

Крупные компании могут оказаться вовлеченными в трансграничные споры. Комплексные и долгосрочные сделки могут неоднократно пройти через multi-party disputes в процессе исполнения. Необходимо знать все о процедурах и решениях, которые необходимы для защиты компании в трансграничных спорах. Вы сможете не только правильно управлять процессом, но и повысить шансы компании на успех.

Текст: Евгений Ращевский, к. ю. н., партнер, руководитель практики международных судебных споров и арбитража АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»

Трансграничные споры. Этапы эффективного управления

При исполнении соглашения акционеров, владеющих крупными пакетами акций, спор может рассматриваться не как финал сотрудничества, а как возможность подвести черту и перейти на следующий уровень взаимодействия. Участники могут реализовать временное преимущество, возникшее в силу обстоятельств, через декларативное решение арбитража или заключить мировое соглашение. Мировое соглашение может изменить баланс интересов сторон в корпоративной сделке и перевести на следующий этап совместное

ведение бизнеса. По признанию Стивена Джагуша, современные сделки M&A дают достаточно пространства пересмотреть экономические параметры после того, как сделка заключена и обнаруживается действительное состояние дел (Alison Ross, «Cauldrons of mistrust», GAR, 26.05.2017).

Выбираем ключевой форум

Если у компании есть перспективы трансграничных споров либо она уже участвует в них, оцените, какой форум может оказаться ключевым. Важно определить, какой форум

будет главным для решающих выводов по спорным вопросам о фактах и материальном праве.

Целесообразность выбора форума. Своевременное и правильное определение ключевого форума влияет на решения по главным вопросам ведения проекта: бюджет, выбор консультантов, определение плана защиты, контратаку и т. д. Выбор форума, как правило, идет параллельно с определением того, какими должны быть иск и/или защита по основным вопросам права и фактов.

Вопрос о ключевом форуме лучше обдумать еще при подготовке документации по сделке, которая рассчитана на длительное исполнение. Это могут быть: соглашение о партнерстве, создание СП с иностранными партнерами, акционерное соглашение по управлению крупным бизнесом. В таких сделках сводятся интересы владельцев крупных пакетов акций, которые преследуют самостоятельные деловые цели.

Как отмечал Питер Сандерс, «принимая во внимание, что место арбитража имеет важные юридические последствия, стороны, по моему мнению, непосредственно заинтересованы в самостоятельном выборе его и в том, чтобы не оставлять это суду» (Pieter Sanders, «The Terms of Reference in ICC Arbitration», 2005, Liber Amicorum in honor of Robert Briner, p. 693). Это мудрое замечание в равной степени применимо к юрисдикционным оговоркам.

Какой форум должен быть ключевым. Как правило, если нет юрисдикционной оговорки либо есть

несколько конфликтующих между собой оговорок, таким форумом выступает судебное учреждение государства, в котором находится значительная часть доказательств и свидетелей, важных для исследования обстоятельств дела.

Или второй вариант — страна, в которой удобнее всего, исходя из процессуальных правил и правовой традиции, добиваться сбора и раскрытия релевантных доказательств, а также вызова и допроса свидетелей и экспертов.

В той же степени, что и судебный орган, претендовать на роль ключевого форума в комплексном споре может международный арбитражный трибунал, сформированный на основании арбитражной оговорки между основными участниками юридического конфликта.

Чтобы форум соответствовал ключевому в спорном правоотношении, он должен:

- позволять разрешить по существу иски, а также встречные иски, предметы и основания которых охватывают основные для сторон спорного правоотношения юридические вопросы;
- сформировать преюдицию в оценке как можно большего круга фактов и вопросов права для параллельных процессов в одной или нескольких юрисдикциях.

В отдельных случаях главным форумом может стать и уголовный процесс либо иное публично-правовое расследование. Например, антимонопольное разбирательство, где компетентные лица оценят факты и сделают юридические выводы относительно действий конкретных должностных лиц, ме-



ЕСТЬ РАЗНИЦА

Учитывайте, что порог доказывания, юридические «тесты», презумпции и т. п. в гражданско-правовых, уголовных или публично-правовых разбирательствах могут существенно различаться, тем более в разных странах.

неджмента компании и/или бенефициаров.

Собранные факты и выводы суда могут повлиять на оценку тех или иных сделок, корпоративных решений в параллельных гражданских процессах или арбитражах. Досудебное соглашение, содержащее признание вины или подтверждающее правонарушение при заключении контракта, который является частью «фактической матрицы» трансграничного спора, тоже может повлиять на результат параллельных процессов.

«Зонтичная» оговорка. Чтобы снизить риски растаскивания спорных вопросов сделок M&A по разным форумам, уменьшить риски затягивания процессов и конфликтующих судебных (арбитражных) решений, практика изобрела так называемые зонтичные арбитражные оговорки (umbrella arbitration agreements).

Это отдельный многостраничный документ, который прилагается к основной сделке и регулирует разрешение любых спорных ситуаций между всеми сторонами,

образуя сквозную арбитражную оговорку для взаимосвязанных сделок и бизнес-процессов по одному проекту.

«Зонтичная» оговорка может охватывать соглашение акционеров (основная сделка), личные поручительства реальных бенефициаров бизнеса (если сторонами по основной сделке выступают их SPV — компании), «пут» и «колл» опционы и т. д.

В «зонтичных» оговорках для корпоративных споров с участием российских компаний необходимо учитывать специальные правила рассмотрения таких споров в новейшем законодательстве об арбитраже (п. 7, 8 ст. 45 Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» от 29.12.2015 № 382-ФЗ).

Определяемся с материальным правом

Обдумывая выбор применимого материального права либо последствия выбора в конкретном процессе, четко представляйте себе того,

Дело West Tankers

Пример борьбы за ключевой форум — известный спор, возникший в связи с аварией нефтяного танкера Front Comog на Сицилии. Танкер компании West Tankers Inc («Вест Танкерс») был зафрахтован итальянской компанией Erg Petroli SpA («Эрг»). В Сицилии в августе 2000 года с грузом сырой неф-

ти танкер протаранил пирс нефтеналивного терминала. Чартер на танкер содержал оговорку о применении английского права и арбитраже в Лондоне. «Эрг» начал арбитраж в Лондоне против «Вест Танкерс» в связи с аварией (форум № 1). Параллельно страховые компании по суброгации обратились



кто будет применять эти нормы в конкретном деле.

Можно, например, выбрать английское право либо право какой-либо континентальной страны. Возможно, спор будет рассматриваться в арбитраже, где не все из трех арбитров могут быть английскими юристами. Судьи могут применить нормы в итоговом решении не так, как предполагали английские юристы при подготовке сделки с прицелом на мнение судьи английского коммерческого суда.

Учитывая вариативность, банки часто настаивают на асимметричных оговорках, которые дают возможность обратиться как в государственный суд (как правило, английский), так и в международный арбитраж.

При выборе английского материального права по сделке можно встретить арбитражные оговорки, в которых стороны заранее прописывают условие о выборе арбитров только из числа бывших английских судей или королевских адвокатов (в этом есть свои плюсы и минусы).

Родное право. Оцените, насколько пригодной для сделки является система права, в которой вы — квалифицированный специалист.

Рассматривайте возможность обратиться к праву третьей страны, только если: система родного права не содержит правил или институтов для полной реализации целей сделки либо другая сторона категорически и обоснованно возражает против выбора домашнего права одной из сторон.

Для российского юриста выбор применимого материального права к сделке начинается, как правило, с выбора между правом континентальным и англосаксонским.

Англосаксонское право. Часть англосаксонского права, *common law*, имеет мировую репутацию права для коммерсантов и торгового оборота.

Еще одно важное качество *common law* — предполагается, что в нем можно найти ответ на любые вопросы, даже те, которые ранее еще не возникали в судебной практике.

ПАРАЛЛЕЛЬНОСТЬ

При параллельных разбирательствах нужно быть готовым своевременно оспорить ненужную (конфликтующую) юрисдикцию, будь то государственный суд или арбитраж. Своевременно привлекайте специалистов по *lex fori* для консультации и поддержки по процессуальным вопросам.

в итальянский суд (форум № 2) с иском к «Вест Танкерс» по той же самой аварии. Поскольку арбитраж происходил в Лондоне, стороны могли обратиться к английскому суду за мерами в поддержку арбитража, чем и воспользовался «Вест Танкерс». По его ходатайству Высокий Суд Правосудия в Лондоне (форум

№ 3) вынес *antisuit injunction* — обеспечительные меры, запрещающие вести процесс против компании где-либо, кроме лондонского арбитража. В дальнейшем Суд Правосудия Евросоюза (форум № 4) признал меры английского суда против суда страны Евросоюза — Италии, нарушающими Регламент ЕС No.44/2001.

После отмены *antisuit injunction* оба процесса, в лондонском арбитраже и итальянском суде, продолжались параллельно. Страховщики в арбитраже не участвовали. Арбитры 12 ноября 2008 года приняли декларативное решение об отсутствии ответственности «Вест Танкерс» перед страховщиками за столкновение.

Другая часть, law of equity, признает и регулирует трасты, содержит различные способы защиты прав, эффективные в трансграничных спорах. Один из таких способов — судебные приказы о заморозке активов по всему миру (worldwide freezing order). Однако для внешнего, даже весьма образованного, пользователя выносить квалифицированное суждение по иностранному праву на перспективу, без помощи местного юридического консультанта, затруднительно и самонадеянно. Это прежде всего касается права страны из семьи common law, чьи нормы живут и развиваются в судебных прецедентах. Часть современного английского права также живет и развивается в непубличных арбитражных решениях.

Романо-германская система. Чтобы воспользоваться материальным правом стран романо-гер-

манской системы права (например, Франции, Швейцарии или Германии), необходимо предварительно подготовиться. До того как сформулировать конкретный вопрос иностранному юристу, ознакомьтесь с переводами основных гражданско-правовых кодифицированных актов и комментариев к ним. Это позволит лучше просчитать примерное юридическое развитие и квалификацию той или иной спорной ситуации. Конечно, всегда нужно принимать во внимание правоприменительную практику. Для этого необходимо обратиться к юристу, который практикует по выбираемому праву.

Выбираем юридического консультанта

В одной из работ по менеджменту юридических проектов отмечено: «Дела ведутся людьми, а проекты — управляются людьми» (Steven B.

Вариации на тему права

Риск вариативности толкования и применения норм права демонстрирует дело ПАО «Газпром» и «Нафтогаз» (спор по вопросу применения условия take or pay в договорах поставки газа). Спор рассматривал трибунал в составе: Tore Wiwen-Nilsson (Швеция, председательствующий арбитр), Jens Rostock-Jensen (Дания) и Johan Munck (Швеция). Решение не содержится в публичном доступе, но по комментариям в СМИ можно предположить, что в решении арбитраж не поддержал безого-

ворочное применение условия take or pay, хотя оно и было прописано в контракте (Naftogaz declares win against Gazprom, <http://globalarbitrationreview.com/article/1142219/naftogaz-declares-win-against-gazprom>). «Газпром» заявил, что решение будет обжаловано, поскольку «аргументация арбитров по многим вопросам промежуточного решения представляется недостаточной» (см.: «Газпром» не согласился с арбитрами. Спор с «Нафтогазом» Украины пошел по шведским инстанциям». Коммерсант.Ru от 03.07.2017).



Levy, «Legal Project Management», p. 101). Поэтому нужно помнить основной принцип: процессы ведут юридические фирмы, но успеха добиваются личности.

У каждого великого процесса, процессуальной атаки или защиты всегда есть автор — лицо, которое отвечало за выработку общей стратегии и ее реализацию. Как правило, это партнер/партнеры юридической фирмы либо начальник юридической службы клиента плюс (обязательно) — партнер юридической фирмы-консультанта.

Ответственный за стратегию также подбирает советников в конкретных юрисдикциях, интервьюирует экспертов и основных свидетелей, нанимает специалистов для сбора доказательств, формирует юридическую команду, соблюдает бюджет проекта. Последнее предполагает переговоры по гонорару с местными юридическими консультантами (включая *alternative fee arrangements* и привлечение финансирования от третьих лиц).

Юридический менеджер проекта должен глубоко знать основные факты и предысторию спора и постоянно быть в курсе развития ситуации. Как отмечается в литературе, «наиболее успешные менеджеры [юридических] проектов становятся журналистами, проводящими расследование (*investigative reporters*) по своему проекту» (Steven B. Levy, *Ibid*, p. 217).

Руководитель юридической команды должен хорошо ориентироваться в особенностях судопроизводства в разных юрисдикциях, принципах и особенностях работы современного международно-

го арбитража и основных игроках на этом рынке. Другими словами, он должен обладать широким юридическим кругозором в сфере разрешения споров.

Есть мнение, что фирма, которая сопровождала сделку, не должна вести спор по ней. Эта точка зрения остается мнением, но не догмой. На практике много случаев, когда фирма, которая готовила сделку, успешно проводила по ней споры (партнеры, которые вели сделку, даже иногда выступают свидетелями в арбитраже).

Есть и другие ситуации: после закрытия сделки выявляются явные недочеты или промахи, которыми может воспользоваться одна из сторон по сделке. Возникновение разногласий становится лишь вопросом времени.

Шансы появления разногласий увеличиваются, если сделка не до конца отражает суть экономических договоренностей сторон, в связи с чем одна из них считает себя ущемленной либо противоположная сторона хочет реализовать преимущество, которое дает неточность формулировок (иногда их оставляют неточности специально).

В таких ситуациях начальник юридического департамента должен заблаговременно получить альтернативное мнение независимого юридического советника по перспективам предстоящего спора. Составив это мнение с тем, которое высказала фирма, сопровождавшая сделку, можно принимать решение о дальнейшей стратегии и выборе юридического консультанта. ■

(Продолжение следует.)

СМЕНА ИГРОКОВ

«Если спор касается интерпретации контракта, который помогала готовить юридическая фирма, у клиента могут быть причины сомневаться в действительной объективности при оценке возможных исходов [спора]» (McIlwraith & Savage, «International arbitration and mediation. A practical guide». Wolters Kluwer, 2010, p.157).