

Связь должника с государством — основание для применения оговорки о публичном порядке?

Д. С. ЩЕТИНИН, магистрант, стажер-исследователь научно-учебной лаборатории международного правосудия НИУ ВШЭ;

Статья посвящена изучению возможности применения оговорки о публичном порядке в отношении должников, связанных с Российской Федерацией. На основе судебной практики автор выделяет два вида связи: 1) должник является стратегическим предприятием государства; 2) государство является конечным бенефициаром должника. При оценке связи между должником и государством российские суды часто не принимают во внимание существующие правовые механизмы, направленные на защиту интересов государства, что отражается в аргументации судебных решений. В процессе анализа российского законодательства и зарубежного опыта (Франция, Китай, Украина) автор приходит к выводу, что наличие связи между должником и государством не должно являться безусловным основанием для применения оговорки о публичном порядке.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж; публичный порядок; банкротство; стратегические предприятия; прокалывание корпоративной вуали.

Одним из самых известных институтов международного частного права является оговорка о публичном порядке. Это одно из немногих легитимных оснований для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных и судебных решений. Однако сущность публичного порядка все еще остается дискуссионным вопросом.

Современная российская судебная практика позволяет выявить одно неконвенциональное проявление публичного порядка — наличие связи должника с государством, в частности с Российской Федерацией. Причем эта связь, по мнению арбитражных судов, может проявляться различным образом:

1. Российская Федерация является конечным бенефициаром должника.
2. Должник является стратегическим предприятием Российской Федерации¹.

Указанная позиция порождает важный вопрос: достаточен ли факт наличия связи между государством и должником для применения оговорки о публичном порядке?

Согласно исследованию Российской Арбитражной Ассоциации (РАА), нарушение публичного порядка — одно из самых частых оснований,

¹ Далее понятия «стратегическое предприятие» и «стратегическое общество» используются в качестве синонимов.

используемых российскими государственными судами для отказа в приведении в исполнение иностранных арбитражных решений². Концепция публичного порядка появилась довольно давно, еще во Французском гражданском кодексе 1804 г.³ В российском праве этот термин также имеет глубокие корни. Так, например, еще в дореволюционное время вопрос применения оговорки изучал профессор Н. П. Иванов⁴. Позднее в советском праве закреплялся аналог оговорки о публичном порядке: «иностраный закон не применяется, если его применение противоречит основам советского строя»⁵. В реальности же, как утверждают эксперты, этот механизм не использовался, так как экономические отношения между странами с рыночной экономикой и СССР были весьма ограничены⁶.

После распада СССР российские суды начали применять оговорку о публичном порядке, но довольно неудачно, поскольку толковали это понятие слишком расширительно. В настоящее время ситуация улучшилась, например, суды перестали относить к публичному порядку нарушение российского законодательства⁷.

На современном этапе значимой вехой в толковании понятия публичного порядка стало Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ № 156 от 26.02.2013 (далее — Информационное письмо № 156), где было предложено определение публичного порядка как фундаментальных правовых начал (принципов), обладающих высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью, составляющих основу построения экономической, политической, правовой системы государства. Обратим внимание, что Верховный Суд РФ в недавнем Постановлении Пленума «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража» от 10.12.2019 № 53 (далее — Постановление Пленума № 53) поддержал позицию ВАС РФ по толкованию публичного порядка, включив определение в текст Постановления.

Видится, что Информационное письмо № 156 может рассматриваться как точка отсчета, позволяющая условно выделить несколько этапов в развитии толкования публичного порядка. Во-первых, период до 2013 г. и принятия Информационного письма № 156. Этот этап характеризуется расширительным толкованием публичного порядка, приводившим к большому количеству отказов при исполнении иностранных арбитражных решений в России. Например, к публичному порядку относили основы морали, главные

² Исследование РАА о применении Нью-Йоркской конвенции российскими судами в 2008–2017 годы: https://arbitration.ru/upload/medialibrary/b3b/RAA-STUDY-RECOGNITION-ENFORCEMENT-AWARDS-NY-CONVENTION-2018_rus.pdf (дата посещения — 12.03.2021).

³ См.: Афанасьев Д. В. Нарушение публичного порядка как основание признания сделки недействительной в российском и зарубежном праве // Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика: Сб. ст. / Отв. ред. М. А. Рожкова. М., 2006. С. 118; Абраменков М. С., Журавлев И. В. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве России // Юридический мир. 2011. № 3. С. 47.

⁴ Иванов Н. П. Основания частной международной юрисдикции // Ученые записки Императорского Казанского университета. Казань, 1865. С. 154.

⁵ Тумаш Ю. О. Развитие оговорки о публичном порядке в российском законодательстве // Отечественная юриспруденция. 2018. № 7. С. 100.

⁶ Там же.

⁷ Муранов А. И. Некоторые аспекты понятия «публичный порядок» применительно к международному коммерческому арбитражу в России // Международное право. 2001. № 5. С. 406.

религиозные постулаты, главные экономические и культурные традиции, сформировавшие российское гражданское общество, а также основополагающие принципы российского права⁸.

Во-вторых, период с 2013 по 2017 г. Согласно исследованию РАА, для этого этапа характерно резкое снижение количества удовлетворенных заявлений о нарушении публичного порядка как основания для отказа в исполнении арбитражного решения⁹. Однако эффект Информационного письма № 156 был относительно недолгим. С 2017 г. отмечается резкое увеличение количества применений оговорки о публичном порядке в отношении иностранных арбитражных решений¹⁰. Эта тенденция в применении оговорки проявляется и в проблеме связи должника с государством.

Развитие проблемы в российской судебной практике

Обратим внимание, что позиция, иллюстрирующая связь между должником и государством, была использована судами еще в 2003 г. в Постановлении ФАС Волго-Вятского округа¹¹. ОАО «Красный Якорь» было ответчиком и настаивало на том, что исполнение иностранного арбитражного решения «может негативно отразиться на работоспособности АО, которое входит в число предприятий, имеющих стратегическое значение для обеспечения национальной безопасности РФ». Суд Волго-Вятского округа согласился с доводом ответчика, так как исполнение решения могло негативно отразиться на социально-экономическом положении Нижнего Новгорода и РФ в целом.

В 2009 г. российские суды вновь вернулись к поставленной проблеме. Решение, сформулированное в результате рассмотрения следующего дела, можно считать прецедентным. Компания Stena RoRo AB обратилась в АС Санкт-Петербурга и Ленинградской области с заявлением о признании и приведении в исполнение решения Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма в отношении ОАО «Балтийский завод». Согласно решению, Балтийский завод обязан выплатить компенсацию в размере 20 млн евро за нарушение условий контракта. Должник ссылался на то, что он является стратегическим предприятием, обеспечивающим интересы государства, а государство обладает «золотой акцией» и наделено специальным правом на участие в управлении предприятием в целях обеспечения обороноспособности страны. Признание и приведение в исполнение решения может стать причиной несостоятельности (банкротства) ОАО «Балтийский завод», чем будет нанесен ущерб не только предприятию, но и России в целом. Шведская

⁸ Постановления ФАС Северо-Западного округа от 06.03.2012 по делу № А56-49603/2011; от 18.03.2010 по делу № А56-82470/2009; от 06.11.2013 по делу № А56-23769/2013; от 28.12.2009 по делу № А21-802/2009. С приведенными в статье законодательными актами, Указами Президента РФ, Определениями и Постановлениями высших судов РФ, а также с решениями арбитражных судов РФ, если не указано иное, можно ознакомиться в СПС «КонсультантПлюс» или СПС «Гарант».

⁹ Исследование РАА о применении Нью-Йоркской конвенции российскими судами в 2008–2017 годы. С. 27.

¹⁰ Щегинин Д. С. Тенденции судебной практики по признанию и приведению в исполнение иностранных арбитражных решений в Российской Федерации // Вопросы российского и международного права. 2020. № 5А. С. 105.

¹¹ Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 17.02.2003 № А43-10716/02-27-10ИСП.

компания заявляла, что «банкротство предприятия, в том числе стратегического, не противоречит основам российского правопорядка, даже наоборот, направлено на восстановление его финансового положения».

АС посчитал довод ответчика основанием для отказа в признании и приведении в исполнение решения шведского арбитража, так как исполнение принесет ущерб суверенитету и безопасности государства, затрагивает интересы больших социальных групп. Кассационная инстанция посчитала данный вывод нижестоящего суда ошибочным, но по существу решение оставило в силе. В 2011 г. ВАС РФ пересматривал дело и отменил нижестоящие акты, обязав исполнить решение шведского арбитража на территории РФ¹². В своем Постановлении ВАС РФ не давал оценку доводу об опасности банкротства стратегического предприятия. Однако результат рассмотрения позволяет сделать вывод, что ВАС РФ был согласен с тем, что возможность банкротства такого юридического лица не является нарушением публичного порядка.

В 2016–2017 гг. судам вновь пришлось рассматривать ранее решенный ВАС РФ вопрос. На свою связь с Российской Федерацией пытался указать сам должник. Немецкая компания «Лугана Хандельсгесельшафт мБХ» обратилась в АС Рязанской области с заявлением о признании и приведении в исполнение на территории РФ решения Немецкой институции по арбитражу в отношении АО «Рязанский завод металлокерамических приборов». Общество возражало против исполнения решения, ссылаясь на нарушение публичного порядка, но суд счел этот довод необоснованным. В связи с этим Общество пыталось обжаловать Определение суда первой инстанции и обосновывало свою позицию тем, что приведение в исполнение решения иностранного суда приведет к банкротству общества, являющегося единственным производителем в России и странах СНГ оригинального оборудования для нужд Министерства обороны. АС Центрального округа указал, что довод заявителя жалобы судом отклоняется, поскольку носит предположительный характер¹³. В конечном счете Верховный Суд РФ отменил Определения нижестоящих судов, указав на нарушение публичного порядка, выразившегося в нарушении принципа *res judicata*. К сожалению, Верховный Суд РФ не прокомментировал довод о том, что общество являлось единственным поставщиком для Министерства обороны, что предположительно не позволяло исполнить решение иностранного арбитражного института на территории РФ.

В 2019–2020 гг. проблема влияния связи должника с государством получила новый виток развития. Верховный Суд РФ вынес Определения по делам, в которых подтвердил позицию нижестоящих судов, что юридические лица, входящие в список стратегических предприятий, вправе не исполнять решения международного коммерческого арбитража¹⁴.

В Арбитражный суд города Москвы (далее — АСГМ) обратилась компания Vanwell International Limited (далее — Истец) с заявлением о признании и приведении в исполнение на территории России решения Лондонского международного третейского суда. Согласно решению, истец имеет право

¹² Постановление Президиума ВАС РФ № 9899/09 от 13.09.2011 по делу № А56-60007/2008.

¹³ Постановление АС Центрального округа от 14.03.2017 по делу № А54-3603/2016.

¹⁴ Определения ВС РФ № 305-ЭС18-20885 от 23.04.2019 по делу № А40-117331/2018; от 21.01.2020 по делу № А40-117326/2018.

обратить взыскание на акции АО «Лотос», предоставленные ОАО «Росшельф» (далее — Ответчик) в качестве обеспечения, путем проведения открытого аукциона или иными предусмотренными средствами. Ответчик был уведомлен о том, что будет проходить судебное заседание, но в суд представитель общества не явился. АСГМ вынес Определение о признании и приведении в исполнение решения Лондонского арбитража¹⁵.

Позднее общество обжаловало определение суда первой инстанции. В результате обжалования позиция судов изменилась. АСГМ и АС Московского округа посчитали, что исполнение данного решения будет противоречить публичному порядку, в связи с чем они отказали в принудительном исполнении решения¹⁶. Жалоба дошла до Верховного Суда РФ, который признал позицию нижестоящих судов верной и отказал в передаче жалобы в Судебную коллегия по экономическим спорам¹⁷.

Наибольший интерес применительно к нашему вопросу представляет мотивировочная часть. Суды отметили, что конечным бенефициаром АО «Росшельф» является Российская Федерация, поскольку общество входит в госкорпорацию АО «Объединенная судостроительная корпорация» (далее — АО «ОСК»), а предметом взыскания в рамках состоявшегося решения Лондонского международного третейского суда являются акции АО «Лотос», которое также входит в госкорпорацию АО «ОСК» и конечным бенефициаром которого является РФ. Также АО «ОСК» входит в перечень стратегических предприятий в соответствии с Указом Президента Российской Федерации от 04.08.2004 № 1009 «Об утверждении Перечня стратегических предприятий и стратегических акционерных обществ».

Суды пришли к выводу, что признание и приведение в исполнение решения иностранного арбитражного суда, где ответчиком выступает организация, конечным бенефициаром которой является РФ, и в рамках которого обращается взыскание на имущество лица, конечным бенефициаром которого также является РФ, может нанести ущерб бюджету РФ в результате вывода денежных средств на счета иностранных компаний.

Таким образом, суды выделили два аргумента в качестве основания для применения оговорки о публичном порядке: во-первых, государство является бенефициаром должника; во-вторых, должник выступает в качестве стратегического предприятия государства.

Анализ аргументации российских судов

По мнению российских арбитражных судов, основная причина для отказа в исполнении иностранного арбитражного решения против должника, связанного с РФ, — нарушение публичного порядка. Исходя из ст. 1193 ГК РФ трудно определить, какие элементы включает в себя концепция «публичного порядка». В связи с этим Президиум ВАС РФ опубликовал Информационное письмо № 156 в целях разъяснения нижестоящим судам содержания

¹⁵ Определение АС города Москвы от 17.07.2018 по делу № А40-117331/18-141-835.

¹⁶ Определение АС города Москвы от 21.11.2018 и Постановление АС Московской области от 16.01.2019 по делу № А40-117331/18-141-835.

¹⁷ Определение ВС РФ от 21.12.2018 № 305-ЭС18-20885 по делу № А40-117331/18-141-835.

«публичного порядка». 10.12.2019 Верховный Суд РФ вынес Постановление Пленума № 53, в котором сохранил толкование, установленное ВАС РФ.

Основываясь на этом определении, профессор А. В. Асосков выделяет два обязательных признака нарушения публичного порядка. Первый признак касается содержания допущенного нарушения: публичный порядок нарушается тогда, когда принудительное исполнение третейского решения вступает в противоречие с фундаментальными правовыми началами (принципами), составляющими основу экономической, политической, правовой системы РФ, либо нарушает запрет, установленный российской сверхимперативной нормой (нормой непосредственного применения). Второй признак связан с последствиями допущенного нарушения: должен быть нанесен ущерб суверенитету или безопасности государства, затронуты интересы больших социальных групп, нарушены конституционные права или свободы частных лиц¹⁸. А. В. Асосков также отмечает, что при изучении вопроса о нарушении публичного порядка необходимо учитывать не любые принципы права, а только универсальные для всей правовой системы и базовые для экономического, политического или социального устройства¹⁹. К сверхимперативным нормам относятся те нормы, которые имеют своей основной целью защиту публичного интереса, а не отдельных субъектов.

Попробуем сравнить позицию судов в вышеназванных делах с доктринальным взглядом относительно сущности публичного порядка. Начнем с анализа ситуации, при которой государство является бенефициаром должника. Необходимо вспомнить, что юридическое лицо — организация, которая имеет обособленное имущество и отвечает им по своим обязательствам, может от своего имени приобретать и осуществлять гражданские права и нести гражданские обязанности, быть истцом и ответчиком в суде. Обособление имущества юридического лица и его учредителей является основополагающим требованием для того, чтобы эти субъекты не отвечали по обязательствам друг друга.

При создании стратегических обществ, как и любого иного юридического лица, возникает предпринимательский риск, который может привести к возникновению обязательств по выплате компенсаций контрагентам в связи с заключением коммерческих договоров. Используя аргумент о том, что обращение взыскания на средства подконтрольного лица может причинить ущерб бюджету РФ, суд фактически приравнивает имущество юридического лица к имуществу его учредителей, что противоречит природе юридического лица.

Необходимо отметить, что отсутствие дохода от деятельности стратегического предприятия является обычным рыночным явлением, так как наличие прибыли не может быть гарантировано. Более того, совет директоров акционерного общества может рекомендовать не выплачивать дивиденды даже при наличии денежных средств. Тот факт, что Российская Федерация как акционер может не получить дивиденды по окончании финансового года от деятельности стратегического предприятия, также является проявлением

¹⁸ Асосков А. В. Нарушение публичного порядка как основание для отказа в принудительном исполнении решений международных коммерческих арбитражей, принятых на территории Российской Федерации // Закон. 2018. № 9. С. 139.

¹⁹ Там же. С. 141.

предпринимательского риска, закрепленного п. 1 ст. 42 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах», согласно которому общество вправе выплачивать дивиденды, но не обязано это делать, что означает отсутствие гарантий регулярных выплат. В связи с этим кажется необоснованным прокалывание корпоративной вуали при исследовании вопроса о возможности получения дохода государством от деятельности юридического лица, участником которого оно является.

Далее проанализируем вторую позицию, согласно которой наличие статуса стратегического предприятия позволяет применять оговорку о публичном порядке. Основная причина отказа в признании и принудительном исполнении арбитражного решения в отношении стратегического предприятия — взыскание за нарушение договора может довести предприятие до банкротства. Однако существует несколько аргументов, которые позволяют опровергнуть эту позицию. Во-первых, в Федеральном законе «О несостоятельности (банкротстве)»²⁰ (далее — Закон о банкротстве) описан институт банкротства стратегических предприятий, что позволяет сделать вывод об отсутствии экстраординарности подобной экономической ситуации. Следовательно, российское законодательство допускает несостоятельность стратегических предприятий, а нормы непосредственного применения, которые бы ограничивали возможность наступления их банкротства, отсутствуют.

Более того, правовые принципы, которые относятся исключительно к узкой группе субъектов и направлены на их защиту от банкротного состояния — естественного рыночного явления, — скорее всего, не могут составлять основу экономической системы РФ и считаться фундаментальными и универсальными, так как должны применяться ко всем или же большинству участников гражданского оборота.

Во-вторых, Закон о банкротстве содержит специальное регулирование банкротства стратегических предприятий, направленное на защиту государственных интересов. Согласно упомянутому Указу Президента № 1009, Российская Федерация является владельцем более 100 стратегических предприятий²¹, которые производят продукцию, работу, услуги, необходимые для обеспечения обороноспособности и безопасности государства. В связи с этим возникает вопрос: с какой целью российские суды применяют оговорку о публичном порядке в отношении стратегических предприятий, если банкротное законодательство уже содержит механизмы, которые направлены на защиту безопасности РФ, прав и законных интересов больших социальных групп и частных лиц? Среди этих механизмов выделяются следующие:

1. Покупатель стратегического предприятия обязан сохранить его целевое назначение и выполнить договоры с РФ (п. 7 ст. 195 Закона о банкротстве).
2. РФ имеет преимущественное право покупки предприятия, которое можно реализовать в течение одного месяца с момента окончания торгов.
3. Запрет конкурсным кредиторам и их аффилированным лицам приобретать стратегическое предприятие (п. 8 ст. 195 Закона о банкротстве).

²⁰ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ (ред. от 27.12.2019) «О несостоятельности (банкротстве)» // Российская газета. 02.11.2002. № 209-210.

²¹ В настоящее время в Указе перечислена 141 организация: 91 федеральное государственное унитарное предприятие и 40 акционерных обществ.

В-третьих, подход российских судов не соответствует смыслу третейской реформы, установившей критерии арбитрабельности споров. В результате последней реформы законодательства о третейских судах законодатель определил подход к регулированию вопроса о наличии (отсутствии) компетенции третейских судов на рассмотрение споров (общий критерий — гражданско-правовой характер отношений) и сформировал перечень споров, которые не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов (ст. 33 АПК РФ)²². Исходя из содержания судебных актов можно прийти к выводу, что отношения, которые возникали между иностранным и российским лицом, носят гражданско-правовой характер, так как имели место самостоятельность, имущественная обособленность, равенство сторон, сделка (свободное волеизъявление), имущественный характер мер ответственности. При этом положения ст. 33 АПК РФ не содержат императивного запрета на передачу споров со стратегическими предприятиями в иностранные третейские суды. В таком случае подход Верховного Суда РФ в отношении иностранных арбитражных решений, вынесенных против обществ-стратегов, не соответствует изначальному смыслу третейской реформы. Более того, если предположить, что финансовое состояние стратегических предприятий имеет большое значение для безопасности государства, то предоставление им возможности заключать арбитражные соглашения видится неоправданным, так как это может повлечь увеличение количества споров с их участием.

Проведенный анализ аргументов российских судов на соответствие двухзвенной структуре концепции публичного порядка позволяет прийти к следующим выводам. Во-первых, наличие бенефициарных отношений между государством и юридическим лицом не является основанием для применения оговорки о публичном порядке, так как в данной ситуации происходит прокалывание корпоративной вуали в целях доказывания наличия квазиущерба государству. При этом суд не устанавливает фундаментальное правовое начало (принцип), который будет нарушен в результате исполнения арбитражного решения. Во-вторых, возможность банкротства стратегического предприятия также не является достаточным основанием для применения оговорки о публичном порядке. Это связано с тем, что Закон о банкротстве содержит специальное регулирование несостоятельности соответствующих юридических лиц, которое не приводит к ущербу безопасности государства или интересам больших социальных групп и частных лиц.

Зарубежный опыт оценки связи должника с государством при применении оговорки о публичном порядке

Проблема влияния связи между государством и должником на применение оговорки о публичном порядке известна не только российскому правопорядку. Одна из самых проарбитражных юрисдикций, Франция, также сталкивалась с этим вопросом. Кассационный суд Франции рассматривал дело против Air France²³, в котором принял сторону истца, указав следующее:

²² См.: Постановление АС Восточно-Сибирского округа от 01.04.2019 № Ф02-717/2019 по делу № А33-28639/2018.

²³ Контролирующим акционером является правительство Республики Франция (54,4 %).

Было бы крайне шокирующим, если бы национальной компании, такой как Air France, или публичной организации было позволено использовать свой публично-правовой статус, чтобы оправдать нарушение своих договорных обязательств... если бы такой подход применялся, то это позволило бы предпрятиям с особым (государственным) статусом слишком легко освобождаться от выполнения своих обязательств. Тогда в правоотношениях не будет ни баланса, ни надежности²⁴.

Схожие дела также рассматривались китайскими судами. Необходимо отметить, что концепция публичного порядка в китайском законодательстве сформулирована немного иным образом (social and public interests — социальные и публичные интересы). Китайское законодательство предписывает судьям обязанность проверять каждое арбитражное решение на предмет противоречия социальным и публичным интересам²⁵, что позволяет приравнять ее к понятию публичного порядка. Китайским судам также свойственно расширительно толковать оговорку о публичном порядке, но Верховный суд Китая (Supreme People's Court of China) эффективно исправляет эти ошибки.

Возникали ситуации, когда китайские суды нижестоящей инстанции приравнивали концепцию социального и публичного интереса к интересам юридического лица, находящегося в собственности государства. В деле *Kaifeng Dongfeng Garment Factory v. Henan Garment Import and Export (Group)* стороны заключили договор о создании совместного предприятия. Однако ответчик не исполнил свое обязательство по получению квоты от китайского правительства, ссылаясь на законодательные ограничения, которые возникли после заключения договора. Kaifeng Dongfeng Garment Factory обратилось с иском в Китайский международный экономический торгово-арбитражный центр (Chinese International Economic Trade and Arbitration Centre — CIETAC) и выиграло дело. Китайский государственный суд отказал в принудительном исполнении арбитражного решения, ссылаясь на то, что это существенно скажется на государственных экономических интересах, международной торговле, а также нарушит социальные и публичные интересы²⁶. Однако Верховный суд Китая отменил решение, указав на неправильное применение оговорки о публичном порядке.

В деле *Shenzhen Baosheng Jinggao Environmental Development Co., Ltd. v. Hefei City Appearance Environmental Hygiene Bure* ответчик, представлявший интересы Китая, поставил партию некачественного оборудования, что привело к арбитражному разбирательству. Китайский государственный суд посчитал, что исполнение решения в отношении ответчика нанесет существенный вред имуществу государства, поэтому отказал в принудительном исполнении. Дело дошло до Верховного суда Китая, который отменил это решение и отметил, что нарушение публичного порядка фактически означает нарушение фундаментальных интересов Китая²⁷. В данном деле Верховный

²⁴Lalive P. Arbitration with foreign states or state-controlled entities: some practical questions // Contemporary Problems in International Arbitration / Ed. by J. D. M. Lew. Springer, 1987. P. 295.

²⁵Lanfang F. Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards: a Review of a Chinese Approach // Arbitration International. 2010. Vol. 26. № 2. P. 303.

²⁶*Kaifeng Dongfeng Garment Factory v. Henan Garment Import and Export (Group)* // Arbitration in China: a Practical Guide / Ed. by J. A. Cohen, N. Kaplan, P. Malanczuk. Hong Kong, 2004. P. 28.

²⁷*Shenzhen Baosheng Jinggao Environmental Development Co., Ltd. v. Hefei City Appearance Environmental Hygiene Burea* // Guide on Foreign-Related Commercial and Maritime Trial. 2006. Vol. 12. № 1. P. 46–50.

суд Китая не обнаружил наличие этого элемента, поэтому решение было исполнено.

В деле *Hengjin (HK) Cereal & Oil Food Co., Ltd. v. Anhui Cereal & Oil Food Import & Export Co. (Group)* китайский суд отказал в исполнении арбитражного решения в связи с нарушением публичного порядка, так как исполнение могло причинить вред ответчику — государственному предприятию. Однако Верховный суд Китая не согласился с этим аргументом и отменил решение, указав, что причинение вреда государственному предприятию не обязательно влечет нарушение публичного порядка²⁸.

Если рассматривать опыт ближайших к России стран СНГ, то подходящим примером является Украина, так как местные суды также сталкивались с вопросом возможности приведения в исполнение иностранного арбитражного решения в отношении государственных предприятий Украины. Дело было связано с крупнейшей нефтегазовой компанией НАК «Нафтогаз Украины». Апелляционный суд г. Киева указал, что довод о том, что иностранное арбитражное решение принято в отношении национальной акционерной компании, не может являться основанием для отказа в его исполнении, так как оно распространяет свое действие только на государственное предприятие и не влияет на независимость, целостность, неприкосновенность, основные конституционные права, свободы, гарантии как составляющие части существующего на Украине строя. Позднее Верховный суд Украины отметил, что ссылки на публичный порядок являются необоснованными и недоказанными, так как «стороны по делу являются юридическими лицами, созданными в соответствии с действующим законодательством, являются независимыми участниками хозяйственного оборота, наделены для этого полной правосубъектностью, и спор между ними возник из договорных правоотношений»²⁹. Этот пример подтверждает, что непозволительно отказываться от принципа обособленности юридического лица и его собственников.

Еще одно интересное дело украинские суды рассматривали в 2019 г. Долг ответчика, государственного предприятия Украины — ПАО «Одесский припортовый завод»³⁰, составлял 250 млн дол. США. Ответчик указывал, что исполнение арбитражного решения доведет его до банкротства и «приведет к невозможности исполнения обязательств по обеспечению мер безопасности объектов повышенной опасности, являет собой угрозу безопасности и жизни граждан, интересам государства и граждан»³¹. Однако Киевский апелляционный суд отнесся к этим аргументам скептически, указав, что специфика личности должника, основная доля в уставном капитале которого принадлежит государству, не нивелирует его обязанность отвечать по своим обязательствам и не исключает возможности того, что указанное

²⁸ *Hengjin (HK) Cereal & Oil Food Co., Ltd. v. Anhui Cereal & Oil Food Import & Export Co. (Group)* // Guide on Foreign-Related Commercial and Maritime Trial. 2003. Vol. 7. № 1. P. 36–40.

²⁹ Перепелинская Е. О. Публичный порядок в законодательстве Украины по вопросам признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений // Арбитраж и регулирование международного коммерческого оборота: российские, иностранные и трансграничные подходы: *Liber Amicorum* в честь 70-летия А. С. Комарова. М., 2019. С. 512.

³⁰ Одесский припортовый завод является одним из крупнейших предприятий химической отрасли Украины. Доля государства в уставном капитале составляет 99,57 %.

³¹ Определение Киевского апелляционного суда от 24.04.2019 по делу № 824/241/2018 // Единый государственный реестр судебных решений Украины: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81424468> (дата посещения — 12.03.2021).

лицо может быть должником по решению суда, независимо от величины присужденного в пользу взыскателя. Также суд отметил, что должник строит свои аргументы на необходимости сохранения преимущественно личных финансовых интересов и не учитывает, что это является противоправным вмешательством в право собственности взыскателя, который передал товар и рассчитывает на прибыль³².

Абсолютно разные юрисдикции сталкивались с необходимостью оценки влияния связи между должником и государством на применение оговорки о публичном порядке. Тем не менее все они приходили к одному и тому же решению: этот фактор не является основанием для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений.

Вопрос влияния связи должника с государством на применение оговорки о публичном порядке изучался во многих юрисдикциях, т. е. необходимость решения этой проблемы возникла не только у российского правоприменителя. Стоит отметить, что даже в юрисдикциях с преобладающим участием государства в экономике суды стремятся сохранять беспристрастное отношение к должнику, отказываясь от возможности расширительного толкования публичного порядка.

Можно сделать вывод, что позиция судов, согласно которой должник, связанный с Российской Федерацией, вправе не исполнять решения международных коммерческих арбитражей, не соответствует определению публичного порядка, установленному высшими судами РФ. Более того, ссылка юридических лиц на особый статус для государства не должна рассматриваться судами как достаточное основание для применения оговорки о публичном порядке.

Если российские государственные суды не изменят подход в отношении должников, имеющих связь с государством, может проявиться так называемый «общий эффект», который возникает вследствие распространения информации судом или о суде, а также его деятельности и реакции сторонних наблюдателей на эту информацию³³. «Общие эффекты» могут привести к тому, что поведение иностранных контрагентов может изменяться просто за счет получения большого количества информации о вероятных издержках и выгодах — информации об определенности, скорости применения и суровости санкций³⁴ — относительно возможности последующего исполнения арбитражного решения против должника, связанного с РФ. Социальные эффекты, достигаемые судами путем распространения этой информации, будут гораздо более значительными, нежели непосредственные эффекты для сторон сравнительно небольшого количества решений, которые они реально выносят³⁵. В связи с этим подход, который позволяет применять оговорку о публичном порядке лишь на основе связи должника с государством, не должен применяться российскими судами.

³² Перепелинская Е. О. Указ. соч. С. 515.

³³ Andenaes J. The General Preventive Effects of Punishment // University of Pennsylvania Law Review. 1996. Vol. 114. № 7. P. 949.

³⁴ Galanter M. Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law // The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law. 1981. Vol. 13. № 19. P. 11.

³⁵ Ibid. P. 13.

В противном случае сохранение подобной политики в отношении связанных с Российской Федерацией лиц может привести к развитию двух сценариев. В первом случае иностранные лица будут гораздо реже сотрудничать и заключать договоры³⁶ с лицами, связанными с государством, в связи с отсутствием гарантированного права на судебную защиту, которая включает в себя в том числе право на последующее исполнение арбитражного решения, или будут требовать предоставления дополнительных гарантий (банковскую гарантию, наличие имущества за рубежом и т. п.), что увеличит издержки российских юридических лиц.

Не исключен и более негативный сценарий. Исследования показывают, что государственные предприятия с трудом выступают в качестве равноправной стороны в гражданских правоотношениях, склоняясь к иерархичности и проявлению властных преференций в отношениях с иностранными контрагентами³⁷. Соответственно, в ситуации наличия спора между российским монополистом, связанным с государством, и иностранными контрагентами последние не будут являться равной стороной гражданско-правовых отношений. В результате они будут лишены права на справедливое и беспристрастное судебное разбирательство, так как обращение взыскания на имущество связанного с государством должника фактически трудно реализуемо, а такие принципы гражданского права, как неприкосновенность собственности и равенство сторон, будут нарушены.

³⁶ Мухаметшин А. Э., Сарваров Д. М. Категория «публичный порядок» в контексте применения норм глав 30 и 31 АПК РФ в российской судебной практике // Закон. 2019. № 7. С. 5.

³⁷ Lalive P. Op. cit. P. 294.