

РАЗРЕШЕНИЕ СПОРА ПО ВНЕШНЕТОРГОВОМУ КОНТРАКТУ В АРБИТРАЖЕ: ПРАКТИЧЕСКИЙ ОПЫТ

УДК 341.63



А.И.АНИЩЕНКО,
партнер, адвокат
адвокатского бюро
«Сорайнен»
alexey.anischenko@sorainen.com



В.В.ДУБЕШКО,
стажер адвоката
адвокатского
бюро «Сорайнен»,
магистр права
(Стокгольмский
университет)
valeria.dubeshka@sorainen.com

■ Надлежащее правовое обеспечение является одним из важных элементов модернизации отечественной промышленности. К сожалению, заключая многомиллионные внешнеторговые контракты, белорусские предприятия не уделяют достаточного внимания проработке рисков, которые существуют при реализации подобных проектов, и юридической защите своих интересов посредством соответствующих договорных условий, осмыслиенного использования инструментов внешнеторгового финансирования, документарных форм расчетов и обеспечительных мер, а скорее концентрируются на соблюдении внутренних регуляторных формальностей, тендерных процедур, технических и финансовых аспектах.

Как следствие, одна некорректная фраза в договоре, аккредитив или банковской гарантии, одно неграмотно составленное письмо или претензия могут повлечь существенные убытки. Эти споры обычно разрешаются в международных арбитражных судах, поскольку именно арбитраж является самым распространенным и достаточно эффективным способом урегулирования внешнеторговых конфликтов. Иностранные контрагенты, как правило, настаивают на включении арбитражных оговорок в заключаемые контракты на безальтернативной основе. Чаще всего предусматривается арбитраж в нейтральной юрисдикции, и белорусской стороне не приходится рассчитывать на благосклонность арбитражного института или арбитров. Практика показывает, что все еще существует некая «презумпция виновности», которой недобросовестные иностранные компании активно пользуются, голословно заявляя о некомпетентности белорусских специалистов и неадекватном поведении в ходе реализации совместного проекта.

Поэтому без понимания того, как работает международный арбитраж, принимают решения оппоненты и арбитры, без детальной проработки как фактической, так и правовой стороны дела, наличия четко выверенной стратегии еще до направления первого письма с претензией контрагенту и начала досудебных переговоров, вовлечение в длительное и дорогостоящее арбитражное разбирательство для бе-

лорусского истца или ответчика обречено на провал. Приведем пример из практики, когда в довольно сложной ситуации, заввшейся юридически безнадежной, удалось не только убедить арбитра в правоте белорусской стороны и выиграть дело, но даже взыскать в полном объеме все понесенные арбитражные расходы, включая оплату юридической помощи, с недобросовестного иностранного поставщика.

Фабула дела

Белорусское предприятие (ОАО «Б») в рамках модернизации производства заключило контракт с иностранной компанией (ООО «П») на поставку сложного технологического оборудования. ООО «П» произвело поставку и осуществило шефмонтаж. Модернизированное производство было введено в установленном законодательством порядке в эксплуатацию и ОАО «Б» в полном объеме рассчиталось по контракту, в том числе осуществило последний платеж против банковской гарантии, которой предполагалось обеспечить выход оборудования на согласованные в контракте параметры. Однако этого в ходе гарантийных испытаний не произошло, а их результаты спустя некоторое время ООО «П» стало оспаривать, в том числе ссылаясь на положения контракта и настаивая на его буквальном толковании.

Поскольку срок банковской гарантии истекал, ОАО «Б» заявило требование по банковской гарантии и успело получить деньги, несмотря на попытки ООО «П» этому противодействовать¹.

¹ У отечественных предприятий, а иногда и банков существует ложное предположение, что банковская гарантия на 100% гарантирует возврат денежных средств по первому требованию бенефициара. Однако на практике это не всегда так.

Из-за нечеткого формулирования условий банковской гарантии, которая юридически независима от контракта, в обеспечение которого она выдана, недобросовестных действий принципала и/или иностранного банка, доступных юридических механизмов такая выплата может быть заблокирована на длительный срок или в ней вообще может быть отказано по сугубо формальным основаниям. В другом похожем деле у белорусского предприятия ушло более двух лет на судебные и арбитражные разбирательства на территории нескольких стран до того, как были получены деньги по безусловной и безотзывной банковской гарантии.

Оценив ситуацию и условия контракта, ООО «П» решило не утруждать себя доработкой оборудования, а обвинить ОАО «Б» в недобросовестности, нарушении контракта и потребовать уплаты выплаченной по банковской гарантии суммы, обратившись в Венский международный арбитражный центр (VIAC) в соответствии с арбитражной оговоркой в контракте.

В иске ООО «П» обвинило ОАО «Б» в некорректном проведении гарантийных испытаний и оценке их результатов, невыполнении рекомендованных ООО «П» мер, которые якобы позволили бы обеспечить надлежащую работу поставленного оборудования и соблюдение всех гарантированных параметров.

Юридическая же сторона дела свелась к толкованию одного контрактного условия с точки зрения положений Конвенции ООН «О договорах международной купли-продажи товаров» (Венская конвенция), которая была определена в качестве применимого к контракту права. Этот спорный пункт в контракте звучал следующим образом:

«В случае возникновения противоречий при проведении или оценке результатов Гарантийного испытания это испытание проведет (повторно выполнит) независимая аккредитованная организация. Организация должна быть выбрана до 1 месяца от даты проведения спорного гарантиного испытания, в противном случае гарантиное испытание считается успешно завершенным. Расходы на участие независимой организации оплачиваются обе стороны равными долями».

Поскольку повторное гарантинное испытание независимой организацией не выполнялось, ООО «П», опираясь на буквальное толкование контракта и указанные выше обвинения в адрес ОАО «Б», а также ссылаясь на то, что выплаченная по банковской гарантии сумма значительно превышает убытки ОАО «Б» даже в случае недостижения спорного параметра, заявило требование о возврате выплаченных по банковской гарантии денег и возмещении понесенных ООО «П» расходов и затрат.

Арбитражное разбирательство

Важным отличием международного коммерческого арбитража от процесса в государственном суде является его договорная природа. Это, с одной стороны, создает большие возможности, а с другой – несет в себе огромные риски. Поскольку арбитраж

основан на согласии сторон, любые их действия (бездействие), любые заявления, представленные (или не представленные) вовремя (или не вовремя) документы имеют прямое, часто необратимое, влияние как на процесс (включая его длительность и стоимость), так и на итоговый материально-правовой результат. Пересмотр арбитражного решения по существу невозможен, оно может быть оспорено только по ограниченным процессуальным основаниям².

² Статья V Нью-Йоркской Конвенции, ст. 45 Закона Республики Беларусь от 9 июля 1999 года №279-З «О международном арбитражном (третейском) суде» (далее – Закон о МАС), ст. 248 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь.

По этой причине иметь сильную позицию по существу спора и ее правовое и фактическое обоснование еще недостаточно для победы. Необходимо знать и понимать, как и кого выбрать в качестве арбитра, заявлять ли отводы, на каком языке вести дело, когда и какие процессуальные документы подавать, какие доказательства, в какой форме и в каком порядке представлять, просить ли бифуркации, использовать ли процедуру раскрытия доказательства, применять ли Пражские правила или Правила IBA, настаивать ли на проведении устных слушаний и/или ускоренной процедуре и так далее.

Процессуальные аспекты

Как уже было сказано выше, арбитраж начинается с арбитражного соглашения – договоренности сторон передавать в арбитраж все или какие-либо споры, возникшие или могущие возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным договорным или иным правоотношением, объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства³.

³ Статья II Нью-Йоркской Конвенции, ст. 11 Закона о МАС.

Поэтому первое, что нужно сделать и истцу, и ответчику, – это досконально проанализировать арбитражное соглашение, чтобы понять:

- 1) действительно и исполнимо ли оно;
- 2) арбитрабилен ли спор (то есть может ли данный спор вообще быть рассмотрен в арбитраже, а не в компетентном государственном суде);
- 3) подпадает ли данный спор под данное арбитражное соглашение;
- 4) какие особые условия содержатся в арбитражном соглашении и на что они могут повлиять (например, количество и порядок назначения арбитров, язык арбитража и тому подобное).

По результатам такого первичного анализа формируется процессуальная стратегия и оцениваются возможные риски. Ответчику важно сразу оценить перспективу заявления юрисдикционных возражений, которые возможны до представления своей позиции по существу. Полезно задуматься об этом и истцу, иначе затягивание рассмотрения дела может

стать неожиданным, а своевременно предпринятые меры помогут избежать этого или хотя бы облегчить последствия, снизить риск получения заведомо «дефектного» арбитражного решения, от которого не будет никакой пользы из-за его неисполнимости.

Типичные потенциальные возражения ответчика против юрисдикции арбитража связаны с неточностью определения арбитража как способа разрешения спора или названия арбитражного института⁴. Не являлось исключением и рассматриваемое дело. Арбитражная оговорка в контракте имела дефекты, что позволяло оспаривать юрисдикцию как минимум в тактических целях. Однако ОАО «Б» не придало этому значения и поторопилось заявить о несогласии с иском по существу, тем самым утратив право на заявление юрисдикционных возражений (а значит, и возможность оспаривать по этому же основанию арбитражное решение, если бы оно было вынесено против ОАО «Б»).

⁴ Чаще всего это происходит из-за элементарной спешки и/или непонимания сторонами важности и значимости этого условия договора. Достаточно воспользоваться предлагаемыми всеми без исключения уважающими себя арбитражными институтами модельными оговорками. Однако в большинстве арбитражных споров с участием белорусской стороны арбитражные оговорки не идеальны.

ООО «П» ввиду вышеназванного обстоятельства было принято решение вести дело силами своих штатных юристов, не имевших опыта серьезных международных арбитражных разбирательств. ОАО «Б» обратилось к арбитражным специалистам и в дальнейшем четко следовало их рекомендациям. Эффективное взаимодействие между адвокатами, юридической и технической службами предприятия при поддержке руководства ОАО «Б» стало залогом будущего успеха.

Первое, что было сделано для восстановления процессуального «равновесия», – подано заявление ОАО «Б» об отводе арбитра, который к тому времени уже был назначен VIAC, поскольку обе стороны этот ключевой для арбитража вопрос вообще проигнорировали.

При изучении арбитражной оговорки обнаружилось, что «арбитраж должен проводиться на английском языке с одновременным переводом на русский язык», а ООО «П» в иске еще более категорично указало, что «арбитр должен свободно владеть английским и русским языками». При этом назначенный VIAC арбитр в своем резюме указал, что русским языком не владеет. Это и позволило ОАО «Б» заявить аргументированный отвод, «согласившись» с предложенным ООО «П» требованием к квалификации арбитра, хотя арбитражная оговорка такого требования не предусматривала. Поскольку назначенный VIAC арбитр русским языком не владел, после получения заявления ОАО «Б» об отводе он заявил самоотвод, не дожидаясь предсказуемого решения арбитраж-

ного института. VIAC был назначен другой арбитр, владеющий русским и английским языками.

Поскольку новый арбитр владел русским языком, удалось договориться о предоставлении доказательств, включая свидетельские показания, на русском языке без перевода на английский, что существенно сократило расходы ОАО «Б» в процессе арбитражного разбирательства (контракт, переписка между сторонами и общирная техническая документация были доступны только на русском языке). Важно что спор был рассмотрен арбитром, который смог исследовать ключевые доказательства в первоисточнике, учитывая его понимание менталитета сторон, экономические и правовые реалии постсоветского пространства. Это обстоятельство помогло представителям ОАО «Б» убедить арбитра в своей правоте, добросовестности и выгодной для ОАО «Б» интерпретации неоднозначного контрактного условия.

Отдельно остановимся на роли свидетелей в международном арбитраже, которая кардинальным образом отличается от роли свидетелей при рассмотрении дел в экономических судах Республики Беларусь.

Привлечение каждого свидетеля в арбитраже – опасный инструмент, поскольку он может как усилить вашу позицию, так и навредить ей. Поэтому выбор и подготовка свидетелей к «перекрестному допросу» на устных слушаниях – важная составляющая успешной арбитражной стратегии, которую условно можно разделить на три этапа: первичное интервьюирование потенциальных свидетелей и принятие решения о целесообразности их вовлечения в процесс; подготовка и представление свидетелями своих письменных показаний и непосредственно допрос на устных слушаниях.

В рассматриваемом случае ООО «П» заявило четырех свидетелей, показания которых дублировали друг друга. ОАО «Б» ограничилось двумя свидетелями, которые освещали соответственно техническую и юридическую стороны дела. В основе такого подхода лежало два мотива: во-первых, снижение риска противоречивых показаний по одному и тому же вопросу и, во-вторых, экономия на расходах⁵. В ходе перекрестного допроса адвокаты ОАО «Б» продемонстрировали противоречия в показаниях, а также техническую некомпетентность свидетелей ООО «П», что серьезно подорвало доверие арбитра к позиции ООО «П» и впоследствии отразилось в арбитражном решении.

⁵ В отличие от рассмотрения дел в национальных судах вовлечение свидетелей в арбитражное разбирательство – это довольно хлопотное и затратное мероприятие, поскольку арбитражные слушания обычно продолжаются как минимум несколько дней и проходят за пределами Республики Беларусь.

Свидетели ОАО «Б» достойно выступили на устных слушаниях, не поддались на провокации оппо-

й арбитр, и. ским язы- тении до- зания, на ий, что су- процессе тереписка докумен- тике). Важ- орый смог рвоисточ- га сторон, советского предста- правоте, интерпре- тия. детелей в инальным при рас- Республики

битраже – т как уси- . Поэтому крестному составля- , которую первичное ютелей и их вовле- щение сви- непосред-

явило че- юлировали видетеля- сническую зного под- кение рис- лу и тому расходах⁵. ОАО «Б» оказаниях, видетелей е арbitra азилось в

с судах во- вьство – это поскольку как мини- Республики

или на уст- ции оппо-

нентов и убедительно отвечали на вопросы арбитра и адвокатов сторон. Этому способствовала подготовительная работа, которая заключалась в кропотливом восстановлении реальной картины произошедшего, разъяснении процедурных аспектов и морально-психологической подготовке к стрессовой ситуации во время перекрестного допроса.

К иным важным процедурным моментам, которые повлияли на положительный результат, можно отнести оптимальное определение количества раундов письменного обмена документами, выбор места, времени и длительности устных слушаний, порядок и продолжительность выступлений представителей сторон.

Общая продолжительность арбитражного разбирательства составила чуть более полутора лет, из которых около полугода ушло на формирование состава суда. Это вполне обычный срок для такого рода споров. Если бы стороны или арбитр привлекли к участию в деле экспертов и/или если бы изначально были заявлены возражения по юрисдикции, то разбирательство вполне могло бы растянуться более чем на два года.

Материально-правовые аспекты

При подготовке к международному арбитражному разбирательству, особенно к устным слушаниям, необходимо иметь в виду, что факты, обстоятельства дела, коммерческие интересы и соответствующие им действия сторон спора первичны, а право вторично.

Поэтому для эффективной защиты интересов ОАО «Б» потребовалось, во-первых, восстановить детальную хронологию событий и разобраться в технических аспектах проблемы. Для этого адвокатам пришлось посетить производственную площадку, лично пообщаться с задействованными в реализации проекта специалистами, понять, о каких именно дефектах оборудования идет речь, действительно ли гарантированный контрактом параметр не был достигнут и по какой причине.

Проведенная работа помогла не только разобраться в сути спора и выстроить убедительную позицию, но и собрать доказательства в ее подтверждение, определиться с кандидатурами свидетелей, чьи показания могли вызвать доверие арбитра и опровергнуть выдвинутые ООО «П» обвинения в некомпетентности и недобросовестности работников ОАО «Б». Кроме того, было важно до малейших деталей воссоздать переговорный процесс при заключении контракта, поскольку согласно ст. 8 Венской конвенции заявления и иное поведение стороны толкуются в соответствии с **намерением**⁶, для определения которого необходимо учитывать все соответствующие обстоятельства, включая *переговоры, любую практику*, которую стороны установили в своих взаимных

отношениях, обычай и **любое последующее поведение** сторон.

⁶ Если такое намерение установить невозможно, то в соответствии с тем пониманием, которое имело бы разумное лицо, действующее в том же качестве, что и другая сторона при аналогичных обстоятельствах.

Поэтому сначала нужно было понять, а затем объяснить арбитру, каким образом, почему и для чего было согласовано спорное условие в контракте, а также чем этот параметр важен, что оправдывает взыскание с ООО «П» такой значительной суммы по банковской гарантии. Потребовалось детально восстановить обстоятельства проведения гарантийных испытаний, которые, как позже выяснилось, отслеживались ООО «П» с использованием дистанционного доступа к электронным системам поставленного оборудования. Только после этого стало возможным обращение к правовым нормам, выстраивание юридической аргументации, отделение важных моментов от второстепенных и подготовка убедительного развернутого отзыва на поданный ООО «П» иск с приложением соответствующих доказательств.

Исходя из определенных и заранее согласованных между адвокатами и клиентом приоритетов, ОАО «Б» сосредоточило свои усилия на поиске убедительных ответов на следующие вопросы, входящие в предмет доказывания по делу:

- 1) возникла ли у ОАО «Б» обязанность полностью рассчитаться по контракту;
- 2) был ли гарантированный параметр фактически достигнут;
- 3) правомерно ли в сложившихся фактических обстоятельствах дела и с учетом спорного договорного условия считать этот параметр условно достигнутым;
- 4) являются ли тождественными понятия «достижение параметра» и «успешное завершение повторных гарантийных испытаний»;
- 5) возникли ли между сторонами «противоречия или разногласия» во время гарантийных испытаний;
- 6) предусматривал ли контракт обязанность ОАО «Б» беспрекословно выполнять рекомендации ООО «П»;
- 7) позволила бы или нет реализация рекомендованных ООО «П» мероприятий достигнуть гарантированных контрактом параметров?

В качестве дополнительного аргумента в подтверждение недобросовестности поставщика ОАО «Б» обратило внимание арбитра на то, что возражения по поводу якобы имевших место нарушений при проведении гарантийных испытаний и несогласие с их результатами были заявлены ООО «П» только после истечения месячного срока, закрепленного в контракте.

В отношении иных аргументов ООО «П», в том числе касающихся правомерности заявления тре-

бований по банковской гарантии, выбора метода расчета гарантированного параметра, было принято решение заявить об их нерелевантности для предмета спора и не тратить много времени и денег на их детальное опровержение. Последующее развитие событий и вынесенное арбитражное решение показали, что это был верный выбор, который позволил не только сэкономить время и деньги, но и удачно обойти относительно слабые места в правовой позиции ОАО «Б».

Арбитражное решение

В соответствии с арбитражным решением иск ООО «П» был отклонен в полном объеме.

Основой для принятия такого решения стало толкование арбитром указанного выше спорного контрактного условия на основании ст. 8 Венской конвенции, исходя из представленных сторонами аргументов и доказательств. Прочие аргументы и обвинения, которые ООО «П» выдвигало, чтобы создать у арбитра впечатление некомпетентности и недобросовестности ОАО «Б» и его специалистов, были оставлены арбитром без рассмотрения как не относящиеся к предмету спора.

В отсутствие единого понимания сторонами спорного условия оно было истолковано арбитром исходя из закрепленного в п. 2 ст. 8 Венской конвенции объективного стандарта понимания, которое имело бы разумное лицо, действующее в том же качестве, что и другая сторона при аналогичных обстоятельствах, с учетом критериев, закрепленных в п. 3 ст. 8 Венской конвенции.

По результатам анализа представленных сторонами аргументов и доказательств в увязке с экономическим смыслом заключенной сделки и разумным распределением коммерческих рисков арбитром был сделан вывод о том, что возникшие между сторонами разногласия, являющиеся предметом спора, касаются сугубо юридических и коммерческих противоречий, а не технической оценки результатов испытаний, а значит, их нельзя квалифицировать как «противоречия, возникшие при проведении или оценке результатов Гарантийного испытания». Как следствие, по мнению арбитра, совпадшему с позицией ОАО «Б», спорное условие контракта в данном случае не применимо в принципе.

Был воспринят арбитром и альтернативный довод ОАО «Б» о том, что противоречия между сторонами возникли не «при проведении или оценке результатов Гарантийного испытания», а гораздо позже, что, во-первых, не позволяет распространять на них действие спорного контрактного условия, а во-вторых, свидетельствует о недобросовестности ООО «П». Как следует из арбитражного решения, даже если бы спорное условие контракта и было применимым, удовлетворение иска ООО «П» с учетом несвоевременного уведомления ОАО «Б»

о «возникших противоречиях» противоречило бы принципу добросовестности, признанному многими правовыми системами, в том числе странами, которые применяют Венскую конвенцию.

Еще одной особенностью международного арбитража является большая восприимчивость арбитров, которые хорошо понимают сложность и объем выполняемой адвокатами работы, к заявлениям сторон о возмещении понесенных ими расходов на юридическую помощь. Так и в данном деле, несмотря на возражения ООО «П», арбитр удовлетворил требование ОАО «Б» о возмещении всех понесенных по делу расходов, включая расходы на юридическую помощь. ООО «П» первоначально отказалось от добровольного исполнения арбитражного решения, однако, когда ОАО «Б» в установленном порядке инициировало процедуру принудительного исполнения решения по месту нахождения ООО «П», все причитающиеся ОАО «Б» суммы в соответствии с арбитражным решением были выплачены.

Исходя из накопленного опыта защиты отечественного бизнеса на внешних рынках, выделим общие рекомендации, согласно которым следует:

- 1) сформулировать понятные и удобные условия договора с учетом специфики приобретаемого оборудования и комплексного анализа коммерческих, технических, финансовых, юридических и иных релевантных рисков;

- 2) как можно раньше (желательно еще на стадии подготовки конкурсных документов) привлечь к участию в проекте компетентного технического специалиста, который сможет уверенно разговаривать с зарубежными партнерами на одном профессиональном языке;

- 3) строго соблюдать условия заключенного договора, включая порядок оплаты, поставки и приемки оборудования, и тщательно фиксировать происходящее;

- 4) оперативно реагировать на все возникающие в процессе исполнения договора проблемы и разногласия, фиксировать все коммуникации, особенно касающиеся выявленных нарушений договора и любых других выявленных несоответствий. Малейшее промедление может обернуться серьезными финансовыми и временными потерями или вообще лишить всяких шансов на успешный исход дела;

- 5) избегать пустых угроз, вместо этого использовать все возможности для конструктивных переговоров;

- 6) не затягивать с обращением к адвокатам, если существует понимание, что имеющихся внутренних ресурсов и компетенций недостаточно для того, чтобы чувствовать себя комфортно, уверенно и защищенно.

A.I.ANISHCHENKO, V.V.DUBESHKO

Production modernization, foreign trade contracts and international arbitration: practical experience