разрешения споров на самую позднюю стадию переговоров⁹⁴. Сегодня мы живем в мире, где свободная торговля подвержена разрушительному воздействию международных конфликтов и ОЭМ. Как точно определил Эдуардо Сильва Ромеро, «мир международных экономических санкций, по определению, — это мир недоверия, разделения и агрессии»⁹⁵. И в этом мире остро обнажилась потребность в новой системе международного правосудия, не обремененной санкционными проверками, поддержанием связей с государственными органами и нарушением конфиденциальности, ригидностью банков. Какие бы цели не преследовали государства, вводящие ОЭМ, лишение лица базового права получить юридическую помощь и представить свою позицию перед независимым органом по разрешению споров не может быть оправданным. Именно наличие эффективной системы международного правосудия позволит обеспечить разрешение самых тяжелых конфликтов и противоречий путем переговоров и жестких, но мирных судебных баталий, ценой которых являются лишь бессонные ночи юристов. Хочется верить, что адресованные в данной статье проблемы не приведут к утрате арбитражем статуса приоритетного способа разрешения международных споров, а послужат стимулом для его укрепления в новом качестве, чтобы он мог служить этой цели.

⁹⁴ См., например: *Seppälä C. R. Why Finland Should Adopt the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration // Journal of International Arbitration, 2017, Vol. 34, Issue 4, p. 593; Hon. Nancy Holtz (Ret.), Beware the midnight clause: Hold the champagne? // Jams ADR, 19 February 2016, <https://www.jamsadr.com/files/uploads/documents/articles/holtz-insidecounsel.com-beware-the-midnight-clause.pdf>*

⁹⁵ *Silva Romero E. Foreword in Overriding Mandatory Rules and Compliance in International Arbitration // Institute Dossier XIX, ICC Publication No. 808 E, 2022. P. 8.*

NEW HORIZONS OF INTERNATIONAL ARBITRATION

ISSUE 7

COLLECTION OF ARTICLES

Editor-in-Chief:
Y.N. Mullina

Publisher: Russian Institute of Modern Arbitration

НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

ВЫПУСК 7

СБОРНИК СТАТЕЙ

Ответственный редактор:
Ю.Н. Муллина

Издатель: Российский институт современного арбитража

Подписано в печать 02.06.2022. Формат 60х90/16. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Усл. печ. л. 13,25. Тираж 300 экз.
Заказ №

Отпечатано в АО «Т8 Издательские Технологии».
109316, Москва, Волгоградский пр., д. 42, корп. 5.
Тел.: + 7 (499) 332-38-31, e-mail: info@t8group.ru, www.t8print.com

ISBN 978-5-6042255-4-7

