

**I КОНФЕРЕНЦИЯ
МЕЖДУНАРОДНОЙ АССОЦИАЦИИ АДВОКАТСКИХ ОБЪЕДИНЕНИЙ
«СЛИЯНИЯ И ПОГЛОЩЕНИЯ В РОССИИ И СНГ»**

**Сессия 6
«СУДЕБНЫЕ СПОРЫ ПО СДЕЛКАМ СЛИЯНИЙ И ПОГЛОЩЕНИЙ»**

Модератор: Юрий Монастырский
(партнер «Монастырский, Зюба, Степанов и Партнеры», Россия)

19 ноября 2009 г.

**ОСПАРИВАНИЕ КОМПЕТЕНЦИИ ТРЕТЕЙСКИХ СУДОВ
УЧАСТНИКАМИ СДЕЛОК M&A В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

«Монастырский, Зюба, Степанов и Партнеры»

Юрий Монастырский

ВСТУПЛЕНИЕ

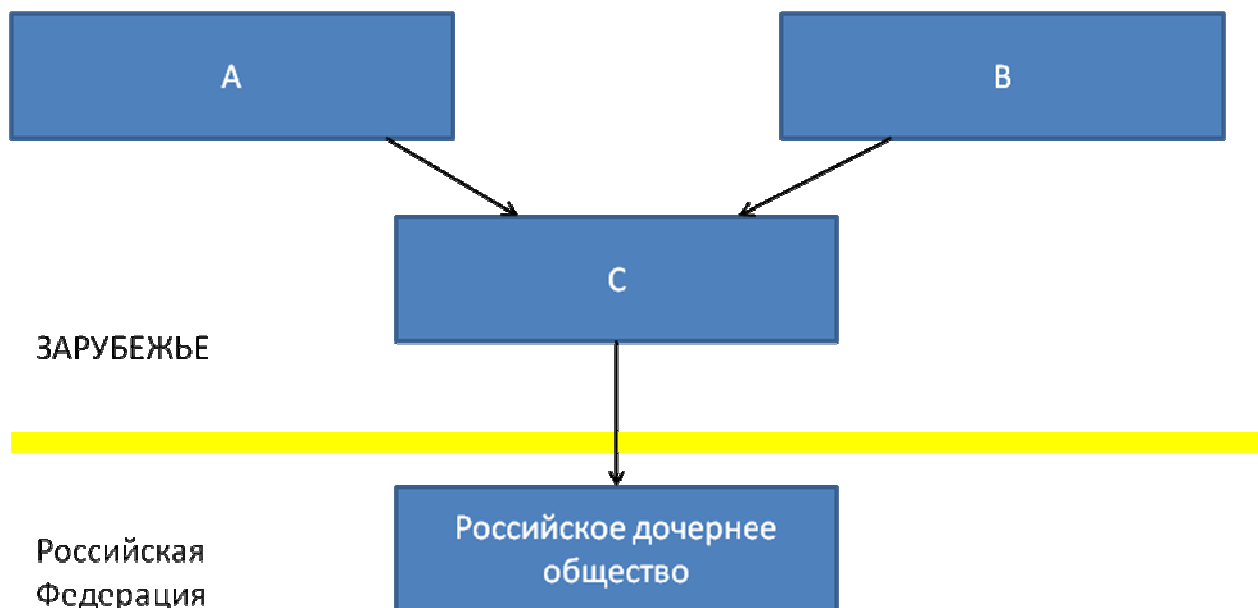
Дорогие участники конференции,

Сектор практики правового сопровождения приобретения бизнесов – наиболее доходная часть юридических услуг, представляющая особую важность для клиентов. Справедливо отмечается, что здесь сама высокая степень комплексности вопросов диктует использование гибких договорных конструкций, которые первыми были апробированы юристами, тесно соприкасающимися в своей профессиональной деятельности с представителями финансового мира Лондона, Нью-Йорка, Гонконга, Сингапура, консультантами из США и Великобритании, работающими по английскому праву и законодательству некоторых штатов США.

Наше отечественное право вроде было готово регулировать эти сложные операции по продаже материальных и интеллектуальных компонентов бизнеса – «предприятия». Однако данный объект гражданских прав за 15 лет оказался в совершенно мизерной степени востребованным, что общепризнанно. Согласно Концепции развития гражданского законодательства, предприятие как разновидность имущества более использоваться не будет. При этом включение в юридический словооборот «бизнеса», или (кому не нравится этот термин, который везде, кроме гражданского права, введён в употребление) «дела», того, что ранее называлось «хозяйством», было бы весьма полезным для нашей правовой системы и юриспруденции. Но этого пока нет, и указанная сфера отношений, имеющая экономический эффект в России, регулируется английским правом.

Справедливости ради нужно отметить, что совсем не только потому, что бизнес-структура как совокупность активов и организаций не рассматривается гражданским правом РФ в качестве целого, M&A операции обычно подчиняются английскому праву. Самостоятельное и важное значение здесь имеет оптимизация конструкций таким образом, чтобы переход права осуществлялся посредством передачи акций не российской, а оффшорных компаний по соображениям выгодных налоговых последствий и

сохранения коммерческой тайны. И пока употребление компаний из стран со льготным налогообложением позволяет, рациональных изменений в отношении этой модели не предвидится.



До настоящего времени М&А операции для российского права и науки являются чистой экзотикой, которая усиливается российским понятием «Слияния и Поглощения». Господа, прошу обратить внимание на союз «И» в этом термине «Слияния и Поглощения», как будто цель известной сделки - это либо одновременное слияние и поглощение, либо слияние, а затем поглощение. Разрешите обратить Ваше внимание, что ни первое, ни второе вообще невозможно. В российском праве это разновидность реорганизации юридических лиц с обоюдной либо односторонней утратой правосубъектности, причем это не гражданско-правовая сделка, а организационная процедура, такая, как создание юридического лица, либо его ликвидация.

Нетрудно увидеть, что если английский термин “merger & acquisition” подвергнуть смысловому переводу, то он будет звучать так: «присоединение и приобретение». “Merger” также имеет смысл преобразования, соединения, но в контексте употребления этого института лучше всего подходит «присоединение», а не «слияние». Звучит это необычно, зато правильно. Налицо терминологическая несуразность, и в российском и гражданском законодательстве вряд ли что-либо произойдет до того, как указанное наименование будет скорректировано, т.к. базовые понятия, вписанные в цивилистический контекст, - основа регулирования. Пока же М&А контракты в части обеспечения и использования юридической структуры находится в ведении нероссийских консультантов, больших английских и американских фирм и их заграничных офисов. Споры по таким сделкам передаются на разрешение тем иностранным третейским судам, которые имеют долгий, глубокий опыт работы с этими юридическими продуктами. Проверку правовой чистоты бизнеса (или “due diligence”) обычно совершают специалисты российского права, однако его регулятивное воздействие проявляется не только в процессе проверки активов, но и в употреблении норм, выражающих публичный (то есть общий) интерес, и не только правил конкурентного права, но и иных императивных норм. В некоторых разнообразных ситуациях защиту «общего блага» участники М&А могут эффективно осуществлять через оспаривание компетенции выбранных заграничных трибуналов в РФ, о чем я подробно стану говорить.

Сторона сделки при определенных условиях, будучи иностранным лицом, вправе заявить иск против контрагента (также нероссийской организации) в суд, если удастся показать, что, во-первых, он обладает достаточной юрисдикцией решить спор, и, во-вторых, что арбитражная оговорка не имеет деррогационного, исключаящего компетенцию судов, эффекта, возможность чего, как показывает общение, зачастую не анализируется.

КОМПЕТЕНЦИЯ РОССИЙСКИХ СУДОВ

Государственный суд, рассматривающий дела по правилам международной подсудности, записанным в АПК, принимает иски к иностранным ответчикам, если требование касается договора, исполняемого в РФ (пп.3 п.1 ст.247 АПК РФ). Мы утверждаем, что какова бы ни была организационная надстройка над российскими активами в виде последовательного держания акций российской дочерней компании, у которой они находятся на балансе, передача над ней контроля всегда означает исполнение договора на территории РФ.

Избрав для улаживания будущих споров заграничный арбитраж, стороны лишают отечественные суды контрольных функций, поскольку, согласно положениям международных конвенций, отмену арбитражных решений осуществляет лишь орган в месте проведения арбитражной процедуры. Вместе с тем, участникам настоящей сессии небезынтересно знать, что помимо отказа в признании и принудительном исполнении иностранных арбитражных решений по конкретным нематериальным основаниям на территории РФ, когда дело проиграно и шансы защитить свои права в России ограничены закрытым перечнем нарушений в процедуре разбирательства в арбитраже, а решение может быть исполнено в других странах, существуют иные средства правовой защиты, реализуемые путём подачи требования в российский государственный суд, где используются именно материальные, зависящие от правовой позиции доводы.

Следует иметь в виду, что в РФ суд, принявший к производству иск, скажем, о недействительности либо незаключенности основного договора, не вправе по собственной инициативе отправлять стороны в арбитраж, а должен при условии уведомления ответчика, при его участии и представлении доводов по существу уже не обращать внимания на арбитражную процедуру, которая может начаться позднее. Однако если она уже имеет место, то рассмотрение спора по тем же основаниям и предмету невозможно в силу ст. 148 ч.1 АПК РФ (*lis pendens*).

Однако, как мы знаем, в серьезных делах редко бывает, чтобы ответчик, которому более выгоден арбитраж, не воспользовался оговоркой и не заявил ходатайства об оставлении иска без рассмотрения по ст. 148 ч.6. Решая вопрос об удовлетворении этой просьбы ответчика, российский суд руководствуется не только АПК, но и Нью-Йоркской конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (1958 г.) и Европейской конвенцией о внешнеторговом арбитраже (г. Женева, 1961 г.), которые по-разному предписывают решать вопрос о том, должна ли арбитражная оговорка в конкретном случае приводить к отказу государственного суда от компетенции принимать конкретное дело к производству. Женевская конвенция применяется приоритетно перед Нью-Йоркской, но только тогда, когда начата процедура арбитража, спор возник из внешней торговли в широком смысле этого слова. Относится ли сделка М&А к внешней торговле? – вопрос, который российские суды пока не решали. Суд должен приостанавливать производство до вынесения постановления о собственной компетенции заграничным арбитражем, а если, тем не менее, у него будут существенные основания считать третейскую оговорку недействительной либо неисполнимой, то это, согласно пп. а,б п.2 ст. VI Женевской конвенции, ему надлежит решать по праву места

арбитража (*lex arbitri*). Промежуточное решение о собственной компетенции может создать *res judicata*, если трибуналом оперативно рассмотрены те же основания, заявленные в государственном суде.

Однако Женевская конвенция, так сузившая возможность оспаривания в суде арбитражной оговорки, не применяется не только в случае, когда не начата арбитражная процедура и спор возник не из внешней торговли, но и если стороны не из стран-участниц этой Конвенции. США, Китай, Индия, Бразилия, Великобритания, например, не являются её членами, и при участии в споре их организаций соответствующие нормы не должны действовать.

Нью-Йоркская конвенция является универсальной, и её подписало рекордное количество государств. Согласно регулированию, у суда больше возможностей прийти к выводу о необязательности арбитражной оговорки, т.к. она может, по мнению суда, оказаться недействительной, утратившей силу или неисполнимой, причем уяснение смысла этого положения должно происходить из совокупного анализа текстов на всех пяти языках ООН, согласно п.4 ст.33 Венской конвенции о праве международных договоров, а не только русского варианта. Очевидна разница в переводе на трёх главных языках, и в практическом плане она существенна, т.к., согласно иностранным версиям, вместо «утраты силы» предусматривается субъективная неисполнимость оговорки, неспособность её реализовать не в силу, скажем, несуществующего третейского суда, а в виду затруднения у сторон.

П. 3 статьи II Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений

«...если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.»

«...unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.»

«...à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée.»

Российский суд должен руководствоваться превалирующим на всех языках смыслом и учитывать эту субъективную невозможность.

В принципе, если установлено, что применяется не Женевская, а Нью-Йоркская конвенция, в иске, с которым может обратиться заинтересованная сторона, может быть реализовано требование о недействительности либо неисполнимости арбитражной оговорки. Однако такое средство правовой защиты нельзя признать оптимальным. Во-первых, при стандартной модели структурирования сделок, где продаются и покупаются акции иностранной компании посредством сделки между двумя нероссийскими организациями, суд может признать себя некомпетентным по причине недостаточности юрисдикции. Арбитражная оговорка не исполняется в России, и нет никакого элемента в отношениях сторон, привязывающего фактический состав к территории Российской Федерации. Во-вторых, вывод суда не создаст *res judicata* для иностранного арбитража, который может начать дело и вынести решение, исполнимое во всех странах-членах Нью-Йоркской конвенции, в то время как решение о противоречии российскому закону сделки М&А обязательно должно быть принято во внимание если не как *res judicata*, то как данные о необходимости включать в анализ императивные нормы российского права, примененные судом в РФ.

По нашему мнению, арбитры не должны неуважительно относиться к параллельным судебным процессам, ведущимся в другой юрисдикции, если у них нет деструктивного побуждения монополизировать функцию улаживания споров. Подписанные РФ международные договоры дают значительные преимущества и преференции арбитражу: несвязанность принципом *lis alibi pendens*, упрощенное уведомление, право широко руководствоваться обычаями и коллизионной системой, которую они сочтут применимой, и необязательно законодательством места рассмотрения споров. Вызывает, однако, удивление, когда арбитры относятся к параллельным судебным разбирательствам не просто нетерпимо, но и враждебно. Известные третейские суды в Великобритании, Швейцарии освоили такой прием, как запрет на подачу исков и продолжение судопроизводства (так называемый *anti-suit injunction*). В одном из споров приказ был получен стороной по делу, его руководителями по адресу офиса, представителями по их домашним адресам, указанным в доверенности, и лично судьей, рассматривающей дело в первой инстанции. В ответ все стороны по иску получили обязательство от российской судебной власти воздержаться от участия в арбитраже в качестве временной обеспечительной меры и были вынуждены его исполнить.

АРБИТРАБЕЛЬНОСТЬ ПО СПОРАМ ИЗ СДЕЛОК М&А

Имеется правовая характеристика исков из сделок М&А, которая делает даже необходимым рассмотрение требований именно в российском государственном суде, а не в арбитраже. Она не зависит ни от применимого права, ни от действительности либо исполнимости арбитражной оговорки, ни даже от правоспособности сторон подписывать третейское соглашение и относится не столько к договору, его части, т.е. арбитражной оговорке, её неисполнимости, сколько к спору как таковому, который в силу весомости публичного элемента может быть признан неарбитрабельным, даже независимо от того, начата или нет арбитражная процедура.

В самом широком плане неарбитрабельность, как это следует из семантики этого англоязычного термина, это неспособность арбитража решить спор, рассмотреть требование. О критериях неарбитрабельности довольно часто спорят. Члены российского арбитражного сообщества, не такого многочисленного и активного, как на западе, но последовательно отстаивающего арбитражную идеологию, говорят, что критерием должна быть природа правоотношения сторон; что даже если спор касается прав на лесной или водный объект, а требования являются имущественными, то дело арбитрабельно. Более верная позиция, по мнению других правоведов, не в правоотношениях, а в нормах закона, которые должны быть задействованы в споре. Положения антимонопольного, экологического и иного административного права не просто могут, а должны применяться судами в коммерческом споре. Если оставить его на усмотрение иностранного третейского суда, требование в нарушении ряда важных публичных норм РФ будет реализовано в обход императивного регулирования Российской Федерации.