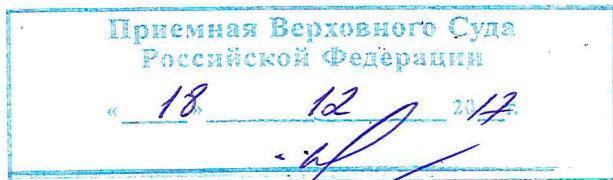


15 декабря 2017 года
Москва



Судья Верховного Суда
России

Н.В. Павлова

Дело № A64-906/2017

Уважаемая Наталья Владимировна!

На рассмотрение Экономической коллегии Верховного суда («Суд») передано дело № А64-906/2017. Из судебных актов по делу следует, что предметом рассмотрения Суда может стать вопрос о правопреемстве в отношении арбитражной оговорки, включенной в договор ипотеки, в случае перехода права собственности на заложенное имущество. Насколько мы можем судить по судебным актам, вопрос о последующем согласии на рассмотрение дела третейским судом путем участия в его рассмотрении без заявления возражений не возникает в связи с фактическими обстоятельствами дела.

Мы понимаем, что вопросы права, такие как толкование и применение законодательства о третейских судах и арбитраже в конкретном деле, безусловно относятся к исключительной компетенции Суда.

Целью настоящего письма является предоставление суду дополнительной информации, которая может быть полезной для понимания международных подходов для разрешения аналогичных вопросов, и которую Суд может оценить по собственному усмотрению.

Мы надеемся, что прилагаемый к настоящему письму обзор законодательства и судебной практики ряда иностранных государств (Англии и Уэльса, Германии, Франции и Швейцарии), связанных с правопреемством в отношении арбитражной оговорки в случае правопреемства по материально-правовому обязательству как в силу договора, так и в силу закона, может быть полезен Суду.

Об Арбитражной Ассоциации

Ассоциация участников по содействию в развитии третейского разбирательства («Арбитражная Ассоциация») была создана в 2013 году и в настоящее время насчитывает более 100 членов: российских и иностранных юридических фирм,

представителей науки и частнопрактикующих юристов. Целями деятельности ассоциации является содействие развитию международного арбитража и третейского разбирательства в России, повышение привлекательности России как места арбитража. Более подробная информация об Ассоциации содержится на сайте www.arbitrations.ru.

Отсутствие конфликта интересов

Ни Арбитражная Ассоциация, ни юристы, участвовавшие в подготовке настоящего письма и прилагаемого обзора, не имеют какой-либо заинтересованности в исходе рассматриваемого Судом дела. В частности, каждый из юристов, участвовавших в его подготовке, подтвердил, что ни он, ни юридическая фирма, с которой он связан, не представляет и не представляла спорящие стороны в деле.

Настоящее письмо подготовлено по собственной инициативе Арбитражной Ассоциации. Ни стороны дела, ни их представители не обращались по этому вопросу к Арбитражной Ассоциации, и Арбитражная Ассоциация не вступала ни в какие контакты со сторонами дела или их представителями в связи с подготовкой настоящего письма и приложением к нему.

Возможное значение законодательства и практики иностранных государств

Арбитражная Ассоциация посчитала необходимым привести информацию по практике иностранных судов и иностранному законодательству по следующей причине. Российская Федерация последовательно проводит политику, направленную на повышение привлекательности России как места арбитража. Поскольку судебная практика имеет важное значение при оценке сторонами привлекательности той или иной юрисдикции, Суд может принять во внимание при разрешении данного дела практику по схожим делам стран, являющихся признанными центрами арбитража.

В приведенном документе имеются только ссылки на иностранные источники, которые, с учётом ограниченного времени на подготовку настоящего письма и обзора, мы не имели возможности перевести на русский язык. В силу этого они не прилагаются в обзоре. Вместе с тем, в случае наличия к ним интереса, мы готовы представить данные источники на языке оригинала или в неофициальном переводе на английский язык, если такой перевод был опубликован.

В случае необходимости мы будем рады ответить на любые вопросы Суда или представить дополнительные материалы или пояснения.

Приложение - Обзор законодательства и судебной практики отдельных стран.

С уважением,

/Подпись/

Роман Олегович Зыков
Генеральный Секретарь
Арбитражной Ассоциации

Обзор законодательства и практики

1. В настоящем обзоре анализируются законодательства и судебная практика ряда иностранных государств по вопросу правопреемства в отношении арбитражной оговорки в случае правопреемства по основному договору, происходящего как на основании договора, так и в силу закона. При анализе судебной практики нам не удалось обнаружить дел, в которых бы рассматривался вопрос о применении арбитражной оговорки к ситуации, когда заложенное имущество было продано, и залог следует за проданным имуществом, однако мы полагаем, что анализ практики по другим случаям правопреемства, в том числе в силу закона, может быть интересен Суду.
2. В обзоре рассматриваются законодательство и судебная практика Англии и Уэльса (параграфы 1-11), Германии (параграфы 12-14), Франции (параграфы 15-17) и Швейцарии (параграфы 18-19).
3. Проведенный анализ показывает, что в большинстве стран (Германии, Франции и Швейцарии) переход материально-правовых прав и обязанностей по договору, независимо от основания, влечет переход прав и обязанностей по арбитражной оговорке, если она не связана с личностью первоначальной стороны. Это объясняется тем, что арбитражная оговорка рассматривается как принадлежность основного обязательства, а также тем, что изменение сторон обязательства не должно изменять их положения, в том числе процессуального. В праве Англии ситуация является менее ясной. С коммерческой точки зрения это может быть объяснено тем, что применительно к залому представляется крайне маловероятной ситуация продажи имущества без получения согласия залогодержателя: любые вопросы, связанные с процедурой разрешения споров с новым залогодателем, могут быть разрешены на этом этапе. Вместе с тем в отсутствие прямой уступки прав по договору принцип «договорной связи» создает вероятность того, что новый собственник не будет связан арбитражной оговоркой в договоре залога.

Англия и Уэльс

1. В праве Англии и Уэльса вопрос о правопреемстве в отношении арбитражной оговорки в случае перехода права собственности на заложенное имущество тесно связан с

принципом договорной связи, согласно которому договоры по общему правилу не создают обязанностей для третьих лиц. Вместе с тем применительно к отношениям по договору залога необходимо также учитывать установленные английским правом и обычными условиями договоров ограничения на распоряжение заложенным имуществом.

2. Вероятно, именно в связи с этими ограничениями нам не удалось найти судебных решений, в которых английские суды рассматривали бы вопрос о правопреемстве в отношении арбитражной оговорки в случае смены собственника заложенного имущества. В связи с этим ниже кратко описано регулирование залоговых отношений в английском праве применительно к сделкам с недвижимостью, а также общие принципы правопреемства в отношении арбитражной оговорки.
3. В силу законного залога недвижимости по английскому праву¹ залогодержатель хотя и не становится собственником имущества (т.е. не получает юридический титул на недвижимость), но получает очень широкие права, по своей природе приближающиеся к праву собственности.²
 - a. Условия договорных документов, создающих залог недвижимости по английскому праву, как правило, ограничивают возможности залогодателя по отчуждению имущества, являющегося предметом залога, без получения предварительного письменного согласия залогодержателя. Соответственно, получение предварительного согласия залогодержателя, как правило, является необходимым условием передачи недвижимости, обремененной залогом, в случае, если обеспеченный им заем не погашается, и залог таким образом не прекращается. Кроме того, передача недвижимости, обремененной залогом, может сопровождаться прямой уступкой третьему лицу прав и обязательств, вытекающих из договора залога.
 - b. Передача недвижимости с намеренным несоблюдением договорного положения, требующего согласия залогодержателя на осуществление такой

¹ Предметом настоящего анализа является только законный залог недвижимости, а не залог недвижимости по праву справедливости, в отношении которого действуют особые правила.

² Статьи 85 – 87 Закона о собственности 1925 г.

сделки, может быть признана не имеющей юридической силы по заявлению залогодержателя³.

4. Анализ практики английских судов не выявил опубликованных дел, в которых ситуация, являющаяся предметом рассмотрения в настоящем деле, оценивалась бы английскими судами напрямую, что можно рассматривать как косвенный показатель маловероятности или даже фактической невозможности возникновения подобной ситуации в правоотношениях, регулируемых английским правом. Вместе с тем если бы такая ситуация возникла в английской юрисдикции, то нельзя исключать, что действия органа государственной власти по передаче обремененного имущества третьему лицу могли бы быть оспорены в порядке судебного пересмотра при наличии соответствующих оснований и доказательств.
5. Если же допустить, что передача имущества все же состоялась и не была оспорена, и рассматривать вопрос о статусе залога в изоляции, то следует отметить, что залог и законные права залогодержателя в отношении заложенного имущества сохраняются. Такой вывод следует из общих принципов земельного права, положений Закона о собственности 1925 г., признающих законное право залога недвижимости в качестве законного имущественного права, а также дела *Four-Maids Ltd v Dudley Marshall (Properties) Ltd [1957] Ch 317*, в котором суд постановил, что законные права залогодержателя на вступление во владение имуществом (в отсутствие договорных положений об отказе от них) могут быть осуществлены в любой момент после создания залога.
6. Вместе с тем анализ практики английских судов не выявил опубликованных дел, в которых вопрос об объеме прав и обязанностей залогодержателя, сохраняющихся при передаче имущества третьему лицу, а также его соотношение с договорными правоотношениями между сторонами договора залога оценивались бы английскими судами. В связи с этим для ответа на данный вопрос необходимо обратиться к общим принципам английского права (см. ниже).
7. Ключевым принципом английского права, относящимся к возможности распространения прав и обязанностей из договора на третьих лиц, является принцип договорной связи

³ Дело *Ulster Bank Limited v Fazam Esmaili [2017] NICH 14*.

(privity of contract)⁴. В соответствии с данным принципом лицо, не являющееся стороной договора, не может приобретать обеспеченные исковой защитой права или обязанности по договору, сторонами которого являются третьи лица. Данный принцип был несколько видоизменен Законом о договорах (правах третьих лиц) 1999 г. («Закон о договорах»), который допустил предоставление договором третьему лицу, не являющемуся его стороной, права, исполнимого против сторон договора. Вместе с тем Закон о договорах не допускает наложения договором обязанностей на третьих лиц.

8. По общему правилу принцип договорной связи распространяется и на арбитражное соглашение, которое является юридически обязательным только для его сторон. Однако при определенных обстоятельствах его действие может быть распространено на третьих лиц. Данные обстоятельства кратко описаны ниже, однако они не представляются релевантными в свете фактов настоящего дела.

a. Права стороны по договору могут быть переданы третьему лицу путем прямой уступки с соблюдением ряда требований.

b. В соответствии со статьей 8.1 Закона о договорах требования договора становятся обязательными для третьего лица, предпринимающего шаги по реализации права, которым оно наделено в силу данного договора. Это правило распространяется и на арбитражные оговорки. Таким образом, если третье лицо пытается реализовать право, которым оно наделено по договору, содержащему арбитражную оговорку, требования такого лица подлежат передаче в арбитраж (в соответствии с арбитражной оговоркой), а не в государственный суд⁵. Вместе с тем Закон о договорах не предусматривает распространения требований по договору на третье лицо в ситуации, когда оно не предпринимает шагов по реализации права, которым оно наделено в силу данного договора. Таким образом, если сторона договора предъявляет требования к третьему лицу, то такое лицо не будет связано условиями

⁴ Сформулировано в делах *Tweddle v Atkinson* [1861] EWHC QB J57 и *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd* [1915] UKHL 1.

⁵ Дело *Nisshin Shipping Co Ltd v Cleaves & Co Ltd* [2003] EWHC 2602 (Comm).

арбитражного соглашения, и данные требования будут подлежать рассмотрению в государственном суде (в отсутствие соглашения об обратном)⁶.

- с. В отличие от подхода государственных судов некоторых стран романо-германской правовой семьи, например – Франции, возможность признания лиц, не являющихся подписантами арбитражной оговорки, ее сторонами со ссылкой на концепцию снятия корпоративной вуали и иные схожие принципы на данный момент не находят применения в английском праве.
9. На данный момент практика английских судов сводится к тому, что лицо, не являющееся подписантом, помимо изложенных выше ситуаций может быть признано стороной арбитражного соглашения только в том случае, если будет доказано, что условие о распространении арбитражного соглашения на данное третье лицо подразумеваемым образом инкорпорировано в договор. В этой связи установлен следующий тест: в деле *Marks and Spencer plc v BNP Paribas* Верховный суд Великобритании разъяснил, что условие подразумеваемым образом инкорпорировано в договор, когда оно (1) является настолько очевидным, что в этом нет никаких сомнений, или (2) является необходимым для придания договору экономического смысла.
10. Если рассматривать вопрос о распространении арбитражной оговорки в договоре залога, заключенном между изначальным собственником имущества и залогодержателем, на нового собственника имущества в изоляции, то есть вероятность, что английский суд, руководствуясь изложенными выше общими принципами договорного права, мог бы посчитать, что арбитражная оговорка (в отсутствие описанных в параграфах 8-9 выше обстоятельств или отдельного согласия нового собственника на рассмотрение спора в арбитраже) не распространяется на нового собственника.
11. Вместе с тем, как указано выше, анализ практики английских судов не выявил опубликованных дел, в которых ситуация, являющаяся предметом рассмотрения в настоящем деле, оценивалась бы английскими судами напрямую, и ее гипотетическое возникновение в английском обороте в принципе маловероятно в свете практики сделок с недвижимостью и правил английского права. Кроме того, в любом случае

⁶ Дело *Fortress Value Recovery Fund I LLC and others v blue Sky Special Opportunities Fund LP and others* [2013] EWCA Civ 367.

представляется маловероятным, что вопрос об объеме прав и обязанностей в отношении имущества, обремененного залогом, мог бы рассматриваться английским судом в изоляции, и существует вероятность, что с учетом всех релевантных факторов необходимость разрешения вопроса о распространении арбитражной оговорки на третье лицо не возникла бы или отпала бы.

Германия

12. Вопрос о том, распространяется ли арбитражная оговорка в договоре ипотеки на нового собственника заложенного имущества, не урегулирован немецким законодательством.
13. При смене собственника (например, при последующей продаже должником своего земельного участка) ипотека не прекращается, а следует за заложенным имуществом.⁷ При этом собственник вправе заявлять против ипотеки возражения, на которые имеет право должник по обязательству.⁸
14. В доктрине и практике не обнаружена четко выраженная позиция касательно того, переходит ли к новому собственнику арбитражная оговорка, если таковой себя связал предыдущий собственник имущества, обремененного ипотекой. Однако подобная практика имеется применительно к смене собственника договора аренды и иным случаям правопреемства. Так, в судебной практике нашел отражение подход, согласно которому, если к покупателю недвижимого имущества переходят права и обязанности арендодателя в соответствии с § 571 BGB, арбитражное соглашение сохраняет свою силу и в отношении покупателя.⁹ Кроме того, в немецкой практике устоялся подход, согласно которому при уступке права или передаче договора арбитражная оговорка переходит к правопреемнику.¹⁰ Вышеуказанная позиция мотивируется тем, что арбитражная оговорка является неотъемлемой частью переходящего права.

Франция

15. Во Франции правопреемник в рамках материально-правовых отношений по общему правилу становится стороной арбитражной оговорки, если она содержится в договоре, на основании которого эти отношения возникли. Исключением является ситуация, когда

⁷ § 1113 Гражданского уложения Германии (далее – «**BGB**»); Münchener Kommentar zum BGB. 7. Auflage 2017. § 1113; Wieling, Sachenrecht, 5., überarb. Aufl. 2007. Springer. § 27, 2a.

⁸ §1137 BGB

⁹ BGH, Urteil vom 3. 5. 2000 - XII ZR 42/98 (München)

¹⁰ BGH, Urteil vom 2. 3. 1978 - III ZR 99/76 (KG); BGH, Urteil vom 20. 3. 1980 - III ZR 151/79 (Frankfurt).

обязательства по арбитражной оговорке связаны с личностью первоначальной стороны договора, что прямо следует из договора или может быть презюмировано из обстоятельств его заключения (например, другая сторона полагались на особую добросовестность первоначальной стороны обязательства).

16. Добровольная уступка прав по договору влечет также переход прав и обязанностей, связанных с арбитражной оговоркой.¹¹ Те же последствия влечет переход прав и обязанностей по договору на основании закона, например, в случае суброгации.¹² При этом суды и доктрина исходят из того, что перемена лиц в обязательстве, по общему правилу, не должна влечь ухудшения положения лица, остающегося стороной данного обязательства, и давать какие-либо преимущества лицу, которая становится стороной обязательства.¹³
17. При анализе судебной практики не удалось обнаружить судебных решений по вопросу о судьбе арбитражной оговорки в договоре залога, но, представляется, что учитывая описанную выше практику, высока вероятность, что правопреемство по залоговому обязательству в результате приобретения собственности должно влечь правопреемство и в отношении арбитражной оговорки.

Швейцария

18. В Швейцарии уступка прав по основному обязательству влечет автоматический переход прав и обязанностей по арбитражной оговорке.¹⁴ Верховный суд Швейцарии в наиболее известном решении по этому вопросу, вынесенном в 2001 году, подчеркнул, что хотя арбитражное соглашение является автономным, в рамках перехода материальных прав по договору оно будет рассматриваться как сопутствующее право и принадлежность этих материальных прав.¹⁵
19. Арбитражная оговорка также переходит в случае правопреемства на основании закона, например, при суброгации.¹⁶ В доктрине также высказывается мнение, что права и

¹¹ Напр., Civ. I, January 5, 1999, Banque Worms, Bull. Civ. I n 1, p.1.

¹² Cas. Com., May 13, 1966 Societe d'approvisionnement textiles v Compagnie de navigation «Fraissinet et Cyprien Fabre», Revue Critique de droit international prive 1967, P. 355

¹³ Fouchard/Gaillard/Goldman, p. 427. para. 712.

¹⁴ ATF 128 III 50

¹⁵ Ibid. reason 2(b)(bb)

¹⁶ Cour de justice, Canton of Geneva, decision of 16 October 1987, ASA Bulletin, 1987, no. 5, p. 273.

обязанности по арбитражной оговорке переходят в случаях универсального правопреемства, например, при наследовании или реорганизации юридических лиц.¹⁷

¹⁷ Gabrielle Kaufmann-Kohler, Antonio Rigozzi, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, Oxford University Press, 2014, pp. 138-139,