

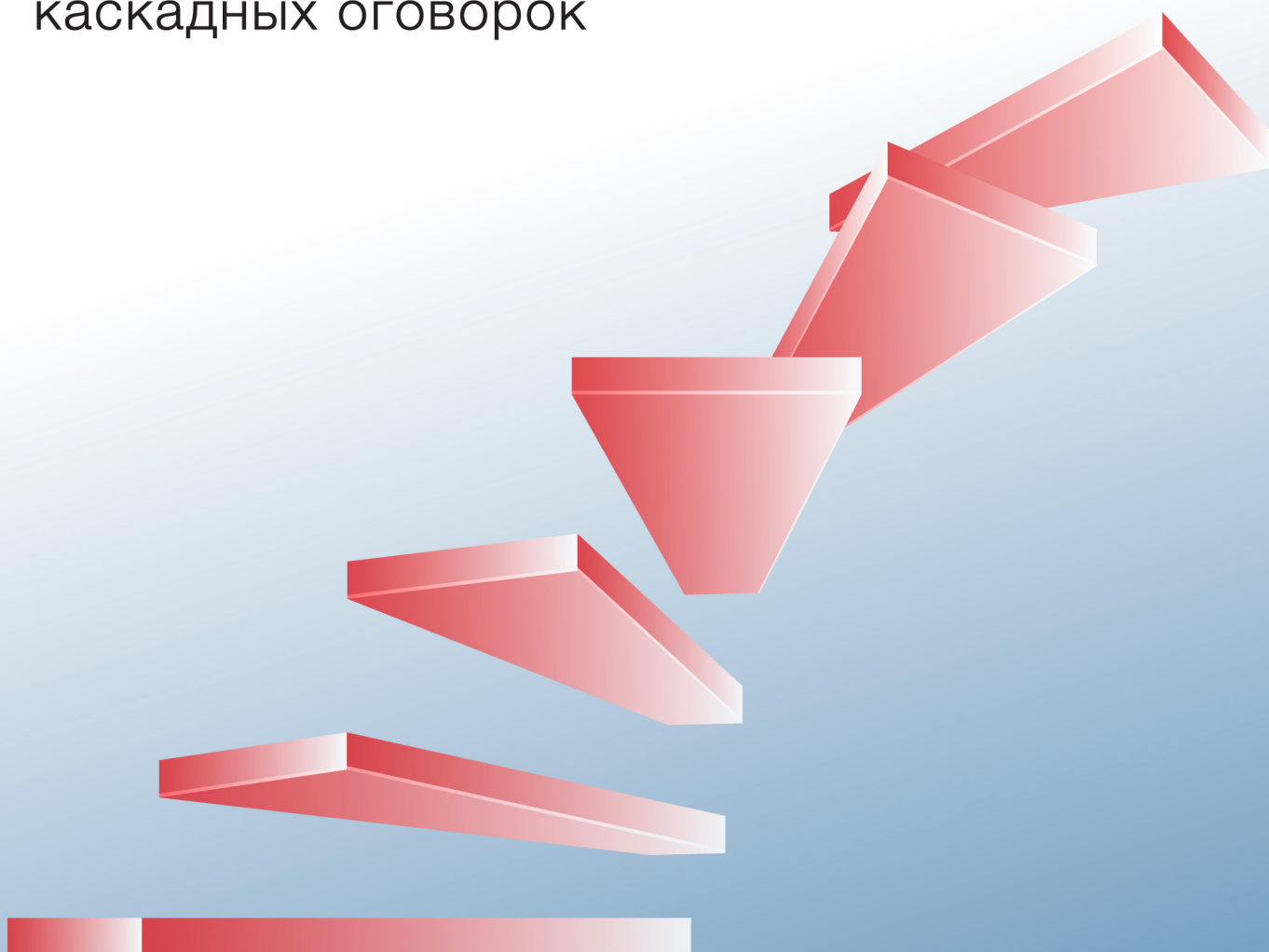


**Российский
арбитражный
центр**

при Российском
институте
современного
арбитража

РУКОВОДСТВО

по написанию
каскадных оговорок



ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	3
ТРИГГЕРНОЕ СОБЫТИЕ	5
КАСКАДНЫЙ ПЕРЕХОД	8
СТРУКТУРА КАСКАДНОЙ ОГОВОРКИ	12

Руководство не затрагивает нюансы санкционного регулирования, которые могут повлиять на процедуру арбитража, не является юридической консультацией и носит исключительно информационный характер. В настоящем обзоре термин «санкции» употребляется в широком смысле как обозначение применяемых государствами односторонних ограничительных мер, которые не относятся к международным санкциям в строгом понимании этого определения.

ВВЕДЕНИЕ

Одним из наиболее важных условий соглашения о разрешении спора является выбор форума – государственного или третейского суда, который будет рассматривать спор. При определенных обстоятельствах согласованный форум может стать неподходящим для рассмотрения спора, например, в случае введения санкций против одной из сторон. Эту проблему решает каскадная арбитражная оговорка – механизм, позволяющий сторонам передать спор в другой форум без проведения дополнительных переговоров.

Каскадная оговорка – соглашение о разрешении споров, содержащее несколько уровней. Каждый уровень представляет собой отдельное арбитражное соглашение с отдельным форумом для разрешения споров. Переход к следующему форуму зависит от наступления согласованных сторонами обстоятельств, указанных в арбитражном соглашении.

Руководство содержит практические рекомендации для составления каскадных оговорок. Примеры арбитражных оговорок даны исключительно в демонстрационных целях и не являются реальными арбитражными соглашениями.

Пример каскадной оговорки

Любой спор, возникающий из настоящего договора или в связи с ним, включая любые вопросы, касающиеся его существования, действительности или прекращения, подлежит передаче и окончательному разрешению в арбитраже в соответствии с правилами арбитражного института А, которые считаются включенными в настоящий пункт путем отсылки.

Местом арбитража является Лондон, Англия

Язык арбитража: английский

Если против Покупателя введены санкции Великобритании:

Любой спор, разногласие или претензия, вытекающие из настоящего Договора и возникающие в связи с ним, в том числе связанные с его нарушением, заключением, изменением, прекращением или недействительностью, разрешаются путем арбитража в соответствии с правилами арбитражного института Б.

Местом арбитража является Москва, Россия.

Язык арбитража: русский.

Каскадные оговорки (*waterfall arbitration clause*) отличаются от альтернативных (*alternative*) и многоступенчатых (*multi-tiered*) оговорок об урегулировании споров. Альтернативные оговорки допускают выбор по инициативе истца одного из согласован-

ных форумов, в котором окончательно разрешается спор. Выбор может стоять как между арбитражем в различных институтах, так и между арбитражем и судом. Многоступенчатые оговорки предполагают последовательный переход от одной процедуры урегулирования спора к другой (после исчерпания предыдущей), пока разногласие не будет окончательно разрешено.

Пример альтернативной оговорки

Любой спор, возникающий из настоящего договора или в связи с ним, включая любые вопросы, касающиеся его существования, действительности или прекращения, подлежит передаче и окончательному разрешению по выбору истца:

- 1) путем арбитража в арбитражном институте А, или*
- 2) путем арбитража в арбитражном институте Б, или*
- 3) в государственном суде В.*

Пример многоступенчатой оговорки

Любой спор, возникающий из настоящего договора или в связи с ним, включая любые вопросы, касающиеся его существования, действительности или прекращения, стороны разрешают путем проведения переговоров.

Если стороны не смогут разрешить спор путем переговоров в течение 60 дней после начала таких переговоров, спор подлежит урегулированию путем медиации в соответствии с Правилами проведения медиации института А.

Если стороны не смогут достичь медиативного соглашения в соответствии с указанными Правилами проведения медиации, спор подлежит передаче и окончательному разрешению путем арбитража в арбитражном институте А.

ТРИГГЕРНОЕ СОБЫТИЕ

Триггерное событие – это согласованное сторонами условие, с наступлением которого начинается процедура переноса спора из одного форума в другой (например, в другое арбитражное учреждение или государственный суд) или утрачивает силу предыдущий уровень каскадной оговорки, если спор еще не возник.

В самом тексте арбитражной оговорки триггерные события могут называться по-разному, например, «блокирующими проблемами» или «препятствиями для обращения в арбитраж».

Триггерное событие может быть определено несколькими способами:

1) В самой оговорке, как условие, автоматически влекущее переход к следующему форуму

Пример 1: триггерное событие – введение санкций против стороны

[Оговорка арбитражного института А]

Если сторона стала объектом иностранных санкций, а именно была включена в SDN-лист, споры из настоящего договора подлежат рассмотрению в арбитражном институте Б.

Стороны могут договориться, что триггерное событие должно быть подтверждено документально.

Пример 1.1: триггерное событие – уведомление стороны

[Оговорка арбитражного института А]

Если сторона становится объектом иностранных санкций, она обязана уведомить другую сторону и предоставить документальное подтверждение – официальное письмо от государственного органа. В таком случае все споры в связи с настоящим договором подлежат рассмотрению в арбитражном институте Б.

2) В ходе отдельной процедуры

В этом случае триггерным событием является не само обстоятельство, препятствующее началу или продолжению арбитража, а результат этой процедуры (например, обмен позициями сторон, решение эксперта, состава арбитража или секретариата¹).

¹ При определении лица, принимающего решение о наступлении триггерного события, следует помнить о рисках: например, в России существует практика (№ А40-286249/2023 и № А40-286243/2023), когда суды признавали оговорку неисполнимой из-за того, что решение о наступлении триггерного события принимала организация (Секретариат ICC), зарегистрированная в «недружественном» государстве.

Пример 2: триггерное событие – результат обмена позициями сторон

[Оговорка арбитражного института А]

Сторона, которая считает, что возникло [обстоятельство, препятствующее рассмотрению спора в арбитражном институте А], должна не позднее 15 календарных дней после его возникновения направить письменное уведомление другой стороне о наступлении такого события.

Вторая сторона в течение 10 календарных дней после получения письменного уведомления должна направить ответное обращение с изложением своей позиции о согласии или несогласии с наступлением [обстоятельства, препятствующего рассмотрению спора].

В случае согласия второй стороны с наступлением [обстоятельства, препятствующего рассмотрению спора], все споры в связи с настоящим договором подлежат рассмотрению в арбитражном институте Б. Если вторая сторона не направила ответное обращение в течение 10 календарных дней, то она считается согласившейся с тем, что [обстоятельство, препятствующее рассмотрению спора], наступило.

В случае несогласия второй стороны с наступлением [обстоятельства, препятствующего рассмотрению спора], первая сторона в течение 10 календарных с момента получения ответного обращения должна направить [документальное подтверждение].

В случае представления [документального подтверждения], с которым согласна вторая сторона, все споры в связи с настоящим договором подлежат рассмотрению в арбитражном институте Б. Если первая сторона не представит в установленный срок [документальное подтверждение], все споры в связи с настоящим договором подлежат рассмотрению в арбитражном институте А.

Хотя такая оговорка способствует диалогу между сторонами, может возникнуть ситуация, когда разрешить вопрос о наступлении [обстоятельства, препятствующего рассмотрению спора], стороны самостоятельно не смогут. В этом случае вопрос о наступлении такого обстоятельства может быть разрешен третьим лицом:

Пример 2.1: триггерное событие – решение эксперта

[Оговорка арбитражного института А]

Сторона, которая считает, что возникло [обстоятельство, препятствующее рассмотрению спора в арбитражном институте А], должна направить письменное уведомление другой стороне о наступлении такого обстоятельства. В случае несогласия сторон они обращаются в [экспертную организацию А] с просьбой назначить эксперта / к эксперту [фамилия, имя, отчество]² для определения

² При указании конкретного лица в оговорке, могут возникнуть некоторые риски. Например, у выбранного эксперта может быть конфликт интересов, он может отказаться или не иметь фактической возможности действовать в соответствии с оговоркой.

того, наступило ли такое обстоятельство. Решение эксперта окончательно и обязательно для обеих сторон.

Пример 2.2: триггерное событие – решение состава арбитража о том, что возникло обстоятельство, препятствующее продолжению арбитража

[Оговорка арбитражного института А]

При наступлении [обстоятельства, препятствующего рассмотрению спора в арбитражном институте А],³ любая из сторон может обратиться к составу арбитража (если он был сформирован) с просьбой письменно определить, препятствует ли такое обстоятельство продолжению арбитража в соответствии с правилами арбитражного института А. Состав арбитража по своему усмотрению решает, как рассматривать данную просьбу, в том числе следует ли предоставить другой стороне возможность ответить и в какой форме.

Однозначность толкования и квалификации

Триггерное событие должно быть описано так, чтобы возможность различных толкований его наступления была исключена. Например, формулировка «**в случае невозможности обращения** в арбитражный институт А истец вправе обратиться в институт Б» не позволяет определить ни конкретное событие, являющееся препятствием для подачи иска, ни факт наступления такого события.

	Описание триггерного события	Варианты толкования/оспаривания
1.	Включение [стороны] в SDN, санкционные списки Великобритании или Европейского Союза	Оспорить наступление триггерного события затруднительно, стороне достаточно представить подтверждение включения в соответствующий список ⁴
2.	Неисполнимость арбитражного соглашения в соответствии с законодательством РФ в силу наложения на [сторону] ограничительных мер	Существует риск спора сторон о наступлении триггерного события. В таком случае рассмотрение вопроса о наступлении триггерного события может потребовать отдельного разбирательства с участием состава арбитража
3.	Невозможность участия в арбитражном разбирательстве из-за введенных против [стороны] санкций	

³ В данном случае речь идет о событии, наступление которого наделяет стороны правом обратиться к составу арбитража с вопросом о препятствии к продолжению арбитражного разбирательства.

⁴ В каскадной оговорке следует предусмотреть последствия исключения стороны из санкционных списков. К примеру, можно указать, что после передачи спора в последующий форум исключение не приводит к передаче спора в предыдущий форум.

КАСКАДНЫЙ ПЕРЕХОД

Каскадный переход – это положение арбитражной оговорки, определяющее процесс перехода из одного арбитража в другой арбитраж (либо из арбитража в государственный суд), предусмотренный на следующем уровне каскада.

Процедура каскадного перехода происходит только после начала арбитражного разбирательства. Когда триггерное событие наступает до обращения сторон в арбитраж, каскадный переход отсутствует, а триггерное событие является условием, при котором арбитражное соглашение на соответствующем «уровне каскада» утрачивает силу. Если у сторон нет спора относительно того, наступило ли триггерное событие, они сразу обращаются в следующий арбитражный институт, указанный в каскадной оговорке.

Это можно прямо упомянуть в оговорке:

При наступлении триггерного события [арбитражное соглашение, предусматривающее передачу споров в арбитражный институт А], утрачивает силу.

В рамках каскадного перехода уже начатый арбитраж завершается и стороны переходят в новое разбирательство, при этом урегулировав оставшиеся процессуальные вопросы. Надлежащее завершение арбитража на предыдущем «уровне каскада» предотвращает риск параллельных разбирательств.

Стороны могут определить процедуру прекращения текущего арбитражного разбирательства следующими способами:

1) Согласованными действиями сторон

Пример 3

Стороны обращаются в секретариат арбитражного института А / к составу арбитража (если он был сформирован) с совместным заявлением о прекращении арбитражного разбирательства.

Если сторона препятствует такому совместному заявлению, можно предусмотреть наступление для нее неблагоприятных последствий – возложение на нее процессуальных расходов или неустойки.

Пример 3.1

Если любая из сторон будет уклоняться от подачи совместного заявления о прекращении арбитража, вторая сторона вправе подать заявление о прекращении арбитража самостоятельно.

Сторона, уклонившаяся от подачи совместного заявления о прекращении арбитража, несет все расходы, возникшие в ходе разбирательства в арбитражном институте А, включая издержки второй стороны.

2) Путем обращения к составу арбитража⁵

Пример 4

При наступлении [обстоятельства, препятствующего рассмотрению спора в арбитражном институте А], любая из сторон может обратиться к составу арбитража с просьбой определить порядок прекращения арбитража в арбитражном институте А, а также разрешить иные процессуальные вопросы, которые возникли в ходе разбирательства.

Состав арбитража с учетом мнений обеих сторон по своему усмотрению устанавливает порядок прекращения арбитражного разбирательства и разрешает иные процессуальные вопросы.

Отдельные процессуальные аспекты можно урегулировать в том же порядке – либо в каскадной оговорке, либо обратившись к составу арбитража.

Основные вопросы, которые могут потребовать урегулирования:

Формирование состава арбитража

Причины, по которым стороны договорились о прекращении текущего арбитражного разбирательства, зачастую не связаны с личностью арбитра или арбитров. Стороны могут договориться о назначении тех же арбитров в новом разбирательстве:

Стороны договорились, что в случае начала разбирательства в арбитражном институте Б состав арбитража, сформированный в ходе разбирательства в арбитражном институте А, предлагается к назначению в том же составе.

В случае, если тот же состав арбитража не может быть сформирован для рассмотрения спора сторон в арбитражном институте Б, он формируется заново.

Постановления состава арбитража

По умолчанию при прекращении арбитража процессуальные постановления состава арбитража теряют свою силу. Однако сохранение действия отдельных постановлений может быть удобным для сторон даже при переходе на следующий «уровень каскада».

Стороны договорились, что при прекращении разбирательства в арбитражном институте А все постановления состава арбитража в отношении порядка осуществления коммуникации, принятия доказательств и позиций, внесения изме-

⁵ Эта процедура имеет те же недостатки, что и в случае с процессом определения факта наступления триггерного события, см. сноску 1. Арбитры могут не квалифицировать наступление триггерного события как основание для прекращения арбитража.

нений в протокол устных слушаний, раскрытия вопросов по существу спора, а также обеспечительных мер сохраняют свою силу для сторон при рассмотрении спора в институте Б.

Обеспечительные меры

Отдельно следует обратить внимание на способы сохранения действия обеспечительных мер. Возможность сохранить обеспечительные меры после завершения разбирательства, в рамках которого они были приняты, может быть неочевидна:

	Вид меры	Примеры
1.	Предписание арбитра воздержаться от совершения определенного действия	Не распространять информацию, не расторгать договор, не продавать имущество
2.	Предписание арбитра совершить определенное действие	Обеспечить расходы другой стороны, обеспечить сохранность предмета спора либо доказательства
3.	Предписание государственного суда	Наложить арест на имущество стороны либо запрет на совершение регистрационных действий, истребовать информацию или доказательства у уполномоченного органа (налогового, регистрационного) или третьего лица, приостановить параллельное разбирательство

Первый вид мер можно прямо урегулировать в каскадной оговорке и указать, что такие меры сохраняются или прекращают действие.

Второй вид мер стороны могут сохранить путем заключения договора с согласованным частным лицом (договоры условного депонирования, секвестра и их аналоги в других юрисдикциях). Стороны могут согласовать удобную юрисдикцию и исполнителя услуг, оказание которых не зависит от арбитражного учреждения.

Третий вид мер назначается судом, поэтому сохранить его действие сложнее всего. Стороны могут заранее договориться о замене таких мер, где допустимо, на заключение обеспечительной сделки (договорный секвестр вместо судебного).

Стороны договорились, что при прекращении разбирательства в арбитражном институте А в связи с наступлением триггерного события все обеспечительные меры,

1) *принятые составом арбитража и*

I. предусматривающие, что сторона воздерживается от совершения определенных действий, – продолжают действовать до разрешения соответствующего вопроса составом арбитража, сформированным в разбирательстве в арбитражном институте Б

II. предусматривающие, что сторона совершает определенное действие – продолжают действовать. Для этих целей стороны до прекращения арбитража в институте А заключают гражданско-правовой договор с [третьим лицом].

В договоре с [третьим лицом] стороны определяют условия, при которых обеспечительные меры прекращают свое действие при рассмотрении спора в арбитражном институте Б.

- 2) принятые государственным судом, в случаях, когда это возможно – продолжают действовать при заключении договора с [третьим лицом] в соответствии с пунктом 2 *mutatis mutandis*.

Позиции сторон

Сторонам может быть важно сохранить возможность представить в новом арбитраже те же позиции, что были представлены в рамках прекращенного разбирательства. При этом обе стороны должны сохранять возможность изменения или дополнения представленных позиций.

Стороны договорились, что при прекращении разбирательства в арбитражном институте А все позиции, принятые составом арбитража, будут представлены составу арбитража, сформированному в разбирательстве в институте Б. Стороны вправе дополнять и изменять позиции, представленные в ходе арбитража в институте А.

Доказательства

Стороны могут предусмотреть возможность представить в последующем разбирательстве ранее приобщенные доказательства. Для сохранения вещественных доказательств или оригиналов документов можно применить тот же договорный механизм, что и для обеспечительных мер.

Стороны договорились, что при прекращении разбирательства в арбитражном институте А все доказательства, принятые составом арбитража, должны быть представлены составу арбитража в рамках разбирательства в арбитражном институте Б.

Распределение расходов сторон

Чтобы избежать споров о распределении расходов, понесенных в прекращенном арбитраже, стороны могут заранее договориться о распределении этих расходов.

Стороны договорились, что при прекращении разбирательства в арбитражном институте А все арбитражные сборы и расходы, связанные с арбитражем (расходы состава арбитража, расходы на проведение экспертизы, опроса экспертов, осмотра мест и доказательств, иные аналогичные расходы), распределяются поровну между сторонами.

Издержки сторон (расходы на представителей, транспортные, почтовые расходы, расходы, связанные с переводом документов и нотариальным удостоверением, иные аналогичные расходы) каждая сторона несет самостоятельно.

СТРУКТУРА КАСКАДНОЙ ОГОВОРКИ

Самый простой и понятный вариант структуры каскадной оговорки – это описание каждого уровня каскада в отдельном пункте в виде полноценной арбитражной оговорки.

Пример 5

[Уровень каскада 1] Все споры разрешаются в порядке арбитража, администрируемого арбитражным институтом А. Место арбитража – [...]. Спор разрешается единоличным арбитром, назначенным арбитражным институтом А. Язык арбитража – английский.

[Триггерное событие]

[Уровень каскада 2] ...все споры разрешаются в порядке арбитража, администрируемого арбитражным институтом Б. Место арбитража – [...]. Спор разрешается единоличным арбитром, назначенным арбитражным институтом Б. Язык арбитража – английский.

В данном примере каждый каскад включает в себя не только выбор арбитражного института, но и дополнительные условия: порядок выбора арбитра, место и язык арбитража.

Однако многие каскадные оговорки идут по пути вынесения таких дополнительных условий в общие положения:

Пример 6

[Уровень каскада 1] Все споры разрешаются в порядке арбитража, администрируемого арбитражным институтом А.

[Триггерное событие]

[Уровень каскада 2] ...все споры разрешаются в порядке арбитража, администрируемого Арбитражным институтом Б.

Место арбитража – [...]. Споры разрешаются единоличным арбитром, назначенным арбитражным институтом. Язык арбитража – английский.

При выборе этой структуры стороны рискуют столкнуться с рядом сложностей на этапе исполнения арбитражного соглашения либо его толкования составом арбитража или судом. Последний может признать такое соглашение недействительным или неисполнимым.

Во-первых, общие положения, применимые к каждому каскаду, могут противоречить

правилам одного из выбранных арбитражных институтов или месту арбитража, если место арбитража не совпадает для разных уровней каскада. Так, вынесенные в общие положения соглашения сторон об ограничении содействия государственных судов арбитражу могут оказаться недействительными в отдельных юрисдикциях, или место арбитража может предъявлять к их формулировкам дополнительные требования. В зависимости от юрисдикции, место арбитража может определять довольно важные для сторон аспекты спора – к примеру, срок исковой давности. Кроме того, отдельные соглашения сторон могут противоречить правилам арбитража конкретного арбитражного института.

Пример 7

[Уровень каскада 1] Все споры разрешаются в порядке арбитража, администрируемого арбитражным институтом А.

Место арбитража – [...]. Споры разрешаются единоличным арбитром, назначенным арбитражным институтом. Язык арбитража – английский.

[Триггерное событие]

[Уровень каскада 2] ...все споры разрешаются в порядке арбитража, администрируемого арбитражным институтом Б.

Место арбитража – [Москва, Российская Федерация]. Споры разрешаются единоличным арбитром, назначенным арбитражным институтом. Язык арбитража – английский.

Стороны соглашаются, что при вынесении составом арбитража решения (постановления) о наличии либо отсутствии компетенции, стороны не вправе обращаться в компетентный суд с требованием об отмене такого решения.

Стороны соглашаются, что состав арбитража оценивает доказательства в соответствии со стандартом баланса вероятностей.

Стороны соглашаются, что арбитражное решение не должно включать в себя мотивировочную часть.

В приведенном примере сразу несколько положений оговорки содержат в себе риски. Например, положение о том, что арбитражное решение не включает мотивировочную часть, может не соотноситься с императивными требованиями места арбитража и привести к отмене арбитражного решения. Положение об оценке доказательств нужно соотносить с требованиями конкретных правил арбитража и применимого права. Оговорка об отказе от права на обращение с заявлением об отмене решения допустима в России, при этом в других юрисдикциях она может быть не предусмотрена законом.

Во-вторых, стороны, как правило, предусматривают разные условия для разных каскадов арбитражной оговорки; при вынесении их в общие положения они вынуждены пользоваться внутренними отсылками. Если внутренних отсылок и специальных положений в каскадной оговорке становится слишком много, может произойти сме-

шение разных уровней каскада. Это в свою очередь может привести к противоречию между разными положениями каскадной оговорки и ее неисполнимости⁶:

Пример 8

Статья 9. Порядок разрешения споров

- 1) [Уровень каскада 1] Все споры разрешаются в порядке арбитража, администрируемого арбитражным институтом А. Применимым правом является право Англии, место арбитража – Лондон, Англия. Для целей настоящего арбитража ссылка на [арбитражное учреждение] должна считаться ссылкой на арбитражный институт А.
- 2) [Триггерное событие 1]
- 3) [Уровень каскада 2] Все споры разрешаются в порядке арбитража, администрируемого арбитражным институтом Б. Применимым правом является право Гонконга. Для целей настоящего арбитража ссылка на [арбитражное учреждение] должна считаться ссылкой на арбитражный институт Б.
- 4) [Соглашения сторон при рассмотрении спора на уровне каскада 2]
- 5) [Триггерное событие 2]
- 6) [Уровень каскада 3] Все споры разрешаются в порядке арбитража, администрируемого арбитражным институтом В. Применимым правом является право, определенное в первом уровне каскада. Для целей настоящего арбитража ссылка на [арбитражное учреждение] должна считаться ссылкой на арбитражный институт В.
- 7) Место арбитража устанавливается в соответствии с [уровнем каскада]. Для п. 9.1 таковым является Лондон, для п. 9.2 при условии отсутствия возражений сторон – Сингапур, для п. 9.3 – аналогично п. 9.1, при возражении любой стороны – Российская Федерация. Количество арбитров для рассмотрения спора устанавливается в соответствии с правилами [арбитражного учреждения], которые также закрепляют порядок формирования состава арбитража. Язык арбитража – английский.

Тем не менее, общие положения могут быть полезны для каскадной оговорки. В них можно вынести, например, термины (гlossарий) или ссылки на применимые стандарты и документы мягкого права (например, Правила Международной ассоциации юристов по получению доказательств в международном арбитраже).

⁶ В деле № A40-202213/23, где отсылочные пункты привели к смешению различных положений о рассмотрении спора в государственном суде Англии, МКАС и VIAC, судья посчитал, что из оговорки не следует воли сторон на рассмотрение спора в арбитраже.