

## Содержание

<b>SUMMARY</b>	6
<b>АРБИТРАЖ И КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО</b>	
<b>Р.И. Каримуллин.</b> Арбитраж корпоративных споров	13
Дополнительные правила арбитража корпоративных споров 09 (ДПАКС) Немецкой институции по арбитражному делу (DIS)	51
<b>РОССИЙСКИЙ ОПЫТ</b>	
<b>А.Н. Жильцов.</b> Обзор практики Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации за 2014–2015 гг.	57
<b>К.И. Русакомский.</b> Обеспечение судебных расходов (security for costs) в международном арбитраже	73
<b>В.В. Сераков.</b> Применение Инкотермс в практике Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации	83
<b>С.А. Терешкова.</b> Соглашение об отказе от права на оспаривание решения международного арбитража: российский подход к его толкованию в перспективе международной практики	88

Журнал «Вестник международного  
коммерческого арбитража»  
выходит два раза в год.

**Требования к материалам,  
представляемым авторами в журнал,  
изложены на [www.arbitrationreview.ru](http://www.arbitrationreview.ru).**

Перепечатка либо размножение любым  
способом и в любой форме материалов  
из журнала допускается только  
с письменного согласия издателя.

Редакция не дает справок  
и консультаций и вправе не вступать  
в переписку. Мнение редакции  
не во всем совпадает с мнением авторов.  
Рукописи не рецензируются  
и не возвращаются.

Редакция не несет ответственности  
за достоверность сведений,  
содержащихся в объявлениях,  
а также за содержание рекламы.

Автор, предоставляя материал  
(произведение) для публикации  
в «Вестнике международного  
коммерческого арбитража»,  
безвозмездно передает  
принадлежащее ему исключительное  
право на произведение в полном  
объеме издателю для использования  
его любым способом  
и в любой форме.

## SUMMARY

### International Commercial Arbitration Review Issue No. 2 for 2016

#### Articles

##### *Karimullin R.I. Arbitration of Corporate Law Disputes*

The author provides a review of the regulation of corporate law arbitration in Russia from the standpoint of the revised Russian arbitration laws of 2015. According to the new legislation most corporate disputes are acknowledged as arbitrable, subject to the following four conditions being fulfilled: the seat of arbitration is in Russia, the dispute is considered by institutional arbitration, the arbitration agreement is to be signed by all the shareholders and the company, and specialized corporate arbitration rules are to be used as approved by the respective arbitration institution, these being modelled on the Supplementary Rules for Corporate Law Disputes adopted by the German Institution of Arbitration (*DIS*) in 2009, in follow-up to the German Supreme Court judgment of 6 April 2009 on Arbitrability II (*Schiedsfähigkeit II*). The Russian translation of Supplementary Rules for Corporate Law Disputes as prepared by the author is attached to the article.

On the basis of a review of foreign judicial and arbitration practice the author also considers other issues that need to be implemented into the new Russian arbitration institutional rules related to corporate law disputes, such as (co-)appointment of arbitrators in and consolidation of multiparty proceedings. Finally, the author provides recommendations for practical use in arbitration of corporate law disputes such as arbitration clauses in articles and shareholders agreements which will be deemed enforceable in Russia starting from 1 February 2017.

##### **DIS Supplementary Rules for Corporate Law Disputes 09 (Russian translation)**

##### *Zhiltsov A.N. Overview of Arbitration Practice of the International Commercial Arbitration Court at the Russian Chamber of Commerce and Industry for the Years 2014–2015*

The author considers statistical data related to various aspects of practice of the ICAC at the Russian Chamber of Commerce and Industry which is based on the analysis of all the awards and orders rendered by arbitral tribunals under the ICAC Rules during the years 2014–2015. According to the collected data, during the indicated period the ICAC arbitral tribunals rendered 495 arbitral awards and orders on termination of arbitral proceedings, all of which related to disputes arising out of international commercial transactions. Of these, 21% of awards were rendered in less than 180 days, 65% in less than a year, and 12% in less than two years, but more than a year. While the biggest part of awards was rendered in disputes relating to minor and moderate claims (66% of awards relate to claims of up to 500 000 USD), the analysis shows that there is a definite

### Р.И. Каримуллин,

кандидат юридических наук, LL.M., магистр частного права (РШЧП), член Королевского института арбитров (MCIArb), адвокат (Адвокатский кабинет Каримуллина Р.И., Адвокатская палата г. Москвы), член редакционной коллегии журнала «Вестник международного коммерческого арбитража»

## Арбитраж корпоративных споров<sup>1</sup>

### 1. Введение

Во внешнеэкономической корпоративной деятельности арбитражные оговорки всегда использовались как важнейший инструмент привлечения и защиты иностранных инвестиций<sup>2</sup>. Практика подтверждает,

что, создавая совместное предприятие (далее – СП) или структурируя сделку по продаже бизнеса с иностранным контрагентом, российские стороны, как и предприниматели во всем мире, предпочитают выбирать арбитраж.

Исполнение арбитражных решений в 156 странах в силу Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.)<sup>3</sup> (далее – Нью-Йоркская конвенция), конфиденциальная процедура, а также опыт владеющих иностранными языками арбитров, специализирующихся в области корпоративного права и знакомых с индустрией, часто выступают решающими аргументами в пользу арбитража как более качественного метода разрешения корпоративных споров.

По разным причинам нельзя сказать, что третейское разбирательство корпоративных споров как-то особенно успешно развивалось в России. В частности, кор-

<sup>1</sup> Предлагаемая статья основана на презентации, представленной автором 6 мая 2016 г. в Секретариате Немецкой институции по арбитражному делу (ДИС) (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (далее – DIS)) в Кёльне. Автор выражает благодарность Председателю DIS, профессору Клаусу Петеру Бергеру и сотрудникам Секретариата DIS в связи с арбитражной практикой в Секретариате DIS.

<sup>2</sup> *Маковский А.Л.* Глава XII. Споры, связанные с деятельностью СХО // Совместные предприятия, международные объединения и организации на территории СССР / Отв. ред. Г.Д. Голубов. М.: Юрид. лит., 1989. С. 321: «Споры с участием СП, а также споры между его участниками могут быть по соглашению сторон переданы на рассмотрение третейского суда»; см. также, например: *Богуславский М.М., Орлов Н.Н.* Законодательство России о совместных предприятиях: Комментарий / Под общ. ред. М.М. Богуславского. М.: БЕК, 1993. С. 108–113; *Караськов Б.Р.* Международный коммерческий арбитраж: Учебник. М.: Инфотропик Медиа, 2012; *Светланов А.Г.* Споры по учредительным договорам совместных предприятий в практике зарубежных третейских судов // Международное частное право: современная практика: Сб. ст. / Институт государства и права РАН; Под ред. М.М. Богуславского и А.Г. Светланова. М.: Тон-

Остожье, 2000. С. 239–252; *Семилюткина Н.Г.* Корпоративные споры и развитие альтернативных механизмов разрешения споров // Журнал российского права. 2015. № 2. С. 112–127.

<sup>3</sup> [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)

поративные споры часто включают неденежные требования и связаны с участием более чем двух лиц. Но в отсутствие норм о принудительном исполнении решений о присуждении неденежных требований и признании деклараторных решений (non-monetary and declaratory awards) и правил о многостороннем арбитраже (о консолидации споров, присоединении дополнительной стороны и др.) отечественные арбитражи прежде были больше «заточены» на рассмотрение денежных требований в отношениях между двумя сторонами (билатеральный арбитраж). При таких условиях государственные арбитражные суды оказывались гораздо эффективнее в контексте исполнимости любых требований и разрешения споров со множественностью лиц. Наконец, сроки и стоимость арбитражного разбирательства перестали быть бесспорным преимуществом арбитража, особенно в сравнении с разрешением споров в российских арбитражных судах<sup>4</sup>. Перечисленные факторы, помимо офшорной экономики и более развитых западных институтов корпоративного права, ослабляли распространение корпоративных споров в российском арбитраже.

Отдельного упоминания заслуживает противоречивая судебная практика по вопросу арбитрабельности корпоративных споров. В известном споре *Максимов против ОАО «Новолипецкий металлургический комбинат»* арбитражный суд отменил решение МКАС при ТПП РФ от 21 марта 2011 г., сославшись на неарбитрабельность

корпоративных споров<sup>5</sup>. Отмена решения МКАС при ТПП РФ, получившая широкий резонанс в арбитражном сообществе, не помешала истцу получить исполнительный лист в проарбитражной юрисдикции Франции<sup>6</sup>.

До этого дела можно было найти информацию о небольшом количестве корпоративных арбитражных споров, рассмотренных МКАС при ТПП РФ<sup>7</sup>, и положительной судебной практике, подтверждающую тезис<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Хотя, например, в Германии длительность арбитражного разбирательства (в *DIS* – в среднем 14–18 месяцев) может быть существенно короче «пробега» трех судебных инстанций за 2,5 года, что было прямо обозначено авторами Дополнительных правил арбитража корпоративных споров *DIS* (*DIS-Ergänzende Regeln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten 09 (ERGeS)* / *DIS-Supplementary Rules for Corporate Law Disputes 09 (SRCoLD)*) (далее – ДПАКС *DIS*) как одно из реальных преимуществ арбитража корпоративных споров в Германии.

<sup>5</sup> Определение ВАС РФ от 30 января 2012 г. № ВАС-153/84/11 ([http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/16f45e55-c2b7-456f-bbaa-d55c37b17fe3/A40-35844-2011\\_20120130\\_Opredelenie.pdf](http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/16f45e55-c2b7-456f-bbaa-d55c37b17fe3/A40-35844-2011_20120130_Opredelenie.pdf)). В последующем процессе российские суды признали недействительным соглашение о купле-продаже акций и в порядке реституции обязали вернуть аванс продавца, которого признали предоставившим недостоверные гарантии в части финансового состояния убыточного эмитента (см.: Определение ВС РФ от 9 апреля 2015 г. № 305-ЭС15-1789 ([http://vsrf.ru/stor\\_pdf\\_ec.php?id=1249894](http://vsrf.ru/stor_pdf_ec.php?id=1249894)); постановление ФАС Московского округа от 17 декабря 2014 г. по делу № А40-26424/11-83-201 (<http://sudact.ru/arbitral/doc/uMo2z5llvP6/>)).

<sup>6</sup> CA Paris, 1<sup>o</sup> ch., 1 avril 2014, n<sup>o</sup> 12/15479 (<https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2014/RFD57F5C1854B65-B5AE6B>) (см. об этом: *Литвинский Д. Максимов против НЛМК: проиграл в России, выиграл во Франции* ([https://zakon.ru/blog/2014/4/15/maksimov\\_protiv\\_nlmc\\_proigral\\_v\\_rossii\\_vyigral\\_vo\\_francii](https://zakon.ru/blog/2014/4/15/maksimov_protiv_nlmc_proigral_v_rossii_vyigral_vo_francii))).

<sup>7</sup> См., например, решения МКАС при ТПП РФ от 14 января 2002 г. (дело № 91/2001) (о нарушении права нидерландского кредитора на выкуп акций по коллопциону), от 15 мая 2001 г. (дело № 54/2000) (о возврате итальянскому покупателю цены по договору продажи акций, подчиненному английскому праву, который был признан недействительным), от 7 июля 2004 г. (дело № 181/2004) (о признании недействительным договора продажи акций, заключенного с участием германского покупателя).

<sup>8</sup> *Маковский А.Л., Карабельников Б.Р.* Арбитрабельность споров: российский подход // *Международный коммерческий арбитраж*. 2004. № 3. С. 16; *Асосков А.В.* Допустимость разрешения корпоративных споров в международном коммерческом арбитраже // *Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения*: Сб. ст. к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А.А. Костина; МКАС при ТПП РФ. М.: Статут, 2012. С. 6–23; *Березин А.А.* К вопросу об арбитрабельности корпоративных споров по законода-

отечественных правоведов о принципиальной арбитрабельности корпоративных споров по российскому законодательству. После, помня о том, что одной из обязанностей арбитра является вынесение исполнимого<sup>9</sup> арбитражного решения, ведущие российские арбитражные центры практически перестали рассматривать корпоративные споры<sup>10</sup>.

В настоящее время арбитрабельность корпоративных споров не подвергается сомнению в большинстве ведущих арбитражных юрисдикций.

В Германии, имплементировавшей<sup>11</sup> Типовой закон ЮНСИТРАЛ о междуна-

тельству Российской Федерации // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 1. С. 95; *Карабельников Б.Р.* Указ. соч. С. 129–135; *Комаров А.С.* Некоторые замечания по поводу третейского разбирательства корпоративных споров // Основные проблемы частного права: Сб. ст. к юбилею доктора юридических наук, профессора А.Л. Маковского / Отв. ред. В.В. Витрянский и Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. С. 550; *Минина А.И.* Арбитрабельность: Теория и практика международного арбитража. М.: Инфотропик, 2014. Гл. 1, § 7; *Севастьянов Г.В.* Правовая природа третейского разбирательства как института альтернативного разрешения споров (частного процессуального права). СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд»; М.: Статут, 2015. С. 99–103; *Ярков В.В.* Юридические факты в цивилистическом процессе. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 314–316.

<sup>9</sup> Статья 38 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»; см. также: *Park W.W.* The Four Musketeers of Arbitral Duty: Neither One-for-All nor All-for-One // *Is Arbitration Only As Good As Arbitrator? Status, Powers and Role of the Arbitrator (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 8) / Y. Derains, L. Lévy (eds.)*. ICC, 2011. P. 27 (доступно в Интернете по адресу: <http://www.williamwpark.com/documents/Four%20Musketeers%20of%20Arbitral%20Duty.pdf>).

<sup>10</sup> Хотя можно найти единичные примеры третейских судов, арбитражные решения которых по корпоративным спорам успешно устояли в суде перед возражениями о неарбитрабельности (см., например, постановление АС Уральского округа от 25 ноября 2015 г. № Ф09-8456/15 по делу № А60-36124/2015 (<http://sudact.ru/arbitral/doc/UGoMBZI55R1t/>)).

<sup>11</sup> Путем введения в кн. 10 («Третейское разбирательство») Германского гражданского процессуального уложения (Zivilprozessordnung (ZPO)) (далее – ГГПУ). Перевод ГГПУ

родном торговом арбитраже<sup>12</sup> (далее – Типовой закон ЮНСИТРАЛ) в отношении международного и внутреннего арбитража, около трети внутренних третейских разбирательств связано с корпоративными спорами<sup>13</sup>. В арбитражах разрешаются почти все корпоративные споры в полных и командитных товариществах<sup>14</sup>. За исключением небольшой группы дел об обжаловании решений участников и др.<sup>15</sup>, арбитраж

(в ред. от 5 декабря 2005 г., с изм. от 31 марта 2013 г.) на русский язык см.: Гражданское процессуальное уложение Германии и Вводный закон = *Zivilprozessordnung Deutschlands mit Einführungsgesetz / Введ. и сост. В. Бергманн*. 2-е изд. М.: Инфотропик Медиа, 2016. В переведенную редакцию кн. 10 ГГПУ внесены изменения (см. актуальную редакцию ГГПУ (от 11 октября 2016 г.) на немецком языке: <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf>).

<sup>12</sup> См. официальную публикацию Типового закона ЮНСИТРАЛ с Пояснительной запиской Секретариата ЮНСИТРАЛ на русском языке: [http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf).

В российской юридической литературе Типовой закон ЮНСИТРАЛ освещался, в частности, в работах А.А. Костина (*Костин А.А.* Типовой закон ЮНСИТРАЛ и российский Закон о международном коммерческом арбитраже: сравнительно-правовой анализ // Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража: К 70-летию МКАС при ТПП РФ / Отв. ред. А.С. Комаров. М.: Спарк, 2002. С. 88–92), О.Н. Толмачевой (*Толмачева О.Н.* Типовой закон ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже» и российское законодательство: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005 (доступно в Интернете по адресу: <http://lawtheses.com/tipovoy-zakon-yunsitral-omezhdunarodnom-torgovom-arbitrazhe-i-rossiyskoe-zakonodatelstvo/>)), И.О. Хлестовой (*Хлестова И.О.* Типовой закон о международном торговом арбитраже и российский Закон о международном коммерческом арбитраже: общее и особенное // Журнал российского права. 2011. № 6. С. 78–88).

<sup>13</sup> *Böckstiegel K.-H.* Vorwort und Einführung // *Schiedsgerichtsbarkeit in gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten / K.-H. Böckstiegel (Hg.)*. Heymanns, 1996. S. 1.

<sup>14</sup> *Schwedt K.* Die praktische Umsetzung der BGH-Urteile Schiedsfähigkeit I und II. Vorstellung der neuen Ergänzenden Regeln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten der DIS am 2.11.2009 in Frankfurt a.M. // *Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ)*. 2010. Heft 3. S. 166.

<sup>15</sup> См. ниже, п. 5.2.3.

которых требует соблюдения специальных критериев<sup>16</sup>, большинство корпоративных споров разрешается в третейских судах по общим институциональным регламентам или *ad hoc* (включая споры из СП, по увеличению уставного капитала, продаже акций и долей, гарантий и др.). По оценке Председателя DIS, профессора К.-П. Бергера, практика разрешения споров в сфере слияний и поглощений (Mergers & Acquisitions (M&A)) в Германии почти всецело развивается третейскими, а не государственными судами<sup>17</sup>. В российской же практике многие из знаковых арбитражных разбирательств по крупным M&A-проектам прошли в иностранных арбитражах или судах: в Лондоне, Стокгольме и Париже<sup>18</sup>.

Но, например, и в США, где действует один из старейших арбитражных нормативных актов мира – Федеральный закон США об арбитраже 1925 г.<sup>19</sup>, Верховный суд США принял одно из прецедентных решений по корпоративным спорам еще в 1964 г. В деле *Сигел против Рибак*<sup>20</sup> спор возник из акционерного соглашения и связанного с ним отдельного соглашения о порядке голосования, заключенных до регистрации двух закрытых корпораций (close corporation)<sup>21</sup>.

Общество формально не присоединилось к арбитражной оговорке в акционерном соглашении. Теодор Рибак, в доверительное управление которому были переданы акции обеих корпораций, был замечен в выводе активов в принадлежащую ему третью компанию, оплачивал фиктивные услуги аффилированной компании, приобретал для себя акции за счет двух указанных корпораций и отказывался предоставлять акционеру-истцу какую-либо отчетность.

Отклоняя возражения Рибак против рассмотрения иска в арбитраже, суд отметил, что, даже если корпорации не подписывали арбитражную оговорку, само по себе это не препятствует арбитражному рассмотрению спора. Многие корпоративные споры могли бы быть облечены в форму косвенного иска, но допустить общее правило о том, что косвенный иск акционера исключает арбитраж, было бы слишком жестким решением, поскольку позволило бы сторонам произвольно уклоняться от исполнения соглашения. Верховный суд США указал, что «из соображений пользы для практики судам следует поддерживать арбитражи в разрешении проблем, возникающих при рассмотрении споров по закрытой корпорации. Арбитраж избегает задержек в разрешении спора, присущих судам, и избавляет наши суды от

<sup>16</sup> См. ниже, п. 5.2.2.

<sup>17</sup> Berger K.P. Herausforderungen für die (deutsche) Schiedsgerichtsbarkeit // Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ). 2009. Heft 6. S. 296.

<sup>18</sup> Статистику участия российских лиц в иностранных арбитражах см. ниже, п. 4.1.2.

<sup>19</sup> Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 1–16 (1925) (<https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title9/content-detail.html>).

См. общую обзорную статью по Закону: *Bermann G.A.* 15. “Domesticating” the New York Convention: The Impact of the US Federal Arbitration Act // *International Commercial Arbitration: Different Forms and Their Features* / G. Corderro-Moss (ed.). Cambridge University Press, 2013. P. 381.

<sup>20</sup> *Siegel v. Ribak*, 43 Misc.2d 7, 13, 249 N.Y.S.2d 903, 909 (Sup.Ct. 1968).

<sup>21</sup> Российским аналогом закрытой корпорации выступает непубличное акционерное общество. Например, согласно § 342 Общего закона о корпорациях

штата Делавэр (Delaware General Corporation Law, Del. Code Ann. tit. 8, § 101–619 (2016)) (<http://delcode.delaware.gov/title8/title8.pdf>) закрытой корпорацией признается корпорация, устав которой предусматривает, что: 1) все ее акции распределены среди акционеров, количество которых не превышает 30; 2) на отчуждение акций акционером установлено ограничение (например, в форме преимущественного права их приобретения другими акционерами); 3) корпорация не вправе размещать акции путем публичной подписки.

Перевод А.А. Костина и А.И. Яфаева на русский язык одной из ранних редакций Общего закона о корпорациях штата Делавэр и их вступительную статью «Правовое регулирование корпораций в штате Делавэр» см. в книге: *Законодательство о компаниях, монополиях и конкуренции капиталистических стран: Сборник нормативных актов* / Под ред. М.И. Кулагина, В.К. Пучинского. М.: Изд-во УДН, 1987. С 179–194.

необходимости рассматривать такие длительные споры, как в данном деле»<sup>22</sup>.

С 1 сентября 2016 г. вступила в силу большая часть двух нормативных актов, реформировавших арбитраж в России:

– Федеральный закон от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»<sup>23</sup> (далее – Федеральный закон об арбитраже); а также

– Федеральный закон от 29 декабря 2015 г. № 409-ФЗ<sup>24</sup> (далее – Федеральный закон № 409-ФЗ), которым внесены изменения в Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»<sup>25</sup> (далее – Закон о МКА), АПК РФ<sup>26</sup>, ГПК РФ<sup>27</sup> и другие законы.

С 1 февраля 2017 г. после введения в действие правил арбитража корпоративных споров могут быть заключены исполнимые соглашения об их передаче на рассмотрение арбитража<sup>28</sup>.

Основной направленностью законов признается развитие третейского судопроизводства в России на качественно новом уровне (Послание Президента России от 12 декабря 2012 г.), устранение несоответствия механизмов разрешения хозяйственных споров лучшим мировым практикам (Послание Президента России от 12 декабря 2013 г.)<sup>29</sup>.

В настоящей статье рассматриваются новеллы Федерального закона об арбитраже и Федерального закона № 409-ФЗ, которые определяют условия арбитрабельности корпоративных споров: институциональный арбитраж, место арбитража в России, применение арбитражных соглашений в корпоративных документах. Правила арбитража корпоративных споров, которые учитывают особенности рассмотрения дел со множеством участников, анализируются через призму ДПАКС *DIS*, которые послужили моделью для ч. 8 ст. 45 Федерального закона об арбитраже. Анализ зарубежной практики также предлагает ориентиры для разработки положений в части назначения арбитров, объединения тождественных корпоративных споров, а также для включения арбитражных оговорок в уставы корпораций.

## 2. Общие положения об арбитрабельности корпоративных споров

Новые положения допускают рассмотрение большинства корпоративных споров в арбитраже. Оба закона о хозяйственных обществах: об ООО<sup>30</sup> и АО<sup>31</sup> – дополнены прямым указанием на то, что, если законами предусмотрена судебная защита прав участников общества<sup>32</sup> (акционера)<sup>33</sup>, такая защита осуществляется третейским судом в случаях и порядке, которые установлены федеральным законом.

<sup>22</sup> *Siegel v. Ribak*, 43 Misc.2d 7, 13, 249 N.Y.S.2d 903, 909 (Sup.Ct. 1968).

<sup>23</sup> СЗ РФ. 2016. 4 янв. № 1 (ч. I). Ст. 2.

<sup>24</sup> СЗ РФ. 2016. 4 янв. № 1 (ч. I). Ст. 29.

<sup>25</sup> РГ. 1993. 14 авг. № 156.

<sup>26</sup> СЗ РФ. 2002. 29 июля. № 30. Ст. 3012.

<sup>27</sup> СЗ РФ. 2002. 18 нояб. № 46. Ст. 4532.

<sup>28</sup> См. ниже, разд. 8.

<sup>29</sup> Пункт I Экспертного заключения по проектам Федерального закона об арбитраже и Федерального закона № 409-ФЗ, принятого на заседании Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 26 мая 2014 г. (протокол № 130-1/2014) ([privlaw.ru/wp-content/uploads/2015/10/1\\_zakl\\_05\\_2014.doc](http://privlaw.ru/wp-content/uploads/2015/10/1_zakl_05_2014.doc)).

<sup>30</sup> Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 1998. 16 февр. № 7. Ст. 785 (далее – Федеральный закон об ООО).

<sup>31</sup> Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. 1 янв. № 1. Ст. 101 (далее – Федеральный закон об АО).

<sup>32</sup> Пункт 4 ст. 8 Федерального закона об ООО в новой редакции (утв. в п. 1 ст. 6 Федерального закона № 409-ФЗ).

<sup>33</sup> Пункт 8 ст. 2 Федерального закона об АО в новой редакции (утв. в п. 1 ст. 4 Федерального закона № 409-ФЗ).

Законодатель признает, что защита корпоративных прав в арбитраже презюмируется равнозначной государственному правосудию, поскольку требования, устанавливаемые для третейского разбирательства по ним, функционально сопоставимы с процессуальными гарантиями участников корпоративных споров в судах.

По условиям арбитрабельности можно выделить три категории корпоративных споров:

1) корпоративные споры, которые не могут быть переданы на разрешение третейского суда;

2) корпоративные споры, которые могут быть переданы на разрешение арбитража, но при обязательном соблюдении каждого из четырех перечисленных условий (и таких споров большинство):

(i) место арбитража в России;

(ii) спор рассматривается постоянным арбитражным учреждением (не в порядке *ad hoc*);

(iii) на основании арбитражного соглашения всех участников общества, которое может быть включено в устав; и

(iv) специальных правил арбитража корпоративных споров; а также

3) корпоративные споры, которые могут быть переданы в арбитраж при соблюдении первых двух условий, без необходимости многостороннего арбитражного соглашения и специального регламента<sup>34</sup>. Указанная категория включает споры, вытекающие из договоров продажи акций и долей в уставном капитале ООО<sup>35</sup>, а также споры, вытекающие из деятельности реестродержателей<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Часть 3 ст. 225.1 АПК РФ.

<sup>35</sup> Пункт 2 ч. 1 ст. 225.1 АПК РФ.

<sup>36</sup> Пункт 6 ч. 1 ст. 225.1 АПК РФ.

### 3. Неарбитрабельные корпоративные споры

Закрытый перечень корпоративных споров, которые согласно АПК РФ<sup>37</sup> не могут быть предметом третейского разбирательства, включает:

1) споры, вытекающие из деятельности нотариусов по удостоверению сделок с долями в уставном капитале ООО<sup>38</sup>;

2) споры, связанные с оспариванием ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) государственных, муниципальных органов и должностных лиц (например, в связи с отказом зарегистрировать общество или выпуск ценных бумаг)<sup>39</sup>;

3) споры в отношении стратегического общества<sup>40</sup>.

Вместе с тем споры, связанные с принадлежностью акций, долей в уставном (складочном) капитале стратегических обществ, признаются арбитрабельными, если только они не вытекают из сделок с долями в уставном капитале обществ, подлежащих предварительному согласованию с контролирующим органом (ФАС)<sup>41</sup>;

4) споры о созыве общего собрания участников юридического лица<sup>42</sup>;

5) споры о выкупе акций АО<sup>43</sup>;

<sup>37</sup> Часть 4 ст. 1 Федерального закона об арбитраже, п. 6 ст. 1 Закона о МКА в новой редакции (утв. в п. 2 ст. 2 Федерального закона № 409-ФЗ).

<sup>38</sup> Пункт 1 ч. 2 ст. 225.1 АПК РФ, п. 11 ст. 21 Федерального закона об ООО.

<sup>39</sup> Пункт 2 ч. 2 ст. 225.1, 197 АПК РФ.

<sup>40</sup> Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» // СЗ РФ. 2008. 5 мая. № 18. Ст. 1940.

<sup>41</sup> Пункт 3 ч. 2, ч. 1 ст. 225.1 АПК РФ.

<sup>42</sup> Пункт 1 ч. 2 ст. 225.1, 225.7 АПК РФ, п. 8 и 9 ст. 55 Федерального закона об АО, ст. 35 и 36 Федерального закона об ООО.

<sup>43</sup> Пункт 4 ч. 2 ст. 225.1 АПК РФ, гл. IX («Приобретение и выкуп обществом размещенных акций») (ст. 72–77) Федерального закона об АО.



6) споры, связанные с исключением участников юридических лиц<sup>44</sup>;

7) споры о поглощении АО<sup>45</sup>;

8) другие споры, связанные с публичными обществами и АО с числом акционеров — владельцев голосующих акций не менее одной тысячи, поскольку в их уставы прямо запрещено включать арбитражные соглашения<sup>46</sup>.

Как видно из приведенного перечня, часть споров не может быть предметом третейского разбирательства с учетом преобладающего публично-правового элемента (деятельность нотариуса, публичных органов, стратегических и публичных обществ).

Признание остальной части споров неарбитрабельными продиктовано консервативной точкой зрения, согласно которой арбитры в роли правовых экспертов не могут принимать решения по коммерческим вопросам, в частности о созыве собрания участников, исключении участника из общества и стоимости передаваемой доли.

В случае публичных обществ возникают также практические вопросы, связанные с заключением арбитражного соглашения многочисленными акционерами и единогласием при выборе арбитра и совершении процессуальных действий.

## 4. Условия для рассмотрения корпоративных споров в арбитраже

### 4.1. Локализация рассмотрения корпоративных споров в России

#### 4.1.1. Нормативные предписания о месте арбитража

Во-первых, место арбитража корпоративных споров должно быть на территории России.

Корпоративные споры, возникшие между участниками юридического лица и самим юридическим лицом, могут быть переданы на рассмотрение третейского суда только в том случае, если согласно предложению второму ч. 4 ст. 225.1 АПК РФ в новой редакции «третейское разбирательство будет администрироваться... с местом арбитража на территории Российской Федерации»<sup>47</sup>.

Далее, в соответствии с предложением пятым ч. 7 ст. 7 Федерального закона об арбитраже местом арбитража при рассмотрении споров участников созданного в РФ юридического лица и самого юридического лица, для разбирательства которых применяются правила корпоративных споров, должна являться Российская Федерация.

Закон о МКА прямо не предусматривает последней нормы, но используемая в п. 8 ст. 7 Закона о МКА в новой редакции об арбитражных соглашениях в уставе ссылка на Федеральный закон об арбитраже позволяет заключить, что корпоративные споры можно также разрешать в международном арбитраже. Сфера применения Закона о МКА включает, в частности, споры, возникшие в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории РФ или российских инвестиций за границей<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Пункт 5 ч. 2 ст. 225.1 АПК РФ, абзац четвертый п. 1 ст. 67 ГК РФ (СЗ РФ. 1994. 5 дек. № 32. Ст. 3301) (в ред. Федерального закона от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ (СЗ РФ. 2014. 12 мая. № 19. Ст. 2304)), ст. 10 Федерального закона об ООО.

<sup>45</sup> Пункт 4 ч. 2 ст. 225.1 АПК РФ, гл. XI.1 («Приобретение более 30 процентов акций публичного общества») (ст. 84.1–84.9) Федерального закона об АО.

<sup>46</sup> Пункт 8 ст. 7 Закона о МКА в новой редакции (утв. в п. 6 ст. 2 Федерального закона № 409-ФЗ), ч. 7 ст. 7 Федерального закона об арбитраже.

<sup>47</sup> См. также ч. 4 ст. 22.1 ГПК РФ.

<sup>48</sup> Пункт 3 ст. 1 Закона о МКА в новой редакции (утв. в п. 2 ст. 2 Федерального закона № 409-ФЗ).

#### 4.1.2. Обоснование

Какие причины могли побудить ограничить место арбитража корпоративных споров в России?

Статистика ведущих провайдеров услуг международного арбитража, включая ЛМТС<sup>49</sup>, ТПС<sup>50</sup>, DIS<sup>51</sup>, ВМАЦ<sup>52</sup>, показывает, что россияне представляют круп-

нейшую группу среди потребителей услуг западноевропейских арбитражных учреждений, в том числе в сфере разрешения споров по продаже бизнеса (M&A) и акционерных соглашений. Ведущий азиатский провайдер – ГМАЦ<sup>53</sup> – в Гонконге также рассматривал несколько крупных корпоративных споров, связанных с СП и приобретением бизнеса в России<sup>54</sup>.

Оказание государственной протекции отечественным арбитражам, все еще пребывающим в стадии становления, послужило одной из причин нормативного регулирования арбитрабельности корпоративных споров в ходе реформы процессуального законодательства<sup>55</sup>. Локализацию в России рассмотрения корпоративных споров с участием российских компаний можно рассматривать как одну из комплексных мер, направленных на деофшоризацию российской экономики.

Ограничение конкуренции на рынке услуг корпоративного арбитража представляет определенный вызов российским третейским судам. Если они не смогут обеспечить участие в арбитраже опытных арбитров, квалифицированных в сфере правового сопровождения международных корпоративных сделок, указанное нововведение не только не укрепит авторитет российского арбитража, но и едва ли будет способствовать привлечению иностранных

<sup>49</sup> Лондонский международный третейский суд (London Court of International Arbitration (LCIA)) (далее – ЛМТС).

В соответствии с Отчетом Секретариата ЛМТС за 2015 г. (LCIA Registrar's Report 2015 (<http://www.lcia.org/media/download.aspx?Mediald=500>)), споры с участием сторон из России занимают второе место с 10,3% от общего количества споров (326) и непосредственно следуют за спорами с участием сторон из Великобритании (15,6%). В соответствии с Отчетом Секретариата ЛМТС за 2013 г. (LCIA Registrar's Report 2013 (<http://www.lcia.org/media/download.aspx?Mediald=376>)), споры по договорам о СП и корпоративным договорам в 2013 г. составили 12%, в 2012 г. – 9%, в 2011 – 11% (данные за 2014 и 2015 гг. на сайте ЛМТС отсутствуют).

<sup>50</sup> Торговая палата Стокгольма (Stockholm Chamber of Commerce (SCC)) (далее – ТПС).

Согласно статистике (<http://www.sccinstitute.com/statistics/>), в 2015 г. арбитраж в Стокгольме рассмотрел 103 спора по международному арбитражу (57% от общего количества споров) и 78 внутренних третейских споров (43%). Российские споры (24 дела) также следуют за спорами с участием шведов (123 спора). Доля корпоративных споров довольно высока и включает 18 споров (10%) по корпоративным договорам и 21 спор (11,7%) по договорам продажи бизнеса (продажи долей).

<sup>51</sup> Из 34 споров с участием иностранных лиц, которые, согласно данным за 2015 г. (<http://www.dis-arb.de/upload/statistics/DIS-Statistiken%202015.pdf>), составили 28,8% от общего количества споров, рассмотренных по Арбитражному регламенту DIS (DIS-Schiedsgerichtsordnung 98 / DIS-Arbitration Rules 98), стороны из России и частично немецкоязычной Швейцарии (по шесть дел) поделили второе-третье места.

<sup>52</sup> Венский международный арбитражный центр (Vienna International Arbitral Centre (VIAC)) (далее – ВМАЦ). По статистике (<http://www.viac.eu/de/home/89-service/statistiken>), из 75 споров, которые рассмотрены в 2015 г. на основании арбитражного регламента ВМАЦ – Венских арбитражных правил (Wiener Schiedsregeln / Vienna Rules), в 19 спорах участвовали стороны из Австрии, в 10 – из Германии и в семи из России (третье место). При этом восемь споров (6%) возникли из договоров продажи долей.

<sup>53</sup> Гонконгский международный арбитражный центр (Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC)). По статистике (<http://hkiac.org/about-us/statistics>), в 2015 г. доля корпоративных споров в общем количестве споров составила 8,9%, а в 2014 г. – 10,9%.

<sup>54</sup> Каримуллин Р.И. Паломничество в Страну Востока: практика международного арбитража в Гонконгском международном арбитражном центре // Вестник международного коммерческого арбитража. 2016. № 2. С. 124–126.

<sup>55</sup> Пункт 49.5 Концепции единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (одобрена решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ГД ФС РФ от 8 декабря 2014 г. № 124(1)) ([http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_172071/c2918947a40e2c2c9ef8e6be47a00adf6a344e1/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_172071/c2918947a40e2c2c9ef8e6be47a00adf6a344e1/)).

инвестиций в российскую экономику. Реальной альтернативы Нью-Йоркской конвенции и арбитражному разрешению споров с иностранными инвесторами пока нет: у России не так много международных договоров о признании и исполнении иностранных судебных решений<sup>56</sup>.

Серьезно дополненное в 2014–2015 гг. гражданское законодательство о юридических лицах<sup>57</sup> и обязательствах<sup>58</sup> предлагает правовые инструменты, эффективно работающие при заключении и исполнении международных корпоративных сделок (корпоративные договоры, соглашения о намерениях, заверения об обстоятельствах, возмещение потерь и др.)<sup>59</sup>. Принимая во внимание императивное действие коллизионных норм личного закона юридического лица<sup>60</sup>, а также сверхимперативных норм<sup>61</sup> по широкому кругу вопросов, вклю-

чая внутренние отношения юридического лица и его участников, арбитраж корпоративного спора с местом арбитража в России представляется даже предпочтительным.

Некоторые иностранные арбитражные решения получали отказ в исполнении в России вследствие неприменения российского корпоративного права. Так, в деле *ОАО «Резалбаза» и фирма «Лираль» против ОАО «ТРИ-Каучук» и ОАО «Каучук-Пласт»* ВАС РФ отклонил ходатайство взыскателей о признании и принудительном исполнении арбитражного решения ЛТМС, которое было основано на английском праве компаний и которым с СП (ОАО «Каучук-Пласт») и оставшегося акционера (ОАО «ТРИ-Каучук») солидарно была взыскана общая стоимость вкладов вышедших из СП акционеров. В отличие от английского права<sup>62</sup> российское законодательство допускает выход участника из ООО с условием выплаты стоимости его доли, но не предусматривает подобного возмездного возврата акций обществу акционерами. Неприменение российского корпоративного права арбитражем в Англии привело к отмене Президиумом ВАС РФ определений об удовлетворении ходатайства о признании арбитражного решения<sup>63</sup>.

<sup>56</sup> На сайте федеральных арбитражных судов представлены 28 двусторонних международных договоров о правовой помощи с участием РФ (см.: [http://www.arbitr.ru/int\\_law\\_coop/treaties/40679.html](http://www.arbitr.ru/int_law_coop/treaties/40679.html)).

<sup>57</sup> Федеральный закон от 5 мая 2014 г. № 99-ФЗ // СЗ РФ. 2014. 12 мая. № 19. Ст. 2304.

<sup>58</sup> Федеральный закон от 8 марта 2015 г. № 42-ФЗ // СЗ РФ. 2015. 9 марта. № 10. Ст. 1412.

<sup>59</sup> *Каримуллин Р.И.* Прекращение совместных предприятий. Статья 3 // Акционерное общество. 2015. № 2. С. 64–73 (доступно в Интернете по адресу: [http://media.wix.com/ugd/6eb907\\_1e99e2fc82d349eb800c4d07cf91ad46.pdf](http://media.wix.com/ugd/6eb907_1e99e2fc82d349eb800c4d07cf91ad46.pdf)); *Karimullin R.* Reforming Company Law and M&A Arbitration in Russia (<http://kluwer-arbitrationblog.com/2015/10/30/reforming-company-law-and-ma-arbitration-in-russia/>).

<sup>60</sup> Пункт 2 ст. 1202 ГК РФ, который также императивно применяется к ответственности бенефициаров офшорных компаний (п. 4 ст. 1202 ГК РФ) и соглашениям о применимом праве в корпоративных договорах российских корпораций или договорах об их создании (п. 1 ст. 1214 ГК РФ). Ссылаясь на ст. 1202 ГК РФ, нотариусы обычно отказываются применять иностранное право к удостоверяемым сделкам уступки доли в уставном капитале ООО (Рекомендации Федеральной нотариальной палаты по применению отдельных положений Федерального закона об ООО ([http://old.notariat.ru/text\\_3261\\_28.aspx.htm](http://old.notariat.ru/text_3261_28.aspx.htm))).

<sup>61</sup> См.: *Жильцов А.Н.* Императивные нормы в международном коммерческом арбитраже // *Международный коммерческий арбитраж*. 2004. № 2. С. 2.

<sup>62</sup> В английском праве акции и публичных, и непубличных компаний могут быть выкуплены самой компанией-эмитентом двумя способами: (i) на основании норм о выкупе (redemption), если речь идет о специальном виде (классе) выкупаемых акций (redeemable shares) на основании ст. 684 Закона о компаниях 2006 г. (Companies Act 2006 (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>)) (ранее – ст. 159 Закона о компаниях 1985 г.); или (ii) на основании положений об обратной покупке (repurchase), которую можно реализовать в отношении любых выпущенных акций на основании ст. 690 Закона о компаниях 2006 г. (ранее – ст. 162 Закона о компаниях 1985 г.). Обязательным условием является их полная оплата при выпуске, что не представляется очевидным из обстоятельств дела, представленных в опубликованных постановлениях российских арбитражных судов.

<sup>63</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 17 апреля 2001 г. № 4821/00. Позже спор был прекращен в связи с заключением мирового соглашения (см. постановление ФАС Московского округа от 5 сентября 2002 г. по делу № КА-А40/4994-02).

В другом споре – АО «Прессиндустрия С.п.А.» против ОАО «Тобольский нефтехимический комбинат» – было отменено определение о выдаче исполнительного листа на решение шведского арбитража *ad hoc* о прекращении СП в России и возврате вклада итальянскому участнику СП, основанное на шведском праве без учета императивных требований советского (СП создано в 1988 г.) и российского корпоративного законодательства<sup>64</sup>.

В практике стороны чаще всего выбирают применимое право, которое совпадает с правом места арбитража<sup>65</sup>. Если применимое материальное право отличается от процессуального права, эта коллизия объективно затрудняет арбитражное разбирательство и увеличивает издержки арбитража.

Наконец, одним из соображений может послужить защита прав миноритарных акционеров общества, которые в случае включения в устав арбитражной оговорки с указанием места иностранного арбитража фактически могут быть лишены возможности защищать свои права (оплата услуг местного арбитражного специалиста, выезд для участия в устных разбирательствах и т.д.).

Такая линия соответствует судебной практике запрета проведения собраний акционеров за границей. Так, признавались злоупотреблением правом (10 ГК РФ) и недействительными решения акционеров о внесении в устав положений, допускающих проведение общих собраний акционеров за пределами РФ, особенно если общество и его акционеры не осуществляют

деятельности в иностранном государстве<sup>66</sup>. Признавая недействительным решение акционеров о внесении в устав условия, допускающего возможность созвать собрание акционеров в Катманду (Непале) или Минске, арбитражный суд указал, что место проведения собрания акционеров должно определяться с учетом реальной возможности всех акционеров реализовать свое право на участие в собрании<sup>67</sup>.

В практике указание на иностранный арбитраж может стать фактически непреодолимым препятствием для российского миноритария, особенно если адвокатам общества или контролирующего мажоритарного акционера в предварительной стадии удастся убедить арбитраж в фактической неплатежеспособности истца, малоперспективности спора (а если арбитраж возбужден в проарбитражной юрисдикции, то еще с расхожим доводом об асимметричности признания арбитражных решений в этой юрисдикции и в России) и потребовать аванса в обеспечение оплаты всех предстоящих арбитражных и процессуальных расходов.

С другой стороны, по корпоративным спорам стороны фактически лишены возможности выбрать «нейтральный» форум. Новое законодательство не допускает возможности перенести место арбитража в третью страну, которая не является «родной» ни для одного из участников арбитражного соглашения, и, таким образом предоставляет односторонние преимущества российским участникам.

Место арбитража также запрещено переносить в страну, которая с согласия всех участников общества была бы наиболее предпочтительной для рассмотрения их споров (например, если все иностранные

<sup>64</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 14 января 2003 г. № 2853/00.

<sup>65</sup> Так, в практике МКАС при ТПП РФ в 2012 г. стороны определили применимым российское право в 71% споров, а иностранное право (Англии, Германии, Нидерландов и др.) в 5% случаев. В 2013 г. 67% споров подчинены российскому праву и 3% споров иностранному праву (см.: Жильцов А.Н. Применение раздела VI части третьей ГК РФ в практике МКАС при ТПП РФ // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. № 2. С. 12).

<sup>66</sup> Пункт 5 Обзора применения арбитражными судами ст. 10 ГК РФ (утв. Информационным письмом Президиума ВАС РФ от 25 ноября 2008 г. № 127).

<sup>67</sup> Постановление ФАС Поволжского округа от 26 января 2007 г. по делу № А57-10213/06-25; Определение ВАС РФ от 21 мая 2007 г. № 3708/07.

участники и исполнительные органы общества происходят из одной страны).

Выбор «нейтрального» или согласованного форума признается стандартной опцией для третейского разбирательства в арбитражных юрисдикциях, дружественных по отношению к арбитражу. Арбитражное законодательство Англии, Франции, Гонконга таких ограничений автономии воли сторон не содержит, в то время как Лондон, Париж и Гонконг признаются наиболее предпочтительным местом арбитража<sup>68</sup>.

#### 4.1.3. Правовые последствия определения места арбитража

Место арбитража предопределяет национальное процессуальное законодательство, применимое к арбитражному разбирательству (*lex arbitri*). Так, согласно п. 1 ст. 1 Закона о МКА настоящий Закон применяется к международному коммерческому арбитражу, если место арбитража находится на территории РФ.

Место арбитража служит своеобразным паспортом арбитражного решения, определяющим его национальность. Выбирая место арбитража, стороны решают, по каким правилам и какое арбитражное решение — международное или внутреннее (решение третейского суда) — будет вынесено, можно ли будет его оспорить и как оно будет принудительно исполнено, полномочны ли суды (или иные компетентные органы) государства по месту арбитража оказывать поддержку в назначении и отводе арбитров, истребовании доказательств и обеспечении иска.

В случае корпоративных споров в отношении российского общества стороны более не могут согласовать место арбитража, альтернативное российскому, а также не могут воздержаться от его определения, поскольку такое условие должно быть

определено правилами арбитража корпоративных споров.

В частности, к внутреннему арбитражу по спору о российском юридическом лице применяются императивные нормы Федерального закона об арбитраже, субсидиарно — (в зависимости от подведомственности) императивные нормы АПК РФ или ГПК РФ. Диспозитивные нормы Федерального закона об арбитраже применяются в той мере, в какой их действие не исключено арбитражным соглашением или согласованными правилами арбитража (в последнем случае в части, в которой не требуется прямое соглашение сторон).

Тот же принцип действует в международном арбитраже по спору в отношении российского общества: сначала применяются императивные нормы Закона о МКА, субсидиарно — также нормы Федерального закона об арбитраже<sup>69</sup> и АПК РФ или ГПК РФ, затем — арбитражное соглашение и правила арбитража и, наконец, диспозитивные правила перечисленных законов.

Правило определено сужает возможности для *форум шоппинга*, хотя и не исключает его совершенно. В российской корпоративной практике некоторые проектные компании (СП) создаются за границей и выступают единственным участником российской корпорации. Споры между участниками таких иностранных СП, скорее всего, и далее будут передаваться на рассмотрение иностранных арбитражных учреждений.

Иногда вместе с корпоративными сделками в России стороны заключают за границей рамочные или аналогичные договоры, например, дублируя гарантии продавцов российского бизнеса по праву Англии или Германии, передавая споры по ним в иностранные арбитражные учреждения. А если российский контрагент рас-

<sup>68</sup> 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration (<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>).

<sup>69</sup> Пункт 2 ст. 1 Закона о МКА в новой редакции (утв. в п. 2 ст. 2 Федерального закона № 409-ФЗ), ч. 2 ст. 1, ч. 2 ст. 52 Федерального закона об арбитраже.

полагает достаточными активами за границей, то, возможно, даже не придется исполнять иностранное арбитражное решение в России.

От места арбитража отличают фактическое место проведения устных слушаний и отдельных процессуальных действий.

Без ущерба для требования о месте арбитража в РФ фактическое место проведения слушаний по корпоративным спорам может быть определено за рубежом. Согласно п. 2 ст. 20 Закона о МКА в отсутствие иного соглашения сторон арбитраж может собираться в любом месте, которое он посчитает надлежащим для проведения совещания между арбитрами, заслушивания свидетелей, экспертов или сторон либо осмотра товаров, другого имущества или документов.

Из доступных решений ведущих российских международных арбитражей (например, МКАС при ГПП РФ) неизвестно, чтобы место арбитража расходилось с местом проведения слушаний.

В практике ведущих иностранных арбитражных учреждений такие ситуации юридически возникают<sup>70</sup>.

Данная норма применяется также к спорам о российском юридическом лице, рассматриваемым иностранным арбитражным институтом, который получил статус постоянного арбитражного учреждения в России<sup>71</sup> и, таким образом, при условии сохранения места арбитража в России может проводить ряд процессуальных действий за границей. Более того, их проведение за границей упрощается, например,

по договорам продажи акций российских эмитентов, для администрирования которых иностранный арбитражный институт не должен представлять правила арбитража корпоративных споров<sup>72</sup> и его арбитры могут применять общие правила арбитража данного иностранного института.

Известные Комментарии ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства, переработанные в 2016 г., в своих рекомендациях признают, что при определенных обстоятельствах стороны и арбитраж могут более быстро или с большим удобством проводить слушания и (или) совещания (арбитров) в ином месте, отличном от места арбитража, или даже дистанционно с использованием технических средств коммуникации<sup>73</sup> (онлайн). Вместе с тем сторонам и арбитражу рекомендуется учитывать, может ли создать проведение всех устных слушаний вне территории государства места арбитража сложности на стадии судебной проверки арбитражного разбирательства, оспаривания или принудительного исполнения арбитражного решения<sup>74</sup>.

Поэтому, даже если отдельные действия и проводятся за границей или с использованием телеконференции, фактическое ар-

<sup>70</sup> См. примеры из практики ГМАЦ: *Каримуллин Р.И.* Паломничество в Страну Востока: практика международного арбитража в Гонконгском международном арбитражном центре. С. 131.

<sup>71</sup> Статья 52 совместно с ч. 7–9 ст. 45, 48, а также ч. 12 ст. 44 Федерального закона об арбитраже, Правила о предоставлении права на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения (утв. Постановлением Правительства РФ от 25 июня 2016 г. № 577 (далее – Постановление № 577)) (<http://pravo.gov.ru/laws/acts/52/535555.html>).

<sup>72</sup> Подпункт 3 п. 3 Перечня документов, представляемых для рассмотрения Советом по совершенствованию третейского разбирательства вопроса о выдаче рекомендации Правительству Российской Федерации о предоставлении или об отказе в предоставлении права на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения (Приложение к Положению о порядке создания и деятельности Совета по совершенствованию третейского разбирательства) (утв. приказом Минюста России от 13 июля 2016 г. № 165 «О Совете по совершенствованию третейского законодательства» (<http://docs.cntd.ru/document/420366080>)).

<sup>73</sup> Предложение 2 п. 31 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (утвержденная, но официально не опубликованная версия (pre-release publication)) (<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-2016-e-pre-release.pdf>).

<sup>74</sup> Предложение четвертое п. 31 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства.

битражное разбирательство корпоративного спора, видимо, должно быть более-менее связано с Россией. В этом случае стороны смогут в большей степени рассчитывать на поддержку российских судов, например, при назначении арбитров, обеспечении письменных доказательств или на стадии оспаривания и исполнения принятого решения.

Как пишет германский исследователь Шютце, арбитражное решение не может приобрести определенную национальность путем указания на фиктивное место арбитража, с которым арбитраж фактически никак не связан<sup>75</sup>. Например, если стороны указывают Москву как место арбитража, но все устные слушания сторон, совещания арбитров, исследования доказательств и т.д. проводятся в Лондоне, местом арбитража можно признать Лондон, а арбитражное решение, несмотря на условие о месте арбитража в Москве, будет не российским, а английским.

Наконец, несоответствие арбитражной процедуры «закону» места арбитража прямо признается в ст. V(1)(d) Нью-Йоркской конвенции основанием для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения. Ее несоответствие (российскому) федеральному закону служит основанием для отмены арбитражного решения<sup>76</sup>.

#### 4.2. Только в постоянно действующем арбитражном учреждении

Во-вторых, корпоративные споры могут рассматриваться только третейским судом, администрируемым постоянно действующим арбитражным учреждением<sup>77</sup>. Ранее аналогичное ограничение автономии воли

сторон (институциональный арбитраж) было установлено для споров в сфере клиринга<sup>78</sup>, а также для биржевых споров<sup>79</sup>.

Корпоративные споры не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда, образованного сторонами для рассмотрения конкретного спора (арбитража *ad hoc*), т.е. осуществляющего арбитраж в отсутствие администрирования со стороны постоянно действующего арбитражного учреждения<sup>80</sup>.

Данное условие также может показаться довольно необычным для юрисдикции, дружественной по отношению к арбитражу. Как известно, международные арбитражные споры рассматривались в СССР в арбитражных учреждениях (в частности, ВТАК при ТПП СССР). В работах отечественных специалистов советского периода (Л.А. Лунца<sup>81</sup>, С.Н. Лебедева<sup>82</sup>) можно ознакомиться с обоснованием институционального арбитража в качестве принципа международного арбитража в социалистических странах. Арбитражи *ad hoc* появились в России со вступлением в силу Закона о МКА, разработанного на основании Типового закона ЮНСИТРАЛ, который, в свою очередь, рассматривает институциональный арбитраж и арбитраж *ad hoc* как принципиально равнозначные.

В этой связи можно упомянуть запрет на использование арбитража *ad hoc* в дру-

<sup>75</sup> Schütze R.A. Schiedsgericht und Schiedsverfahren. 5. Aufl. C.H. Beck, 2012. Rn. 533 (S. 152).

<sup>76</sup> Подпункт 1 п. 2 ст. 34 Закона о МКА, п. 4 ч. 3 ст. 233 АПК РФ, п. 4 ч. 3 ст. 421 ГПК РФ.

<sup>77</sup> Часть 5 ст. 225.1 АПК РФ, ч. 4 ст. 22.1 ГПК РФ.

<sup>78</sup> Часть 1 ст. 21 Федерального закона от 7 февраля 2011 г. № 7-ФЗ «О клиринге, клиринговой деятельности и центральном контрагенте».

<sup>79</sup> Часть 1 ст. 24 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 325-ФЗ «Об организованных торгах».

<sup>80</sup> Пункт 17 ст. 2, ч. 5 ст. 1 Федерального закона об арбитраже, абзац второй ст. 2 Закона о МКА в новой редакции (утв. в п. 3 ст. 2 Федерального закона № 409-ФЗ).

<sup>81</sup> Лунц Л.А., Марышева Н.И. Международный гражданский процесс / ВНИИСЗ. М.: Юрид. лит., 1976. С. 227.

<sup>82</sup> Lebedev S.N. International Commercial Arbitration in the Socialist Countries Members of the CMEA // Recueil des cours – Collected Courses. Academie de Droit International de la Haye. Vol. 158 (1977). P. 102–104.

гой социалистической стране – КНР<sup>83</sup>, где до сих пор арбитраж также осуществляется лишь в институциональной форме, хотя китайские суды признают и исполняют решения иностранных арбитражей *ad hoc*<sup>84</sup>.

Было бы неправильно утверждать, что арбитражи *ad hoc* заведомо менее эффективны, чем институциональный арбитраж. Они обладают своими бесспорными преимуществами. Но, поскольку большинство конфиденциальных арбитражных решений исполняется добровольно, представляется невозможным делать общие выводы о качестве разбирательства в арбитраже *ad hoc* по единичным решениям, которые становятся известными вследствие оспаривания.

В германской литературе правильно отмечается, что арбитраж *ad hoc* может использоваться при разрешении простых корпоративных споров, например, когда у общества только два участника или все участники принадлежат к одной юрисдикции. Вместе с тем осуществление арбитража *ad hoc* предполагает высокую степень готовности сторон сотрудничать друг с другом. Если с самого начала ясно, что стороны не будут конструктивно взаимодействовать, арбитраж *ad hoc* может стать неэффективным<sup>85</sup>.

Но если такая кооперация, поддерживаемая адекватной правовой системой, возможна, то, как образно выражаются известные английские специалисты Редферн и Хантер, разница между арбитражем *ad hoc* и институциональным арбитражем ровно такая же, как между покупкой костюма, сшитого под фигуру на заказ, и его приобретением в магазине готовой одеж-

ды<sup>86</sup>. Наверное, можно согласиться с тем, что институт арбитража *ad hoc* требует более аккуратного использования и его широкое применение предполагает надежную поддержку арбитража судами и известный уровень правосознания пользователей.

В международном арбитраже коммерсанты очевидно предпочитают более транспарентное институциональное третейское разбирательство арбитражу *ad hoc*, который за отсутствием кооперации сторон можно легко затянуть, принимая во внимание, что сложные по природе корпоративные споры должны быть разрешены и оперативно приведены в исполнение в короткие сроки.

Если ответчиком в корпоративном споре выступает само юридическое лицо, как, например, при обжаловании решений участников, использование процедуры *ad hoc* может оказаться не таким эффективным и объективным, как в случае институционального арбитража. За отсутствием секретариата арбитражного учреждения в разбирательстве *ad hoc* функцию организации арбитража, видимо, примет на себя само общество-ответчик.

Последнее в лице его исполнительных органов необязательно обладает необходимой юридической квалификацией, а значит, будет не столь надежно, как арбитражное учреждение. Как сторона в разбирательстве общество либо контролирующее его лицо также прямо будут заинтересованы в конечном результате спора и вряд ли обеспечат независимое и беспристрастное администрирование спора. В частности, в случае арбитража *ad hoc* возрастает риск недобросовестного уклонения общества-ответчика от рассылки уведомлений заинтересованным участникам.

В практике данные риски отчасти нивелируются тем, что стороны корпоративного арбитража *ad hoc* обращаются за содействием секретариата арбитражно-

<sup>83</sup> Запрет следует из ст. 16 китайского Закона об арбитраже, предписывающей проведение арбитража в арбитражных комиссиях.

<sup>84</sup> Каримуллин Р.И. Паломничество в Страну Востока: практика международного арбитража в Гонконгском международном арбитражном центре. С. 131–132 (п. 4.4.2).

<sup>85</sup> Raeschke-Kessler H., Wiegand N. Schiedsvereinbarung und -verfahren für Gesellschafterstreitigkeiten // Anwaltsblatt (AnWB). 2007. Heft 6. S. 399.

<sup>86</sup> Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M. Redfern and Hunter on International Arbitration. 5<sup>th</sup> ed. Oxford University Press, 2009. Paras. 1.155, 1.557 (p. 53).



го учреждения по месту арбитража в ведущей юрисдикции. В частности, в ч. 19 ст. 44 Федерального закона об арбитраже прямо предусмотрено право сторон своим соглашением поручить выполнение отдельных функций по администрированию арбитража при осуществлении арбитража *ad hoc*. Дополнительно к процедуре *ad hoc* нередко согласовывают применение Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. Как видно из опубликованной статистики ЛМТС<sup>87</sup> и ГМАЦ<sup>88</sup>, такая практика достаточно распространена. Одновременно широкое привлечение арбитражных учреждений для выполнения отдельных функций арбитража *ad hoc* и популярность Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ парадоксальным образом подчеркивают общую тенденцию к институционализации арбитража.

Наконец, в случае арбитража *ad hoc* существует повышенный риск параллельных арбитражных производств, которые могут закончиться противоположными решениями. Опять-таки за отсутствием секретариата арбитражного учреждения остается неясным, кто установит приоритет первого арбитражного разбирательства и предотвратит последующее предъявление дублирующих исков о признании того же самого решения участников недействительным.

В германской правоприменительной практике снизить этот риск способом, функционально сопоставимым с институтом исключительной подсудности, предлагается

концентрацией<sup>89</sup> в одном арбитражном деле всех исков о признании недействительным решения участников, что на практике может быть успешно реализовано только в институциональном арбитраже.

#### 4.3. Арбитражное соглашение, подписанное всеми участниками и обществом

##### 4.3.1. Единое решение участников

Согласно ч. 1 ст. 33 АПК РФ в новой редакции споры между сторонами гражданско-правовых отношений, подведомственные арбитражным судам в соответствии с АПК РФ, могут быть переданы на рассмотрение третейского суда при наличии между сторонами спора действующего арбитражного соглашения.

Применительно к корпоративным спорам конкретизировано, что они могут быть переданы на рассмотрение третейского суда только в том случае, если (i) юридическое лицо, (ii) все участники юридического лица, а также (iii) иные лица, которые являются истцами или ответчиками в таких спорах, заключили третейское соглашение о передаче таких споров в третейский суд<sup>90</sup>.

Согласие всех перечисленных лиц необходимо получить, поскольку арбитражное решение станет обязательным для каждого из них (принцип *res judicata*), независимо от того, воспользовались ли они предоставленной возможностью присоединиться к арбитражному разбирательству в качестве стороны или третьего лица.

В момент заключения арбитражного соглашения все участники общества обязуются признать возможное арбитражное решение как обязательное для себя<sup>91</sup> и до-

<sup>87</sup> В соответствии с Отчетом Секретариата ЛМТС за 2015 г. (<http://www.lcia.org//media/download.aspx?MediaId=500>), 80 (24,5%) из 326 арбитражных споров, рассмотренных ЛМТС в 2015 г., включали арбитраж *ad hoc*, в том числе по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ.

<sup>88</sup> Из 271 арбитражного спора, которые ГМАЦ рассмотрел в 2015 г., 155 споров (57%) рассматривались ГМАЦ в порядке *ad hoc* по Ордонансу об арбитраже Гонконга (*lex arbitri*), 31 (11,5%) в порядке *ad hoc* по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ (см.: Кармуллин Р.И. Паломничество в Страну Востока: практика международного арбитража в Гонконгском международном арбитражном центре. С. 120).

<sup>89</sup> См. ниже, разд. 6.

<sup>90</sup> Части 3 и 4 ст. 225.1 АПК РФ (применительно к корпоративным спорам, указанным в п. 1, 3–5 и 8 ч. 1 ст. 225.1 АПК РФ); см. также ч. 4 ст. 22.1 ГПК РФ.

<sup>91</sup> Статья 41 Федерального закона об арбитраже, ст. 35 Закона о МКА (ст. 35 Типового закона ЮНСИТРАЛ), ст. III Нью-Йоркской Конвенции.

бровольно его исполнить<sup>92</sup>. Данный позитивный эффект принципа *res judicata* усилен новым правилом о том, что стороны могут прямо установить, что арбитражное решение является окончательным<sup>93</sup>, и исключить вообще любое оспаривание арбитражного решения.

Решение по спору, ранее рассмотренному судом или арбитражем, является окончательным для последующих споров между теми же лицами, о том же предмете и по тем же правовым основаниям.

Например, результаты рассмотрения вопросов, зафиксированные в одном частичном арбитражном решении (*partial award*) о компетенции, обязательны:

(i) для последующих частичных окончательных решений по существу спора и расходам в том же арбитраже;

(ii) в других арбитражных разбирательствах, независимо от того, возникли ли они из одного и того же или из разных арбитражных соглашений (например, в результате использования каждой из сторон спора своего формуляра соглашения с арбитражной оговоркой); а также

(iii) в судебном процессе с участием тех же лиц, включая параллельные судебные разбирательства, когда сторона оспаривает действительность арбитражного соглашения или арбитрабельность спора.

Негативный эффект более широкого принципа *res judicata* выражается в принципе недопустимости повторного рассмотрения уже решенного дела: “*Ne bis de*

*eadem re sit actio*” («нельзя два раза предъявить иск по одному и тому же делу»)<sup>94</sup>. При попытке инициировать повторное рассмотрение того же спора арбитражные суды<sup>95</sup> и суды<sup>96</sup> прекращают производство по делу. Исключение установлено для случаев, когда судебный орган отказался выдать исполнительный лист на принудительное исполнение арбитражного решения.

В Рекомендациях Ассоциации международного права (АМП) по принципу *res judicata* и арбитражу 2006 г.<sup>97</sup> подчеркивается, что ранее принятые арбитражные решения должны иметь позитивный и негативный эффекты для новых арбитражных разбирательств, чтобы содействовать эффективности и окончательному характеру решений международного коммерческого арбитража<sup>98</sup>. Позитивный и негативный эффекты арбитражного решения возникают для других споров, в частности, если решение стало окончательным и обязательным в стране его происхождения и отсутствуют препятствия для его признания в стране нового арбитражного разбирательства<sup>99</sup> и если решение вынесено между теми же сторонами<sup>100</sup>.

Позитивный и негативный эффекты признаются применительно к: (i) выводам и основаниям удовлетворения иска, которые содержатся в мотивировочной части, их необходимому обоснованию; (ii) фактическим обстоятельствам и правовым вопросам, которые рассматривались и по

<sup>92</sup> Статья 38 Федерального закона об арбитраже.

<sup>93</sup> Пункт 1 ст. 34 Закона о МКА в новой редакции (утв. в п. 24 ст. 2 Федерального закона № 409-ФЗ), ст. 40 Федерального закона об арбитраже.

Ранее такая возможность допускалась только для внутренних третейских соглашений на основании ст. 40 Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», хотя в практике нередко противопоставлялась в качестве возражений в случаях оспаривания российских решений международных арбитражей (см., например, постановление ФАС Северо-Западного округа от 9 июня 2010 г. по делу № А56-79407/2009).

<sup>94</sup> Абзац четвертый п. 49.6 Концепции единого ГПК РФ.

<sup>95</sup> Пункт 2 ч. 1 ст. 150 АПК РФ.

<sup>96</sup> Абзацы третий и шестой ст. 220 ГПК РФ.

<sup>97</sup> Утверждены в Приложении II к Решению Конференции АМП в Торонто от 4–8 августа 2006 г. № 1/2006 (International Law Association (ILA) Recommendations on *Res Judicata* and Arbitration (approved in Annex II to ILA Toronto Conference Resolution No. 1/2006 of 04–08.06.2006) (<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>)) (далее – Рекомендации АМП).

<sup>98</sup> Пункт 4 Рекомендаций АМП.

<sup>99</sup> Пункт 3.1 Рекомендаций АМП.

<sup>100</sup> Пункт 3.4 Рекомендаций АМП.

которым приняты решения в арбитраже, при условии что такое решение было существенным или основным для мотивировочной части арбитражного решения<sup>101</sup>.

Заключенное всеми участниками арбитражное соглашение должно быть также фактически реализовано в ходе арбитражного разбирательства в отношении каждого участника, который пожелает в нем участвовать. Пункт 4 ч. 8 ст. 45 Федерального закона об арбитраже допускает присоединение новых участников корпоративного спора на любой стадии арбитража. Если арбитраж не предоставляет информацию обществу о предъявленном иске или отклоняет заявление нового участника о присоединении к арбитражу, вынесенное арбитражное решение может быть отменено или может быть откано в выдаче исполнительного листа.

#### 4.3.2. Уставная арбитражная оговорка

Арбитражное соглашение о передаче в арбитраж всех или части корпоративных споров участников созданного в Российской Федерации юридического лица и самого юридического лица может быть заключено путем включения его в устав юридического лица<sup>102</sup> (так называемый уставный арбитраж (bylaws arbitration / statutarische Schiedsklauseln)). Арбитражное соглашение особенно часто включается в корпоративные договоры.

В отличие от некоторых стран, где арбитражная оговорка довольно широко практикуется в уставах компаний (в частности, Германии, Австрии и Италии), уставы российских предприятий сравнительно редко ее содержат.

В случае российских уставных арбитражных оговорок чаще всего речь идет о СП или дочерних обществах иностранных компаний.

Например, в деле *ОАО «Газпром» против ОАО «УралАЗ» и ОАО «РусПромАвто»*<sup>103</sup> истец потребовал перевести долю в размере 20% в уставном капитале ООО «Ивеко-УралАЗ» (СП), уступленную другим участником СП третьему лицу с нарушением преимущественного права истца на покупку доли. ВАС РФ отметил, что использованная в уставе арбитражная оговорка имеет ограниченную сферу применения, относится к спорам о толковании устава, но не применяется к требованию участника ООО о переводе доли:

«Любое разногласие или спор по мотивам толкования положений учредительных документов, которые не могут быть разрешены по взаимному согласию, должны разбираться исключительно третейским судом по правилам Арбитража и Примирения Международного Центра Федеральной Экономической Палаты в городе Вене».

Устав, содержащий арбитражное соглашение, принимается единогласным решением собрания участников<sup>104</sup>. В таком же порядке вносятся изменения в устав, а также в само арбитражное соглашение<sup>105</sup>.

Напомним, что Федеральный закон об ООО устанавливает необходимость единогласного решения участников по вопросам исключительного значения для его деятельности, например реорганизации и ликвидации общества<sup>106</sup>. Единогласное решение

<sup>101</sup> Пункт 4 Рекомендаций АМП.

<sup>102</sup> Предложение первое ч. 8 ст. 7 Закона о МКА в новой редакции (утв. в п. 6 ст. 2 Федерального закона № 409-ФЗ).

<sup>103</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 31 мая 2005 г. № 11717/02.

<sup>104</sup> Предложение второе ч. 8 ст. 7 Закона о МКА в новой редакции (утв. в п. 6 ст. 2 Федерального закона № 409-ФЗ).

<sup>105</sup> Предложение второе ч. 8 ст. 7 Закона о МКА в новой редакции (утв. в п. 6 ст. 2 Федерального закона № 409-ФЗ).

<sup>106</sup> Подпункт 11 п. 2 ст. 33, п. 8 ст. 37 Федерального закона об ООО, п. 1 ст. 92 ГК РФ. Обширный перечень решений, принимаемых участниками единогласно, представлен в п. 5.9.1 (абзац первый) Пособия по удостоверению нотариусом

предполагает высокий уровень взаимного доверия участников, поскольку сопряжено с высоким риском блокировки необходимого решения компетентного органа (делока), что в практике может воспрепятствовать распространению арбитражной процедуры для разрешения корпоративных споров.

В сравнительно-правовом поле встречаются различные позиции по вопросу необходимого кворума. Например, единогласное решение участников для включения арбитражной оговорки в устав установлено также судебной практикой ФРГ<sup>107</sup> и Австрии<sup>108</sup> (прежде всего по спорам об оспаривании решений участников).

Если все участники общества подписали арбитражное соглашение в корпоративном документе, суды США признают его обязательным даже для общества, не подписавшего данный документ<sup>109</sup>, в том числе по косвенным искам<sup>110</sup>.

В Италии<sup>111</sup> и Испании<sup>112</sup> достаточно решения участников, принятого квалифи-

цированным большинством в  $\frac{2}{3}$  голосов. Итальянское законодательство дополнительно наделяет участников, не согласных с включением арбитражной оговорки в устав, правом на выход из общества в течение 90 дней.

#### 4.3.2. Подписание арбитражного соглашения самим обществом

Общество может не подписывать арбитражное соглашение, если оно включено в его устав.

Хотя ч. 3 и 4 ст. 225.1 АПК РФ<sup>113</sup> и устанавливает необходимость подписания самим юридическим лицом третейского соглашения о передаче корпоративных споров в третейский суд, в случае его включения в устав юридического лица преимущество имеет специальная норма, которая предусмотрена в ч. 7 ст. 7 Федерального закона об арбитраже и из которой следует, что для включения в устав третейского соглашения достаточно единогласного решения участников.

Арбитражное соглашение предполагается обязательным для общества без его специального волеизъявления. Например, в известном Постановлении от 29 марта 1996 г.<sup>114</sup> Федеральный суд Германии указал, что, даже если общество не участвовало в заключении арбитражного соглашения, внесенного в устав (поскольку в принципе не может активно участвовать в утверждении своего собственного учредительного документа при своем создании), оно тем не менее обязано соблюдать арбитражное соглашение точно так же, как и остальные положения устава<sup>115</sup>.

---

принятия общим собранием участников хозяйственного общества решения и состава участников общества, присутствовавших при его принятии (утв. письмом Федеральной нотариальной палаты от 1 сентября 2014 г. № 2405/03-16-3) (<https://notariat.ru/ddata/file-file/14289.pdf>).

<sup>107</sup> Постановление Федерального суда ФРГ от 6 апреля 2009 г. № II ZR 124/95 (BGH, 29.03.1996 – II ZR 124/95, DNotZ 1996, 694) (см. ниже, п. 5.2.2).

<sup>108</sup> Решение Верховного суда Австрии от 10 декабря 1998 г. № 7 Ob 221-98w (OGH, 10.12.1998 – 7 Ob 221-98w, NGZ 1999, 307).

<sup>109</sup> *Lane v. Abel-Bey*, 70 A.D.2d 838, 418 N.Y.S.2d 25 (1st Dept. 1979); *Hoffmann v. Finger Lakes Instrumentation, LLC*, 7 Misc.3d 179, 789 N.Y.S.2d 410 (N.Y. Sup. Ct. 2005).

<sup>110</sup> *Siegel v. Ribak*, 43 Misc.2d 7, 13, 249 N.Y.S.2d 903, 909 (Sup.Ct. 1968).

<sup>111</sup> Статья 34 (п. 6) Законодательного декрета Италии от 17 января 2003 г. № 5/2003 (Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 «Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366» (<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03005dl.htm>)).

<sup>112</sup> Статья 11 bis (п. 2) Закона об арбитраже Испании от 23 декабря 2003 г. № 60/2003 (в ред. от 12 мая

2011 г.) ([http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Private/Privado/160-2003.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Private/Privado/160-2003.html)).

<sup>113</sup> Схожим образом ч. 4 ст. 22.1 ГПК РФ.

<sup>114</sup> Постановление Федерального суда ФРГ от 29 марта 1996 г. № II ZR 124/95 (BGH, 29.3.1996 – II ZR 124/95, DNotZ 1996, 694) (см. ниже, п. 5.2.1).

<sup>115</sup> Пункт 5 разд. II Постановления Федерального суда ФРГ от 29 марта 1996 г. № II ZR 124/95.

Но если арбитражное соглашение включено не в устав, а в другой документ, особенно если общество будет участвовать в корпоративном споре (например, по косвенному иску), то помимо его подписания всеми участниками необходимо будет также обеспечить подписание обществом.

Если участники включили арбитражную оговорку в договор, заключенный до регистрации общества (в частности, корпоративный договор), то после его регистрации необходимо будет организовать оформление присоединения общества к арбитражной оговорке. Так, единоличный исполнительный орган общества и общество могут подписать дополнительное соглашение к договору, после чего арбитражная оговорка станет обязательной также для общества.

В отсутствие документа, подтверждающего присоединение общества к арбитражной оговорке, возникает риск уклонения общества от участия в арбитраже.

Например, в США данный контраргумент в прошлом нередко успешно использовался, чтобы заблокировать рассмотрение в арбитраже косвенного иска к обществу. Как указано выше<sup>116</sup>, еще в 1964 г. в деле *Siegel против Рибак*<sup>117</sup> Верховный суд США отклонил возражения против рассмотрения иска в арбитраже со стороны недобросовестного директора общества Рибак, ссылавшегося на отсутствие подписи общества в акционерных соглашениях, подписанных всеми участниками.

Если в обеспечение исполнения юридическим лицом его исполнительный орган предоставляет личную гарантию или другое обеспечение, в соглашение о котором включено арбитражное соглашение, не подписанное самим юридическим лицом, последнее в отсутствие его согласия не является стороной арбитражного соглашения.

В российском споре *Ерошевский Я.А. против Кокко Илкка Хенрика* на основании арбитражного соглашения, включенного в гарантию, выданную финским гражданином-ответчиком российскому продавцу акций, арбитраж обязал ответчика вернуть акции в уставном капитале финской компании «Аблеман Трейд Лимитед». Указанные акции у истца приобрела финская компания «Поларис Инвестменс Ою», исполнительным директором которой и был ответчик-гарант. Отменяя арбитражное решение, арбитражный суд указал, что арбитражное соглашение в личной гарантии директора не связывает компанию «Поларис Инвестменс Ою» как покупателя и собственника акций<sup>118</sup>.

Как следует из ч. 3 ст. 225.1 АПК РФ, требование о подписании арбитражного соглашения обществом не применяется к корпоративным спорам, вытекающим из договора продажи акций и долей в уставном капитале ООО<sup>119</sup>, а также из деятельности реестродержателей<sup>120</sup>.

В споре *Груцак С.В. против Федерна Инвестментс Лимитед* о расторжении договора продажи доли в уставном капитале ООО и ее возврате продавцу арбитражные суды признали свою компетенцию на рассмотрение спора, указав на отсутствие подписи самого ООО под третейской оговоркой, включенной в содержание указанного договора<sup>121</sup>. С 1 сентября 2016 г. законодательство прямо освобождает указанные споры от требования подписания арбитражного соглашения самим юридическим лицом. Даже если юридическое лицо не является стороной спора, он может быть передан на разрешение в арбитраж.

<sup>116</sup> См. выше, разд. 1.

<sup>117</sup> *Siegel v. Ribak*, 43 Misc.2d 7, 13, 249 N.Y.S.2d 903, 909 (Sup.Ct. 1968).

<sup>118</sup> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 16 февраля 2011 г. по делу № А56-79407/2009.

<sup>119</sup> Пункт 2 ч. 1 ст. 225.1 АПК РФ.

<sup>120</sup> Пункт 6 ч. 1 ст. 225.1 АПК РФ.

<sup>121</sup> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 12 апреля 2012 г. по делу № А33-14556/2011.

В корпоративных судебных спорах, в которых общество выступает ответчиком, судьба арбитража, а также будущего решения может зависеть от того, заявит ли оно возражение об отсутствии компетенции суда в связи с арбитражным соглашением. Если общество бездействует до первого заявления по существу спора, суд, у которого не возникнет оснований, чтобы оставить иск без рассмотрения, продолжит процесс<sup>122</sup> и может принять решение по существу спора, которое может коллизировать с принятым арбитражным решением. В любом случае рассмотрение судом возражения по компетенции не блокирует третейское разбирательство<sup>123</sup>.

В Германии типовая арбитражная оговорка<sup>124</sup>, рекомендуемая *DIS* для включения в устав в целях передачи корпоративных споров в арбитраж согласно ДПАКС *DIS*<sup>125</sup>, прямо устанавливает обязанность общества заявлять возражения в связи с арбитражным соглашением по любым искам, предъявленным к нему в государственном суде и касающихся споров, к которым применяется арбитражное соглашение. В результате обеспечивается фактическое исполнение арбитражного соглашения на уровне общества.

## 5. Правила арбитража корпоративных споров

### 5.1. Содержание правил арбитража корпоративных споров

В-четвертых, корпоративные споры могут рассматриваться постоянно действующим

арбитражным учреждением, которое утвердило, разместило и депонировало<sup>126</sup> правила арбитража корпоративных споров<sup>127</sup>.

Правила арбитража корпоративных споров должны предусматривать:

1) обязанность арбитражного учреждения уведомить юридическое лицо, в отношении которого возник корпоративный спор, о поданном исковом заявлении и направить копию искового заявления такому юридическому лицу<sup>128</sup>;

2) обязанность арбитражного учреждения размещать на своем сайте в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» информацию о подаче искового заявления<sup>129</sup>;

3) обязанность юридического лица уведомить о подаче искового заявления с приложением его копии:

- (i) всех его участников;
- (ii) (при наличии) реестродержателя; и (или)
- (iii) депозитария<sup>130</sup>.

Срок исполнения каждой из трех вышеуказанных обязанностей по предоставлению информации не превышает трех дней со дня получения искового заявления<sup>131</sup>;

4) право каждого участника юридического лица присоединиться к арбитражу на любом его этапе путем направления заявления арбитражному учреждению при условии, что:

- (i) он становится участником (стороной) арбитража с даты получения арбитражным учреждением такого заявления (даты присоединения к арбитражу); и

<sup>122</sup> Часть 1 ст. 8 Федерального закона об арбитраже, п. 1 ст. 8 Закона о МКА, п. 6 ч. 1 ст. 148 АПК РФ, ст. 222 ГПК РФ.

<sup>123</sup> Часть 2 ст. 8 Федерального закона об арбитраже, п. 2 ст. 8 Закона о МКА.

<sup>124</sup> См. перевод на русский язык типовой арбитражной оговорки со ссылкой на ДПАКС *DIS*, подготовленный автором, который публикуется в настоящем номере «Вестника международного коммерческого арбитража» (с. 52).

<sup>125</sup> См. ниже, сн. 137.

<sup>126</sup> Положение о депонировании правил постоянно действующего арбитражного учреждения (утв. Постановлением № 577) (далее – Положение о депонировании).

<sup>127</sup> Части 3 и 4 ст. 225.1 АПК РФ, ч. 7 ст. 45 Федерального закона об арбитраже.

<sup>128</sup> Пункт 1 ч. 8 ст. 45 Федерального закона об арбитраже.

<sup>129</sup> Пункт 2 ч. 8 ст. 45 Федерального закона об арбитраже.

<sup>130</sup> Пункт 3 ч. 8 ст. 45 Федерального закона об арбитраже.

<sup>131</sup> Пункты 1–3 ч. 8 ст. 45 Федерального закона об арбитраже.

(ii) принимает арбитраж в том состоянии, в котором он находится на такой момент, не имея права выдвигать возражения и оспаривать процессуальные действия, имевшие место до момента, когда он стал участником арбитража (в том числе заявлять отвод арбитрам по основаниям, в связи с которыми им заявлялся отвод до присоединения указанного участника к арбитражу)<sup>132</sup>;

5) обязанность арбитражного учреждения извещать всех присоединившихся к арбитражу участников о движении дела (если только участник прямо не отказался в письменной форме от получения такой информации) путем направления им копий:

(i) заявлений сторон в письменной форме;

(ii) уведомлений третейского суда;

(iii) постановлений третейского суда;

(iv) решений третейского суда;

(v) (если третейский суд полагает необходимым — для принятия решения этими участниками или защиты их прав и законных интересов) любой иной корреспонденции по делу<sup>133</sup>;

б) допустимость отказа от иска, признания иска и заключения мирового соглашения без необходимости получения согласия всех присоединившихся участников, за исключением случая:

(i) если участник направит возражение в письменной форме в течение 30 дней после получения извещения в письменной форме от арбитражного учреждения об одном из указанных действий; и

(ii) третейский суд установит охраняемый законом интерес такого участника в продолжении арбитража<sup>134</sup>.

Условия правил арбитража корпоративных споров конкретного арбитражно-

го учреждения должны соответствовать вышеизложенным императивным нормам<sup>135</sup>, а если противоречат им, то являются ничтожными, что является основанием для отмены арбитражных решений, принятых в соответствии с такими правилами, или отказа в их принудительном исполнении в случае, если проведение арбитража по ничтожным правилам привело к возникновению оснований для отмены арбитражного решения, предусмотренных процессуальным законодательством РФ<sup>136</sup>.

В качестве модельного акта для вышеизложенной части 8 ст. 45 Федерального закона об арбитраже использованы ДПАКС *DIS*<sup>137</sup>.

Прежде чем начать их краткий сравнительный обзор, будет полезно ознакомиться с двумя постановлениями Федерального суда Германии об арбитрабельности<sup>138</sup> споров о признании недействительными решений общих собраний участников ООО, послуживших катализаторами разработки и утверждения ДПАКС *DIS*, а также связанными с ними вопросами о сфере и дополнительном характере их применения.

<sup>135</sup> Статья 422 ГК РФ.

<sup>136</sup> Часть 9 ст. 45 Федерального закона об арбитраже.

<sup>137</sup> См. подготовленный автором перевод ДПАКС *DIS* на русский язык, публикуемый в настоящем номере «Вестника международного коммерческого арбитража» (с. 51–56).

<sup>138</sup> Общий обзор по арбитрабельности корпоративных споров в Германии см.: *Hetzner A.* Опыт *DIS* в разрешении корпоративных споров (презентация на Международной конференции ПАА «Будущее арбитража в России» (Москва, 24 апреля 2014 г.)) (<http://www.slideshare.net/Arbitrationday/file1-36161285>); *Duve Chr., Wimalasena Ph.* Part IV. Selected Areas and Issues of Arbitration in Germany, Arbitration of Corporate Law Disputes in Germany // Arbitration in Germany: The Model Law in Practice / К.-Н. Böckstiegel, St.M. Kröll, P. Nacimiento (eds.). 2<sup>nd</sup> ed. Kluwer Law International, 2015. P. 927–961; *Schmidt-Ahrens N., Covi A.* Arbitrability of Corporate Law Disputes: A German Perspective // Вестник МКА. 2014. № 1. С. 110–133.

<sup>132</sup> Пункт 4 ч. 8 ст. 45 Федерального закона об арбитраже.

<sup>133</sup> Пункт 5 ч. 8 ст. 45 Федерального закона об арбитраже.

<sup>134</sup> Пункт 6 ч. 8 ст. 45 Федерального закона об арбитраже.

## 5.2. Постановления Федерального суда Германии об арбитрабельности корпоративных споров

### 5.2.1. Постановление об арбитрабельности Федерального суда ФРГ от 29 марта 1996 г. № II ZR 124/95

В германском праве Постановление Федерального суда ФРГ от 29 марта 1996 г. № II ZR 124/95<sup>139</sup> (далее – Постановление об арбитрабельности № I) признают исторической вехой в признании арбитрабельности споров об обжаловании решений участников ООО. Оно четко отсеяло аргументы, которые ранее приводились против их арбитрабельности, а также обозначило проблемные вопросы, которые необходимо положительно решить.

Постановление об арбитрабельности № I принято по спору, возникшему между участниками семейного ООО, доли в котором принадлежали двум братьям, трем сестрам, фонду и частично после смерти одного из участников также находились в общей собственности наследников. Один из братьев-участников, который совмещал должности управляющего директора ООО и фонда, а также доверительного управляющего наследственной массой, большинством голосов принял решение участников ООО о назначении директоров и создании административного совета. Решение не устроило другого брата, который обжаловал его в суде. Общество-ответчик, контролируемое первым братом, возражало против рассмотрения спора в суде со ссылкой на арбитражную оговорку в уставе, в которой споры участников между собой и споры между обществом и участниками, включая возражения против решений участников, должны были рассматриваться арбитражем из трех арбитров (ad hoc).

Суд первой инстанции признал себя компетентным рассматривать спор. Апел-

ляционный суд поддержал довод ответчика (ООО) об арбитражном соглашении и отказался рассматривать иск. Постановлением об арбитрабельности № I Федеральный суд Германии отменил постановление апелляционного суда и признал действительным решение суда первой инстанции.

Федеральный суд согласился со многими выводами апелляционного суда, признав, что передаче спора в арбитраж не препятствует исключительная подсудность согласно § 246 (предложение первое абз. 3) Акционерного закона<sup>140</sup>: указанное положение распределяет компетенцию между самими судами, но никак не запрещает передавать спор на рассмотрение в арбитраж<sup>141</sup>. Ввиду множества успешно разрешаемых третейскими судами установительных исков не препятствует арбитражу и специальный правообразующий эффект судебного решения по спору о признании решения участников недействительным<sup>142</sup>, равно как и особое значение дела в контексте защиты миноритарных участников<sup>143</sup>.

Для определения арбитрабельности также не имеет значения, могут ли стороны заключить мировое соглашение по вопросу действительности решения участников.

<sup>140</sup> Предложение первое абз. 3 § 246 Акционерного закона Германии от 6 сентября 1965 г. (с изм от 10 мая 2016 г.) (Aktiengesetz vom 06.09.1965 (zuletzt geändert am 10.05.2016) (<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/aktg/gesamt.pdf>)):

«Иск [о признании недействительным решения общего собрания акционеров общества. – Р.К.] может быть предъявлен исключительно в земельный суд, в округе которого расположено место нахождения общества.»

Данная норма применяется в порядке аналогии закона к спорам с участием ООО (см., например: Постановление Федерального суда ФРГ от 20 января 1986 г. № II ZR 73/85 (BGH, 20.1.1986 – II ZR 73/85, NJW 1986, 2051, 2052)).

<sup>141</sup> Пункт 1 разд. II Постановления об арбитрабельности № I.

<sup>142</sup> Пункт 2 разд. II Постановления об арбитрабельности № I.

<sup>143</sup> Пункт 3 разд. II Постановления об арбитрабельности № I.

<sup>139</sup> BGH, 29.3.1996 – II ZR 124/95, DNotZ 1996, 694.



Объективная арбитрабельность отсутствует лишь тогда, когда государство зарезервировало за собой монополию на разрешение спора в суде, поскольку заинтересовано в особой защите правовых благ, распоряжаться которыми частным лицам запрещено (например, в спорах об установлении отцовства и разводе). Такой интерес государства отсутствует в случае оспаривания решений участников корпораций<sup>144</sup>.

Включение арбитражного соглашения в устав по решению всех участников является важным условием арбитрабельности подобных споров, но суд усомнился в том, что одного этого достаточно.

Так, признание решения участников недействительным направлено против всех участников и органов общества. В судебном процессе норма об исключительной подсудности спора содействует сосредоточению в одном месте исков всех участников, недовольных корпоративным решением. В третейском разбирательстве отсутствуют схожие нормы, которые препятствовали бы конкуренции исков разных участников и принятию арбитражами взаимоисключающих решений по одному и тому же предмету спора<sup>145</sup>.

В отсутствие положений, сопоставимых с правилом § 248 Акционерного закона<sup>146</sup> о распространении действия решения правоприменительного органа на всех участников общества независимо от их фактического участия в процессе (эффект *inter omnes* («для всех»)), остается также неясным, каким образом арбитражное решение порождает правовые последствия для участников, не участвовавших в третейском разбирательстве, принимая во внимание общее правило о том, что арбитражное решение является обязательным только для его сторон (эф-

фект *inter partes* («между сторонами»)). Наконец, если несколько лиц на стороне истца или ответчика не могут договориться об арбитраже, неясно, каким образом их можно понудить к избранию общего арбитра.

Принимая Постановление об арбитрабельности № I в 1996 г. и зная о том, что разрабатывается законопроект об арбитраже, Федеральный суд Германии адресовал перечисленные вопросы законодателю, признав себя некомпетентным в рамках развития права восполнять серьезные пробелы законодательства<sup>147</sup>. В свою очередь, германский законодатель воздержался от решения вопроса арбитрабельности указанных споров, заметив, что вопрос о применении арбитражного решения к третьим лицам, не участвовавшим в арбитраже, «ввиду фактической и правовой многоплановости должен в дальнейшем разрешаться судебной практикой с учетом фактических обстоятельств конкретного спора»<sup>148</sup>. Таким образом, 13 лет спустя Федеральный суд Германии вновь вернулся к этому вопросу, который успешно разрешил в нижеизложенном деле.

### 5.2.2. Постановление об арбитрабельности № II

Постановление Федерального суда Германии от 6 апреля 2009 г. № II ZR 255/08<sup>149</sup>

<sup>144</sup> Пункт 4 разд. II Постановления об арбитрабельности № I.

<sup>145</sup> Подпункт а) п. 6 разд. II Постановления об арбитрабельности № I.

<sup>146</sup> См. ниже, сн. 188.

<sup>147</sup> Подпункт б) п. 6 разд. II Постановления об арбитрабельности № I.

<sup>148</sup> Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts vom 12.7.1996 (BT-Drucks. 13-5274) (<http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/13/052/1305274.pdf>). S. 35.

<sup>149</sup> BGH, 06.04.2009 – II ZR 255/08, DNotZ 2009, 938 (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=cf0e972c9c4700549e4ed41724805f18&nr=47949&pos=0&anz=1>).

В российской юридической литературе Постановление об арбитрабельности № II комментировали, в частности, А.В. Асосков и Е.А. Куделич (см.: Асосков А.В. Указ. соч.; Куделич Е.А. Арбитрабельность: в поисках баланса между частной автономией и публичным порядком // Закон. 2014. № 4. С. 94–111).

(далее – Постановление об арбитрабельности № II) установило минимальные условия, при соблюдении которых спор о признании недействительным решения участников ООО может быть передан на разрешение в третейский суд.

В 1989 г. два германских гражданина (с долями по 50%) создали ООО, в устав которого внесли арбитражную оговорку, согласно которой споры между обществом и участниками, а также споры между участниками должны передаваться на разрешение суда *ad hoc* (в части, не урегулированной арбитражной оговоркой, применяются положения ГГПУ о третейском разбирательстве). После смерти одного из учредителей его доля по наследству перешла к вдове и сыну (по 25%), которые после длительных разногласий с оставшимся учредителем исключили последнего из ООО решением собрания участников ООО.

Исключенный участник обратился в суд с иском о признании решения недействительным. Ответчики ходатайствовали об оставлении иска без рассмотрения, сославшись на арбитражную оговорку в уставе. Суд первой инстанции в Кёльне отклонил иск. Апелляционный суд отменил решение постановлением, обжалованным ответчиком (ООО).

По результатам рассмотрения жалобы Федеральный суд принял Постановление об арбитрабельности № II, в котором установил четыре минимальных требования, которые позволяют передавать в арбитраж спор о признании недействительным решения участников ООО:

1) арбитражное соглашение может быть включено в устав только с согласия всех участников общества. В качестве альтернативы допускается арбитражное соглашение вне устава, при условии что оно заключено всеми участниками и самим обществом;

2) каждому участнику общества, а также органам общества должна быть предоставлена информация о начале и ходе арби-

тражного разбирательства и таким образом обеспечена возможность присоединиться к разбирательству по меньшей мере в статусе третьего лица;

3) все участники общества должны участвовать в избрании и назначении арбитров, если только арбитр не назначается нейтральным органом. В случае если в качестве стороны процесса одновременно участвуют несколько участников, назначение арбитра может осуществляться решением большинства;

4) наконец, должно быть обеспечено, чтобы все споры о признании недействительным одного и того же решения участников общества были объединены («сконцентрированы») в одном арбитраже<sup>150</sup>.

В случае несоблюдения одного из условий арбитражное решение признается недействительным процессуальным соглашением, как недобровольное («противоречащее добрым нравам»), на основании § 138 (абз. 1) ГГУ<sup>151</sup>, который в целях защиты основ правопорядка, включающих принцип правового государства, противодействует злоупотреблению свободой договора<sup>152</sup>.

Закрепленный в Основном законе ФРГ принцип правового государства предоставляет гарантию эффективной защиты прав также в сфере гражданско-правовых споров, с тем чтобы арбитражное соглашение не использовалось в пользу только одной стороны и в ущерб интересам остальных участников, которые могут быть затронуты арбитражным решением, либо фактически лишало бы их защиты нарушенных прав<sup>153</sup>.

В итоге Федеральный суд Германии отклонил жалобу ООО и, подробно проанализировав арбитражную оговорку, признал ее ничтожной, поскольку она не соответ-

<sup>150</sup> Абзац 20 Постановления об арбитрабельности № II.

<sup>151</sup> Абзац 1 § 138 ГГУ: «Сделка, противоречащая добрым нравам, недействительна».

<sup>152</sup> См. абз. 17 Постановления об арбитрабельности № II.

<sup>153</sup> См. абз. 17, 18 Постановления об арбитрабельности № II.

ствовала трем последним из четырех вышеуказанных критериев и не обеспечивала уровень защиты, сопоставимый с судебной защитой на основании Акционерного закона Германии<sup>154</sup>.

### 5.2.3. Сфера применения

За исключением небольшой группы неарбитрабельных корпоративных споров, а также двух категорий споров, которые могут рассматриваться на основании правил арбитража постоянного арбитражного учреждения (споров по продаже долей и споров с регистратором), в силу указания ч. 8 ст. 45 Федерального закона об арбитраже российские правила корпоративного арбитража применяются к большинству корпоративных споров.

Сфера применения ДПАКС *DIS* определена значительно уже. Большая часть корпоративных споров, признанных арбитрабельными, рассматривается в Германии по общим арбитражным регламентам *DIS*, МТП<sup>155</sup>, других арбитражных учреждений (в основном при 80 региональных ТПП<sup>156</sup>,

многие из которых применяют Арбитражный регламент *DIS* 1998 г.), а также в порядке *ad hoc*, без необходимости избыточного регулирования ДПАКС *DIS*. По состоянию на 2 мая 2016 г. в *DIS* рассмотрено 24 корпоративных споров по ДПАКС *DIS*.

Как указывает автор ДПАКС *DIS*, адвокат К. Боррис<sup>157</sup>, ДПАКС *DIS* применяются к:

(i) спорам о действительности, признании недействительными оспоримых или ничтожных решений общего собрания участников ООО, а также решений иных органов управления ООО, предусмотренных уставом ООО или назначенных в ООО (например, наблюдательного совета)<sup>158</sup>;

(ii) иском о ликвидации ООО<sup>159</sup>;

(iii) иском о признании недействительной регистрации ООО, устав которого не содержит сведений о размере уставного капитала или предмете деятельности (Nichtigkeitsklagen)<sup>160</sup>;

(iv) (дискуссионно) спорам о (возмездном и безвозмездном) переходе доли участника к ООО, включая случаи исключения участника<sup>161</sup>;

(v) иском о признании недействительными решений органов хозяйственных товариществ (на основании учредительного договора)<sup>162</sup>.

К спорам с участием публичных и непубличных АО ДПАКС *DIS* не применяются, в том числе в связи с ограничением

<sup>154</sup> В отсутствие специальных положений Закона ФРГ об обществах с ограниченной ответственностью нормы Акционерного закона Германии применяются по аналогии к ООО, в частности к спорам о признании недействительными решений общего собрания участников ООО.

<sup>155</sup> Международная торговая палата (International Chamber of Commerce (ICC)) (далее – МТП).

<sup>156</sup> Объединенных в головную организацию – *DIHK* (Deutsche Industrie- und Handelskammertag) (<http://www.dihk.de/en>), которая, в свою очередь, является членом *DIS* (зарегистрированной некоммерческой организации) и у которой нет своего арбитражного суда, как, например, в случае МКАС и МАК при ТПП РФ.

Некоторые региональные ТПП утвердили собственные арбитражные регламенты (например, в Гамбурге), в связи с чем в деле *Айслэнд Сифуд эхф против ЗАО «Атлант-Пасифик»* российские арбитражные суды допустили явную ошибку, отказав признать действительным соглашение об арбитраже в действующем арбитражном учреждении – Арбитражном суде Торговой палаты г. Гамбурга (см.: ФАС Московского округа от 31 июля 2014 г. № Ф05-8718/2014 по делу № А41-7313/14).

<sup>157</sup> *Borris Chr.* Die „Ergänzenden Regeln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten“ der DIS („DIS-ERGE“)// *Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ)*. 2009. Heft 6. S. 299, 305.

<sup>158</sup> См. примечание к § 2 ДПАКС *DIS*.

<sup>159</sup> § 61 Закона ФРГ об обществах с ограниченной ответственностью (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) (<http://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/>).

<sup>160</sup> § 75 Закона ФРГ об обществах с ограниченной ответственностью.

<sup>161</sup> § 34 Закона ФРГ об обществах с ограниченной ответственностью.

<sup>162</sup> См. примечание к ДПАКС *DIS*.

внесения в устав АО изменений, прямо не допускаемых Акционерным законом<sup>163</sup>, и отсутствием положительной<sup>164</sup> судебной практики по вопросу, могут ли корпоративные споры с участием непубличных АО быть переданы на разрешение в арбитраж.

Сфера применения ДПАКС *DIS* может быть расширена за счет любых корпоративных споров между обществом и участниками и споров между участниками (например, если соответствующая формулировка внесена в устав).

В рамках обсуждения реформы арбитражного законодательства ФРГ в германской юридической литературе допускается возможность внесения ДПАКС *DIS* в качестве дополнительных норм в кн. 10 ГГПУ («Третейское разбирательство»). Практическая польза подобных дополнений усматривается в том, чтобы открыть большие возможности для арбитража *ad hoc*, а также «оживить» арбитражные оговорки, переставшие быть исполнимыми после принятия Постановления об арбитрабельности № II. Вместе с тем из-за специфически узкой сферы применения ДПАКС *DIS*, ограниченной вышеперечисленными спорами, им пока не рекомендуют придавать нормативный характер, по-

скольку в результате может быть причинен ущерб известной удобочитаемости компактного германского законодательства об арбитраже<sup>165</sup>.

#### 5.2.4. Дополнительный характер правил ДПАКС *DIS*

ДПАКС *DIS* не является исчерпывающим арбитражным регламентом: они применяются дополнительно к Арбитражному регламенту *DIS* 1998 г.<sup>166</sup> Арбитражная оговорка должна включать ссылку на оба регламента: Арбитражный регламент *DIS* 1998 г. и ДПАКС *DIS*. Отсутствие ссылок влечет признание арбитражной оговорки неисполнимой и может привести к отмене решения. Но в практике *DIS* встречаются случаи, когда истец, невзирая на патологическую арбитражную оговорку, сознательно продолжает арбитражный спор.

### 5.3. Сравнение содержания правил арбитража корпоративных споров ч. 8 ст. 45 Федерального закона об арбитраже и ДПАКС *DIS*

#### 5.3.1. Обязанности по предоставлению информации

Арбитражное соглашение не может ставить участников юридического лица в положение, менее благоприятное, чем то, в котором бы они оказались в его отсутствие, т.е. если бы иск был предъявлен в государственный арбитражный суд. Поэтому первые три обязанности о предоставлении информации, установленные в п. 1–3 ч. 8 ст. 45 Федерального закона об арбитраже, во многом, хотя и не полностью, совпадают с обязанностями арбитраж-

<sup>163</sup> Абзац 5 § 23 Акционерного закона Германии: «Устав [АО. – Р.К.] может устанавливать положения, отличные от положений настоящего Закона, только в случаях, прямо предусмотренных настоящим Законом. Внесение в устав дополнительных положений допускается, если только настоящий Закон уже не содержит исчерпывающего регулирования.»

<sup>164</sup> Так, в одном споре акционер потребовал в суде признать недействительным решение собрания акционеров в части утверждения годовых отчетов. Суд отклонил возражения ответчика-АО, сославшегося на арбитражную оговорку в уставе, указав на невозможность для сторон заключить мировое соглашение по предмету спора и подведомственность судам иска об оспаривании решения акционеров (Постановление Федерального суда Германии от 4 июля 1951 г. № II ZR 117/50 (BGH, 04.07.1951 – II ZR 117/50, MDR 1951, 674); см. также: Постановление Федерального суда Германии от 11 июля 1966 г. № II ZR 134/65 (BGH, 11.07.1966 – II ZR 134/65, NJW 1966, 2055)).

<sup>165</sup> Wolff R. Empfiehlt sich eine Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts? // Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ). 2016. Heft 6. S. 300.

<sup>166</sup> Положение об арбитражном суде *DIS* 1998 г., Арбитражный регламент *DIS* 1998 г. (действителен с 1 июля 1998 г.) (<http://www.dis-arb.de/de/16/regeln/dis-Положение-об-арбитражном-суде-98-id12>).

ного суда и общества, установленными в ст. 225.4 АПК РФ в отношении корпоративных споров.

Каждый участник общества должен быть проинформирован о возбужденном арбитражном разбирательстве, чтобы иметь возможность вступить в дело. Этот принцип имеет особое значение для корпоративных третейских споров, принимая во внимание конфиденциальность арбитражного разбирательства и окончательный характер арбитражного решения, независимо от того, участвовал ли фактически участник общества в разрешении спора (эффект *inter omnes*).

ДПАКС *DIS* обязывают истца и ответчика указать в иске и отзыве на иск, кроме самого общества, всех участников с адресами и потребовать от секретариата арбитражного учреждения разослать копии этих документов всем участникам<sup>167</sup>.

За исключением предусмотренного в ГК РФ уведомления по трем категориям корпоративных споров<sup>168</sup>, российский Федеральный закон об арбитраже (как и АПК РФ) не возлагает на стороны арбитража обязанности раскрывать в процессуальных документах состав участников общества. В действительности они могут и не знать, кто вместе с ними участвует в уставном капитале общества. Так, например, в АО указанная информация может быть доступна лишь внешнему реестродержателю. Поэтому арбитражное учреждение направляет иск юридическому лицу, которое на основании информации, зафиксированной в списке участников ООО или полученной по запросу из реестра акционеров, организует пересылку их копий остальным участникам.

Далее, арбитражное учреждение обязано разместить информацию о поданном иске на своем сайте в Интернете. В изъятие из правила о конфиденциальности

арбитража<sup>169</sup> данная норма дополнительно гарантирует, что все заинтересованные в разбирательстве лица своевременно будут проинформированы о споре и смогут решить, вступать ли в дело. Данная форма извещения имеет особое значение для информационного обеспечения иногородних и особенно иностранных участников.

Установлены трехдневные сроки для исполнения арбитражным учреждением обязанностей по пересылке иска и онлайн-публикации, как и для обязанности юридического лица разослать копию иска остальным участникам. Короткие сроки установлены для обеспечения базовых принципов арбитража: равного отношения ко всем участникам арбитража (включая всех участников корпорации) и предоставления каждому из них возможности представить свою позицию в деле<sup>170</sup>, нарушение которых может привести к отмене арбитражного решения.

В случае своевременного уведомления каждый участник корпорации сможет участвовать в согласовании кандидатуры арбитра на соответствующей стороне (если такая процедура согласована)<sup>171</sup>. Обычно сторонам дается ограниченный срок (например, по 30 дней), в течение которого соистцы должны определиться с кандидатурой арбитра, провести собеседование, согласовать кандидата и т.д. Хотя арбитра обязан проявлять независимость и беспристрастность ко всем сторонам, в практике право назначить своего арбитра продолжает играть большую роль. Присоединение на раннем этапе позволит новым участникам более эффективно защищать свои права в арбитраже.

Все уведомления осуществляются на согласованном языке арбитражного разбирательства.

<sup>167</sup> § 2.2, 3.2 ДПАКС *DIS*.

<sup>168</sup> См. ниже, п. 5.3.2.

<sup>169</sup> Статья 21 Федерального закона об арбитраже.

<sup>170</sup> Статья 18 Закона о МКА, ст. 18 Федерального закона об арбитраже.

<sup>171</sup> См. ниже, разд. 6.

Установив обязанность юридического лица уведомить участников о корпоративном споре, законодательство об арбитраже и хозяйственных обществах специально не определяет порядок направления таких уведомлений. Во внутренних третейских спорах применяется общее правило об уведомлении путем заказного письма с извещением о вручении<sup>172</sup>, в международном арбитраже — путем заказного письма<sup>173</sup>. Допускаются и другие способы, предусматривающие фиксацию попытки доставки указанных документов и материалов.

Во избежание споров в уставной арбитражной оговорке рекомендуется прямо перечислить все возможные быстрые методы такой доставки, включая направление заказного письма с уведомлением о вручении или доставку экспресс-почтой известного оператора (*DHL*, *PONY* и т.д.), особенно если речь не идет о компаниях с большим числом участников.

### 5.3.2. Предварительное уведомление о корпоративном споре

Дела по корпоративным спорам освобождены от требования обязательного досудебного урегулирования, которое введено с 1 июня 2016 г. и согласно которому истец может передать дело в арбитражный суд по истечении 30 календарных дней со дня направления претензии (требования)<sup>174</sup>. При возникновении обычного корпоративного спора в арбитраже истец также не несет такой обязанности.

Тем не менее ГК РФ предусматривает обязательное извещение участников корпорации самим участником в некоторых экстраординарных случаях корпоративных споров:

(i) о признании недействительным решения собрания участников;

(ii) о возмещении убытков, причиненных корпорации;

(iii) о признании сделки корпорации недействительной или применении последствий недействительности сделки.

В частности, лицо, оспаривающее решение собрания, должно заблаговременно уведомить участников соответствующего гражданско-правового сообщества о намерении обратиться с таким иском в суд и предоставить им иную информацию, имеющую отношение к делу. В силу п. 6 ст. 181.4 ГК РФ участники гражданско-правового сообщества, не присоединившиеся к такому иску в порядке, установленном процессуальным законодательством, в том числе имеющие иные основания для оспаривания данного решения, в последующем не вправе обращаться в суд с требованиями об оспаривании данного решения (эффект *inter omnes*), если только суд не признает причины этого обращения уважительными.

Кроме того, согласно п. 2 ст. 65.2 ГК РФ участник корпорации или корпорация, требующие возмещения причиненных корпорации убытков (ст. 53.1 ГК РФ) либо признания сделки корпорации недействительной или применения последствий недействительности сделки, должны принять разумные меры по заблаговременному уведомлению других участников корпорации о намерении обратиться с такими требованиями в суд, а также предоставить им иную информацию, имеющую отношение к делу.

Как отметил Пленум ВС РФ, по смыслу этой нормы учредительными документами не может быть предусмотрен такой порядок уведомления, который создаст *существенные* препятствия для обращения истца в суд, в частности возложит на участника чрезмерные расходы<sup>175</sup>.

<sup>172</sup> Часть 2 ст. 3 Федерального закона об арбитраже.

<sup>173</sup> Пункт 1 ст. 3 Закона о МКА.

<sup>174</sup> Часть 5 ст. 4 АПК РФ.

<sup>175</sup> Предложение первое абзаца третьего п. 33 постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

В качестве примера «*существенного препятствия*» приводится требование направлять уведомления акционерам публичного акционерного общества (ПАО) на их почтовые адреса<sup>176</sup>. Впрочем, отмечается также, что в ПАО указанные уведомления направляются через само общество, которое, в свою очередь, использует способы уведомления, применяемые для направления информации акционерам и раскрытия информации в соответствии с законодательством о рынке ценных бумаг<sup>177</sup>.

Вышеизложенные правовые положения должны приниматься во внимание, особенно при структурировании арбитражных соглашений в уставах корпораций со значительным количеством участников. Поскольку участник обязан направить уведомления всем участникам, их самостоятельная рассылка может серьезно осложнить подачу иска. По умолчанию в случае арбитражного соглашения применяются способы доставки, определенные в Федеральном законе об арбитраже и Законе о МКА.

Применяются сокращенные сроки исковой давности, которые для заявления о признании недействительным решения собрания акционеров составляют три месяца<sup>178</sup>, решения участников ООО — два месяца<sup>179</sup>, а по требованию о признании оспоримой сделки недействительной и применении последствий ее недействительности — один год<sup>180</sup>.

Действовать нужно оперативно, поскольку для приостановления давности в связи с предъявлением иска (ст. 204 ГК РФ) по-

требуется не только подать исковое заявление, но и произвести целый ряд действий: оплатить регистрационный сбор, (если предусмотрен арбитражным регламентом) аванс на покрытие дополнительных расходов, а также представить доказательства уведомления других участников.

*5.3.3. Процессуальные права участников ДПАК DIS* по-разному определяют объем прав участника, вступившего в дело, в зависимости от того, сделал ли он это своевременно или с опозданием<sup>181</sup>.

Процедура, предусмотренная российским законодательством, не устанавливает временных рамок для присоединения. Каждый участник юридического лица теоретически может вступить в процесс в любой момент, пока не вынесено арбитражное решение, чему корреспондирует обязанность арбитров присоединить нового участника к спору.

Практически же, поскольку процедура арбитража обычно связана с процессуальным (предварительным) графиком арбитража<sup>182</sup> (procedural timetable<sup>183</sup>, provisional timetable for arbitration<sup>184</sup>), который также используется в ведущих российских арбитражах<sup>185</sup> и согласуется участниками и ар-

ской Федерации» ([http://www.vsrif.ru/Show\\_pdf.php?id=10121](http://www.vsrif.ru/Show_pdf.php?id=10121)) (далее – Постановление № 25).

<sup>176</sup> Предложение второе абзаца третьего п. 33 Постановления № 25.

<sup>177</sup> Предложение первое абзаца четвертого п. 33 Постановления № 25.

<sup>178</sup> Абзац второй п. 7 ст. 49 Федерального закона об АО.

<sup>179</sup> Пункт 4 ст. 43 Федерального закона об ООО.

<sup>180</sup> Пункт 2 ст. 181 ГК РФ.

<sup>181</sup> Пункты 4.1, 4.2 ДПАК DIS.

<sup>182</sup> См.: Зыкин И.С. К вопросу о повышении оперативности арбитражных разбирательств // Liber amicorum в честь 50-летия А.Н. Жильцова. Трансграничный торговый оборот и право. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 77–90.

<sup>183</sup> Статья 24(2) Арбитражного регламента МТП 2012 г. (<http://base.garant.ru/2571573/>).

<sup>184</sup> Статья 13.2 Арбитражного регламента ГМАЦ 2013 г. (2013 Administered Arbitration Rules ([http://hkiac.net/sites/default/files/ck\\_filebrowser/PDF/arbitration/2013\\_hkiac\\_rules%28ru%29.pdf](http://hkiac.net/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2013_hkiac_rules%28ru%29.pdf))), ст. 23 Арбитражного регламента ТПС 2010 г. ([http://sccinstitute.com/media/40121/arbitrationrules\\_ru\\_webbversion.pdf](http://sccinstitute.com/media/40121/arbitrationrules_ru_webbversion.pdf)).

<sup>185</sup> Например, в МКАС при ТПП РФ (§ 29 Регламента МКАС при ТПП РФ (утв. Приказом ТПП РФ от 18 октября 2005 г. № 76, с изм. и доп., внесенными Приказом ТПП РФ от 23 июня 2010 г. № 28 и Приказом

битрами в начале процесса, новому участнику, вступающему в процесс на условиях *as it is*, будет достаточно сложно без риска дополнительных процессуальных расходов представить возражения на иск или его дополнительное обоснование на этапе, когда устное разбирательство завершено, стороны обосновали расходы представителей и т.д. Поэтому по возможности вступать в дело рекомендуется на самой ранней стадии после получения уведомления.

Так же как и запоздавший с присоединением германский участник, новичок в российском арбитраже присоединяется к спору, если принимает арбитраж в том состоянии, в котором тот находится на дату присоединения (*as it is*). Вступивший в дело участник не имеет права выдвигать возражения и оспаривать процессуальные действия, имевшие место до указанного момента, в том числе повторно заявлять отвод арбитрам по аналогичным, уже рассмотренным основаниям. Со своей стороны арбитраж не вправе отклонить заявление нового участника о присоединении к процессу: в противном случае арбитражное решение станет неисполнимым.

Федеральный закон об арбитраже признает всех участников корпоративного спора в принципе равноправными. Участники юридического лица могут выступать либо на стороне истца, либо на стороне ответчика. Правила арбитража корпоративных споров российского арбитражного учреждения могут дополнительно предусмотреть возможность для заинтересованных участников выступать в качестве третьих лиц. Например, по искам о признании решения собрания участников юридического лица недействительным ответчиком выступает само юридическое лицо, в то время как участники, голосовавшие за принятие решения, могут вступить в дело в качестве

третьих лиц без самостоятельных требований на стороне ответчика<sup>186</sup>.

ДПАКС *DIS* прямо допускает присоединение участников к процессу не только в качестве сторон, но также и в статусе третьих лиц без самостоятельных требований (*Beigeladene, Nebenintervient*). Необходимость участия в статусе третьего лица может быть продиктована спецификой спора. В частности, в германском праве по искам о признании недействительными решений органов управления и о ликвидации ООО<sup>187</sup> общество также выступает единственным ответчиком, а присоединение дополнительных лиц в качестве соответчиков исключено. ДПАКС *DIS* не устанавливает требований к содержанию заявления заинтересованного лица о присоединении к процессу. По умолчанию такое лицо присоединяется в статусе стороны, а не третьего лица.

Как показывает практика *DIS* по 24 делам, рассмотренным по состоянию на 2 мая 2016 г. по ДПАКС *DIS*, ни один из участников не присоединился к этим спорам в качестве третьего лица. До сих пор участники корпоративных споров, рассмотренных по ДПАКС *DIS*, действовали или как истцы, или как ответчики. Поэтому указанное различие пока не получило какого-либо практического развития.

Также следует учитывать, что в качестве «заинтересованных лиц», участвующих в корпоративных спорах, ДПАКС *DIS* рассматривают только участников (граждан и юридических лиц) и само общество. Физические лица — члены органов управления (правления или наблюдательного совета) не участвуют в арбитраже по ДПАКС *DIS*. С учетом того, что решение суда о признании решения собрания участников имеет обязательную силу как для участников, так и для исполнительных

ТПП РФ от 8 ноября 2013 г. № 78) (<https://mkas.tpprf.ru/ru/reglamentmkas.php>)).

<sup>186</sup> Пункт 118 Постановления № 25.

<sup>187</sup> Абзац 2 § 61 Закона ФРГ об ООО.



органов и членов наблюдательного совета<sup>188</sup>, в германской юридической литературе раздаются голоса, поддерживающие привлечение данных лиц также в арбитражные корпоративные споры<sup>189</sup>. Хотя в 2016 г. *DIS* энергично взялась за пересмотр несколько устаревшего Арбитражного регламента 1998 г., проект которого, возможно, будет представлен в 2017 г., внесение изменений в недавно (в 2009 г.) утвержденные ДПАКС *DIS*, по оценке Секретариата *DIS*, представляется маловероятным.

Бездействие участника, проинформированного о корпоративном споре, приравнивается к отказу присоединиться к арбитражу. Пассивный участник более не информируется о дальнейшем ходе дела, поскольку Федеральный закон об арбитраже устанавливает обязанность арбитражного учреждения извещать лишь вступивших в дело участников. Из соображений процессуальной экономии пассивному участнику общества не направляются копии постановлений арбитража и заявлений сторон. Как и третье лицо, бездействующий участник не несет процессуальных расходов. Но без заявления о присоединении к спору участник будет лишен возможно-

сти как-то повлиять на конечный результат его рассмотрения, в том числе путем возражений на отказ от иска, признание иска или предложенное мировое соглашение.

В отличие от ДПАКС *DIS*, в положениях, установленных Федеральным законом об арбитраже и обязательных для включения в правила арбитража корпоративных споров, отсутствуют правила о назначении арбитров, параллельных спорах и арбитражных расходах. Если последовательно принять ДПАКС *DIS* за образец, данные правила необходимо будет предусмотреть в ходе разработки арбитражных регламентов, а также типовых арбитражных соглашений по корпоративным спорам.

## 6. Назначение арбитров в арбитраже корпоративных споров

В обычном двустороннем арбитраже каждая из сторон, как правило, назначает по одному арбитру, а те договариваются о назначении третьего арбитра (председателя арбитража)<sup>190</sup>. В договор может быть включена типовая арбитражная оговорка, которую измотанные переговорами контрагенты лишь дополняют указанием на количество арбитров, место и язык арбитража.

В корпоративных спорах подобный подход может дать сбой. Спор даже из самого простого, двустороннего СП может затронуть как минимум интересы трех разных лиц: двух участников и самого общества-СП. Частью единой сделки по продаже акций часто выступает гарантия бенефициара одной из сторон. Как следствие, в споре вновь участвуют три лица. Правило о назначении арбитра каждой стороной процесса, пригодное для билатерального арбитража, не работает. По иронии судьбы истец, подавший иск из-за неспособности

<sup>188</sup> Абзац 1 § 248 Акционерного закона Германии: «Если решение [общего собрания акционеров общества. – *Р.К.*] признано недействительным на основании вступившего в силу решения суда, решение суда действует в пользу и против акционеров, а также исполнительных органов (правления) и членов наблюдательного совета, даже если они не являются сторонами в споре. Исполнительные органы должны немедленно представить решение суда в торговый реестр. Если решение [общего собрания акционеров. – *Р.К.*] было зарегистрировано в торговом реестре, то и решение суда должно быть зарегистрировано. Информация о зарегистрированном решении суда должна быть опубликована в порядке, установленном для публикации зарегистрированных решений общего собрания акционеров.». Данная норма применяется в порядке аналогии закона к спорам с участием ООО.

<sup>189</sup> Hase K. von. Schiedsgerichtsbarkeit im Gesellschaftsrecht: Optimierungsspielräume für die DIS-ERGeS // Betriebs-Berater (BB). 2011. Heft 33. S. 1996, 1999.

<sup>190</sup> Часть 2 ст. 10, п. 1 ч. 3 ст. 11 Федерального закона об арбитраже, п. 2 ст. 10, подп. 1 п. 3 ст. 11 Закона о МКА в новой редакции (утв. в п. 8 ст. 2 Федерального закона № 409-ФЗ).

разрешить конфликт с партнером по вопросу, требующему единогласия (например, реорганизовать общество), опирается в другой дефолт — невозможность назначить арбитров в связи с непроработанным арбитражным соглашением.

В практике потенциальные участники корпоративного спора специально определяют порядок назначения арбитров в арбитражной оговорке или путем отсылки к арбитражному регламенту. При выборе арбитражного учреждения для рассмотрения корпоративного спора следует ознакомиться с его правилами арбитража, поскольку некоторые арбитражные учреждения могут ограничивать усмотрение сторон по этому вопросу и предлагать только назначение арбитров самим учреждением, которое изначально не всех может устраивать. Другие учреждения (например, МКАС при ТПП РФ, ГМАЦ, DIS, МТП) предусматривают в своих регламентах каждый из этих способов либо полностью признают автономию воли сторон.

Существуют два основных способа назначения арбитров, которыми пользуются участники корпоративного или другого мультилатерального арбитража.

*Первый способ* получил распространение благодаря известному спору *Дутко Консорциум Констракшин Компани Лтд. против (i) БКМИ Индустрианлаген ГмбХ и (ii) Сименс*<sup>191</sup>. В 1986 г. дубайская компания «Дутко» подала в Арбитраж МТП иск о возмещении убытков к двум германским партнерам по строительному консорциуму. Германские ответчики возразили против совместного рассмотрения арбитражем в одном деле различных требований истца к каждому из них. Они ссылались на нарушение права каждого из ответчиков самостоятельно назначить своего бокового арбитра.

Коллегия арбитров отклонила возражения и потребовала от них совместного назначения арбитра. Ответчики хотя и назначили совместного арбитра, но вовремя оговорили за собой право оспорить арбитражное решение. В частичном арбитражном решении о компетенции от 19 мая 1987 г. арбитраж МТП признал правомерным совместное назначение арбитра ответчиками, которые совместными конклюдентными действиями по исполнению договора договорились о консолидированном арбитраже. Формулировку Арбитражного регламента МТП о том, что каждая сторона может назначить своего арбитра, в многостороннем арбитражном процессе следует толковать таким образом, что несколько лиц, действующих в качестве истцов или в качестве ответчиков, следует рассматривать как одну сторону.

Германские ответчики оспорили данное решение, сославшись на незаконное формирование арбитража и нарушение публичного порядка. Объединение не связанных друг с другом требований истца к обоим ответчикам в одном деле было необоснованным, поскольку не допускалось ни регламентом, ни арбитражным соглашением, ни общими принципами консолидации дел. Кроме того, ответчиков неправомерно лишили права назначить своего арбитра.

Решением от 5 мая 1989 г. Апелляционный суд Парижа отклонил жалобу ответчиков и указал, что с учетом обстоятельств дела, когда при заключении одного договора три участника консорциума могли заранее предвидеть возможность возникновения общего спора, с необходимостью можно заключить об их совместном волеизъявлении на рассмотрение всех споров по договору в одном арбитраже. Заключив арбитражное соглашение, стороны также обязались назначить единого арбитра на стороне ответчика. Суд не увидел нарушений согласованной арбитражной процедуры или публичного порядка в назначении совместного арбитра.

<sup>191</sup> *Sociétés BKMI et Siemens c/ Société Dutco*, Cass. 1<sup>er</sup> civ., 7 janvier 1992, pourvoi n<sup>o</sup> 89-18.708 89-18.726, Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 2, p. 2, Rev. arb. 1992, n<sup>o</sup> 3, p. 470.

Постановлением от 7 января 1992 г. Кассационный суд Франции удовлетворил их жалобу и отменил решение Апелляционного суда Парижа от 5 мая 1989 г. В обоснование Суд сослался на то, что принцип равенства сторон при назначении арбитра является частью публичного порядка, от которого они могут отказаться только после возникновения спора.

Решения арбитража МТП и обоих инстанций французских судов по делу *Дутко* («юриспруденция Дутко») получили широкий резонанс в международном арбитражном сообществе<sup>192</sup>, в том числе в контексте принципа равенства сторон и обеспечения права на справедливое разбирательство согласно ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.)<sup>193</sup>, а также были восприняты многими арбитражными регламентами<sup>194</sup>, включая ст. 10(1) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ<sup>195</sup>, а также Регламент МКАС при ТПП РФ и ДПАКС *DIS*.

Например, § 17 (абзац первый п. 8) Регламента МКАС при ТПП РФ устанавливает, что если формируется арбитраж в со-

ставе трех арбитров, то при наличии двух или более истцов или ответчиков как истцы, так и ответчики избирают по одному арбитру и по одному запасному арбитру.

Далее, согласно п. 8.2 ДПАКС *DIS* в течение 30 дней после получения иска ответчиком и всеми заинтересованными лицами или, если допускается присоединение заинтересованного лица, в течение 30 дней после его присоединения каждая из сторон и третье лицо на стороне истца и ответчика должна избрать по одному арбитру и уведомить об этом Секретариат *DIS*.

В изъятие правила Арбитражного регламента *DIS* (п. 6.2(5)) о том, что в случае арбитража из трех арбитров истец назначает арбитра в иске, в иске по корпоративному спору истец только предлагает *DIS* своего кандидата на должность арбитра. Поскольку на этот момент еще неизвестно, присоединятся ли к нему другие участники общества, п. 8.2 ДПАКС *DIS* устанавливает 30-дневный срок для согласования арбитра соистцами либо в их отсутствие единоличного выбора истцом.

В практике данная формула также активно используется в арбитражных оговорках, вносимых в уставы, корпоративные договоры и договоры о продаже бизнеса. Ее преимуществом перед вторым, указанным ниже способом является то, что все участники арбитража сохраняют ограниченный контроль за выбором арбитра, даже если реализуют право не по единоличному усмотрению, а вынуждены согласовывать выбор с соистцами или соответчиками.

*Второй способ* связан с назначением арбитров самим арбитражным учреждением (в лице секретариата), судом или иным нейтральным лицом. Он также часто используется при назначении единственного арбитра. Хотя в практике такой порядок может быть более быстрым, стороны могут подвергнуться риску назначения случайного арбитра, нежелательного для обеих сто-

<sup>192</sup> Например, в п. 2 гл. С разд. IV Промежуточного отчета о публичном порядке как препятствии для принудительного исполнения международных арбитражных решений (утв. на конференции АМП в Лондоне в 2000 г.) (2000 ILA London Conference Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards (<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>), Р. 26) Постановление Кассационного суда Франции от 7 января 1992 г. по делу *Дутко* приводится в качестве примера отмены арбитражного решения вследствие нарушения процессуального принципа равенства сторон при назначении арбитров и одновременно нарушения (французского) международного публичного порядка.

<sup>193</sup> [http://www.echr.coe.int/documents/convention\\_rus.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/convention_rus.pdf)

<sup>194</sup> Например, ст. 10 Арбитражного регламента МТП 2012 г., ст. 8.1 Регламента ЛМТС 2014 г., ст. 8.2(a) Арбитражного регламента ГМАЦ 2013 г.

<sup>195</sup> <https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-r.pdf>

рон. Часто такое назначение используется в качестве запасного варианта, особенно по спорам об обжаловании решений участников, когда участникам арбитража не удается выбрать согласованного арбитра.

К такому же результату ведет неспособность согласовать арбитра одной из сторон, даже если участники (участник) на другой стороне смогли согласовать единого кандидата. В этой ситуации равенство сторон при назначении арбитра может быть нарушено недобросовестным предъявлением истцом иска к нескольким ответчикам исключительно с целью осложнить назначение ими арбитра. Более справедливым решением в такой ситуации видится назначение всех арбитров секретариатом.

Так, п. 8.3 того же § 8 ДПАКС *DIS* продолжает, что, если несколько лиц на стороне истца или ответчика не могут договориться об арбитра в срок, установленный в п. 8.2 (30 дней), два арбитра назначаются комитетом по назначению по ходатайству истца, ответчика или третьего лица в соответствии с п. 2 § 13 Арбитражного регламента *DIS*. Аналогичное правило предусмотрено для назначения единственного арбитра в п. 7.3 ДПАКС *DIS*.

Положение германских правил арбитража корпоративных споров учитывает § 1034 (абз. 2) ГГПУ, согласно которому, если арбитражное соглашение дает стороне при формировании состава арбитража преимущество, которое наносит ущерб противной стороне, эта сторона может ходатайствовать в суде о назначении арбитра или арбитров в отступление от произведенного назначения или от предусмотренного соглашением порядка назначения. Ходатайство должно быть заявлено до истечения двух недель с момента, когда указанной стороне стал известен состав арбитража. При этом рассмотрение ходатайства судом не препятствует продолжению арбитраж-

ного разбирательства и вынесению арбитражного решения.

Но и в последней ситуации суд тем не менее может оставить в силе принятое решение и отказать в признании нарушения принципа равенства сторон при назначении арбитра. В одном корпоративном споре товарищ, вышедший из консультационной компании аудиторов и адвокатов (действовавшей на основании договора простого товарищества<sup>196</sup>), потребовал предоставить бухгалтерскую отчетность, на основании которой хотел рассчитать стоимость доли в имуществе. Руководствуясь арбитражной оговоркой в договоре товарищества, арбитраж вынес частичное решение, обязывающее оставшихся партнеров предоставить информацию.

Суд, в котором они просили отменить арбитражное решение, отклонил их заявление и отметил, что, хотя право на назначение своего арбитра и является основным правом в арбитраже, в данном случае отсутствуют конфликт интересов и спор о назначении единого арбитра между оставшимися тремя партнерами, в отличие от Постановления Кассационного суда Франции от 7 января 1992 г. по спору *Дутко*, в котором арбитраж объединил различные требования по договору консорциума и на обстоятельства которого германский суд обратил специальное внимание. Составляя арбитражную оговорку, профессиональные консультанты, включая юристов, абсолютно точно были осведомлены

---

<sup>196</sup> Буквально – «товарищество гражданского права» (*Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR)*), поскольку действует на основании договора простого товарищества, регулируемого в ГГУ (разд. 16 (§ 705–740)). Германская судебная практика признает самостоятельную процессуальную правоспособность такого объединения лиц (см., например: Постановление Федерального суда Германии от 29 января 2001 г. № II ZR/331-00 (BGH, 29.01.2001 – II ZR/331-00, NJW 2001, 1056 (<https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/BRZIPR/urt/zpo/zpo22.pdf>)).

о последствиях ее внесения в договор и желали их наступления. Наконец, стороны пропустили установленный в § 1034 (абз. 2) ГППУ двухнедельный срок для заявления о назначении арбитра судом, если полагают, что арбитражное соглашение давало истцу несоразмерные преимущества<sup>197</sup>.

Согласно § 17 (абзац второй п. 8) Регламента МКАС при ТПП РФ при недостижении соглашения между истцами или ответчиками арбитр или запасной арбитр назначаются Президиумом МКАС при ТПП РФ. При этом Президиум МКАС при ТПП РФ вправе осуществить назначение арбитра также и за другую сторону.

Другими словами, положение Регламента МКАС при ТПП РФ допускает усмотрение Президиума МКАС при ТПП РФ в вопросе назначения арбитра, если участники или участник на другой стороне согласовали единого кандидата. Такой подход вполне допускает назначение Президиумом МКАС при ТПП РФ одного бокового арбитра, по которому первая группа соистцов или соответчиков не смогла договориться. Хотя такой подход и более гибкий, как указано выше, он сопряжен с риском признания нарушения равенства сторон при формировании арбитража. Из опубликованной арбитражной практики нам неизвестно о применении § 17 (абзаца второго п. 8) Регламента МКАС при ТПП РФ.

## 7. Объединение параллельных арбитражных споров в одном сводном деле

Одним из условий арбитрабельности споров по оспариванию решений участников ООО в Германии стало обязательное объединение параллельных арбитраж-

ных споров, которые связаны с одним и тем же предметом спора и могут быть разрешены только единообразно в отношении всех участников и общества.

Цель правила — процессуальная экономия и предотвращение риска противоречивых решений по нескольким аналогичным делам. Дополнительно в арбитраже обеспечивается тот уровень защиты, который при рассмотрении аналогичных судебных споров гарантируется объединением тождественных дел на основании нормы об исключительной подсудности спора земельному суду по месту нахождения общества<sup>198</sup>.

Во исполнение этого условия ДПАКС *DIS* установили в п. 9.2 § 9 правило о приоритете арбитражного дела, иск по которому получен Секретариатом *DIS* ранее остальных («последующих арбитражных разбирательств») и с которым арбитражное учреждение обязано объединить все последующие разбирательства, которые запрещены и подлежат прекращению.

В целях более точного определения времени поступления иска допускается дополнительная пересылка иска по электронной почте или факсу<sup>199</sup>. Хотя решение о приоритете арбитражного спора принимается Секретариатом *DIS* по своему усмотрению, в случае сомнений он предварительно запросит позицию сторон<sup>200</sup>.

Если иск в последующем арбитражном разбирательстве предъявлен в течение 30 дней после получения искового заявления по первому спору, он признается заявлением о присоединении к первому спору<sup>201</sup>. Истец в последующем арбитражном разбирательстве автоматически становится соист-

<sup>197</sup> Решение Высшего земельного суда Франкфурта-на-Майне от 24 ноября 2005 г. № 26 Sch 13/05 (OLG Frankfurt, 24.11.2005 – 26 Sch 13/05, SchiedsVZ 2006, 219).

<sup>198</sup> Предложение первое абз. 3 § 246 Акционерного закона Германии (см. выше, сн. 140).

<sup>199</sup> Предложение второе п. 9.3 § 9 ДПАКС *DIS*.

<sup>200</sup> Предложение четвертое п. 9.3 § 9 ДПАКС *DIS*.

<sup>201</sup> Предложение первое п. 9.4 § 9 ДПАКС *DIS*.

цом в ранее начатом споре<sup>202</sup>, и в частности приобретает право участвовать в согласовании арбитра на стороне истцов<sup>203</sup> или отозвать свой иск. Его возражения против присоединения к ранее начатому спору не препятствуют прекращению последующего арбитражного разбирательства<sup>204</sup> и вынесению обязательного для него решения по первому спору. Если он передумает и подаст заявление о присоединении по истечении 30-дневного срока, он присоединится к ранее начатому спору в качестве третьего лица<sup>205</sup>.

## 8. Когда можно заключить соглашение об арбитраже корпоративных споров?

Федеральный закон № 409-ФЗ установлен в ч. 7 ст. 13, что арбитражные соглашения по корпоративным спорам могут быть заключены не ранее 1 февраля 2017 г. Заключенные ранее этой даты арбитражные соглашения считаются неисполнимыми.

До 1 февраля 2017 г. постоянные арбитражные учреждения, которые намерены рассматривать корпоративные споры, также должны в специальном порядке утвердить, разместить и депонировать<sup>206</sup> правила арбитража корпоративных споров<sup>207</sup>, которые станут составной частью арбитражного соглашения.

Арбитражные оговорки в уставах и других корпоративных документах российских юридических лиц будут обязательно применяться в связке с правилами арбитража

корпоративных споров, на которые они будут ссылаться. Даже если арбитражные оговорки будут очень подробно структурировать различные аспекты корпоративного арбитража, они не смогут восполнить недостаток правил корпоративного арбитража, без ссылки на которые останутся неисполнимыми.

Например, в Германии суды при рассмотрении заявлений об отмене арбитражных решений, в том числе решений о компетенции, проверяют, соответствуют ли арбитражные оговорки в уставах и арбитражные регламенты, на которые они ссылаются, минимальным требованиям, установленным в Постановлении об арбитрабельности № II. В отличие от России здесь допускается также проведение корпоративного арбитража на основании одного арбитражного соглашения, без ссылки на регламент. В случае несоответствия арбитражная оговорка признается недействительной и арбитражное решение отменяется<sup>208</sup>.

Российским контрагентам рекомендуется осознанно подойти к вопросу выбора между судебным и арбитражным способами разрешения споров. До решения этого вопроса и подготовки арбитражного соглашения необходимо ознакомиться с правилами арбитража корпоративных споров арбитражного учреждения, которое представляется наиболее предпочтительным.

Для текущих бизнес-транзакций иногда предлагается рассмотреть возможность применения условия, согласно которому арбитражная оговорка вступает в силу с 1 февраля 2017 г. Свобода договора вполне допускает процессуальные соглашения, срок заключения и срок действия которых определены по-разному, тем более учиты-

<sup>202</sup> Предложение второе п. 9.4 § 9 ДПАК *DIS*.

<sup>203</sup> Предложение третье п. 9.3 § 9 ДПАК *DIS*.

<sup>204</sup> Предложения шестое и седьмое п. 9.4 § 9 ДПАК *DIS*.

<sup>205</sup> Предложение восьмое п. 9.4 § 9, предложение второе п. 4.3 § 4 ДПАК *DIS*.

<sup>206</sup> Правила считаются депонированными со дня принятия Минюстом России решения о депонировании правил (п. 8 Положения о депонировании).

<sup>207</sup> Часть 7 ст. 45 Федерального закона об арбитраже.

<sup>208</sup> См., например, решение Верховного земельного суда Франкфурта-на-Майне от 9 сентября 2010 г. № 26 SchN 04/10 (OLG Frankfurt, 09.09.2010 – 26 SchN 04/10, SchiedsVZ 2010, 334).

вая автономность арбитражного соглашения<sup>209</sup>. Но текст ч. 7 ст. 13 Федерального закона № 409-ФЗ отсылает именно к дате заключения арбитражного соглашения (п. 1 ст. 425 ГК РФ), а не к дате вступления в силу, которая может не совпадать с первой датой, из чего можно заключить, что при буквальном толковании нормы подобное арбитражное соглашение также может быть признано неисполнимым.

Возможно, более корректным решением было бы установить процессуальное соглашение, в котором стороны обязуются передавать в арбитражный суд корпоративные споры, возникшие до заключения будущего арбитражного соглашения, а также одновременно обязуются не позднее 1 февраля 2017 г. заключить соглашение о передаче корпоративных споров в арбитраж (с обязательным указанием на правила арбитража корпоративных споров конкретного арбитражного учреждения). Такая комбинация соглашения о подсудности и предварительного договора в части обязательства заключить арбитражное соглашение представляется вполне допустимой. Но и она дополнительно предполагает заключение отдельного (основного) арбитражного соглашения, пусть и без нервозности, связанной с повторным переговорным процессом, поскольку условия основного арбитражного соглашения уже согласованы.

Что делать со «старыми» арбитражными соглашениями, заключенными участниками и внесенными в уставы или корпоративные договоры до 1 февраля 2017 г.?

Наиболее эффективной мерой было бы перезаключить арбитражное соглашение или изложить в новой редакции корпоративный документ (устав, соглашение участников и др.), включающий арбитражную

оговорку. Неисполнимая арбитражная оговорка не создает требуемого организующего эффекта на нарушителя: подписавшие ее лица, скорее всего, будут ее игнорировать. Если это сделать, то, когда спор все-таки возникнет, можно будет сэкономить время и усилия, необходимые для обоснования компетенции арбитража, и сконцентрировать всю энергию на существовании спора.

Что делать, если другие участники отказываются перезаключать арбитражное соглашение?

Для начала необходимо проверить, содержат ли устав или договор условие, обязывающее восполнить недостатки арбитражного соглашения, возникшие вследствие изменения законодательства (так называемую сальваторскую оговорку (*severability clause*)), и заключить его в новой, исполнимой редакции.

В отсутствие договорного обязательства можно обратить внимание на введенные в законодательство обязанности участника корпорации участвовать в принятии решений, без которых корпорация не может продолжать свою деятельность в соответствии с законом, если его участие необходимо для принятия таких решений<sup>210</sup>.

Патологическая арбитражная оговорка в уставе препятствует законной деятельности не только потому, что сама по себе противоречит новому законодательству об арбитраже, но и потому, что создает неоправданные реальные риски при защите корпоративных прав участников и общества, в том числе риски недобросовестных возражений об отсутствии компетенции арбитража со ссылкой на новые императивные условия арбитрабельности и одновременно об оставлении без рассмотрения иска в суде со ссылкой на арбитражную оговорку. Нарушаются конституционные гарантии защиты прав<sup>211</sup>.

<sup>209</sup> Предложение второе ч. 1 ст. 16 Федерального закона об арбитраже, предложение второе ч. 1 ст. 16 Закона о МКА.

<sup>210</sup> Абзац четвертый п. 4 ст. 65.2 ГК РФ.

<sup>211</sup> Часть 1 ст. 46 Конституции РФ.

В крайнем случае участник может потребовать исключения другого участника в суде с выплатой ему действительной стоимости его доли участия, например, если последний затрудняет деятельность общества, в том числе нарушая обязанности, предусмотренные законом или учредительными документами<sup>212</sup>. Но лучше попытаться убе-

дить участника добровольно перезаключить арбитражное соглашение. Даже если он нарушает обязанность, сам по себе спор не «оживит» арбитражную оговорку. Пока не заключено исполнимое арбитражное соглашение, все требования, включая требование его заключить, будет рассматривать государственный арбитражный суд.

---

<sup>212</sup> Пункт 1 ст. 67 ГК РФ.