

АНАТОЛИЙ СТАТИ, ГАБРИЕЛЬ СТАТИ, ASCOM GROUP, S.A. и TERRA RAF TRANS TRADING Ltd.

против

РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Арбитражный Институт Торговой палаты Стокгольма V (116/2010)

I. ВВЕДЕНИЕ

1. Республика Казахстан (РК) сделала запрос на представление экспертного заключения по некоторым вопросам, касающимся принятия и приведения в исполнение решения, вынесенного в вышеупомянутом арбитражном разбирательстве.
2. В рамках данного арбитражного процесса (арбитраж Договора к Энергетической Хартии) трибунал вынес арбитражное решение в пользу Истцов, Анатолия Стати, Габриэля Стати, Ascom Group, SA и Terra Raf Trans Trading (Стороны Стати) и против РК в соответствии с Договором к Энергетической Хартии (ДЭХ). Решение было вынесено 19 декабря 2013 года в размере около 500 миллионов долларов США
3. Стороны Стати инициировали публичные действия со стороны государств по исполнению решения в судах Соединенного Королевства, Соединенных Штатов, Бельгии, Нидерландов, Люксембурга и Италии. Я понимаю, что действия, связанные с решением, в настоящее время находятся в стадии рассмотрения во всех этих юрисдикциях.
4. РК оспаривает признание и исполнение решения по ряду причин в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией, в том числе ввиду того, что исполнение будет нарушать публичный порядок. РК основывает свою защиту публичного порядка на утверждении, что решение в данном случае было получено обманным путем. РК поддерживает это утверждение на основе фактов, которые привлекли внимание после вынесения решения, и, в частности, во время и после первого действия по отмене решения в судах Швеции, являющихся местом арбитража.¹
5. В ходе исполнительного производства, возбужденного Сторонами Стати в Соединенном Королевстве, после двухдневного оспариваемого слушания, на котором были представлены существенные факты и экспертные доказательства, Высокий суд установил наличие достаточных доказательств для возбуждения судебного дела о принятии решения, полученного путем мошенничества. В частности, Высокий суд заявил:

¹ Решение, Республика Казахстан против Ascom Group, S.A., Анатолий Стати, Габриэль Стати и Terra Raf Trans Trading Ltd., Дело №. Т 2675-14 (Апелляционный суд Свеа, 9 декабря 2016 г.).

Я считаю ... что имеется достаточно убедительных доказательств того, что решение было вынесено мошенническим путем.² На этом основании Высокий суд назначил полное судебное разбирательство по вопросу мошеннических действий при вынесении решения. Когда Стороны Стати пытались прекратить исполнительное производство в Великобритании, Высокий суд первоначально отклонил эту просьбу. Но данное решение было отменено в Апелляционном суде, и исполнительное производство в Великобритании было прекращено.

6. Меня попросили предоставить ответ в данном заключении в отношении следующих четырех вопросов:

- (a)** во-первых, должен ли исполнительный суд провести расследование по данному вопросу в соответствии с Нью-Йоркской Конвенцией с учетом заслуживающих доверия доказательств мошеннических действий при вынесении решения.
- (b)** во-вторых, в соответствии с Нью-Йоркской Конвенцией, отказ суда места (в данном случае Стокгольм) отменить решение по соображениям публичного порядка лишает суд другой юрисдикции возможности отказать в вынесении решения на основании публичного порядка.
- (c)** в-третьих, предусматривает ли Нью-Йоркская Конвенция конкретный стандарт доказательства для обвинений в мошенничестве.
- (d)** в-четвертых, существуют ли в данном случае достоверные доказательства мошенничества и причинно-следственной связи между мошенничеством и исходом арбитражного решения.

7. При проведении расследования по данному делу я рассмотрел следующие документы:

- Решение, Ascom Group, S.A., Анатолий Стати, Габриэль Стати и Terra Raf Trans Traiding Ltd. против Республики Казахстан, Арбитражный Институт Торговой палаты Стокгольма V (116/2010), 19 декабря 2013 г. (с поправками от 17 января 2014 г.).
- Решение, Республика Казахстан против Ascom Group, S.A., Анатолий Стати, Габриэль Стати и Terra Raf Trans Traiding Ltd., дело №. Т 2675-14 (Апелляционный суд Свеа, 9 декабря 2016 г.).
- Решение, Анатолий Стати, Габриэль Стати. Ascom Group S.A. и Terra Raf Trans Traiding Ltd., дело №. CL-2014-000070 (6 июня 2017 г.)
- Экспертный отчет доктора Патрика Шольдстрема (13 января 2017 г.)
- Декларация Филиппа Мейтленда Каррингтона (1 апреля 2019 г.)

² Judgment, Anatolie Stati, Gabriel Stati. Ascom Group S.A. and Terra Raf Trans Traiding Ltd., Case no. CL-2014- 000070 (June 6, 2017), para. 92. Justice Knowles added:

In my judgment there is the necessary strength of prima facie case that the alleged fraud would have made a difference to the Tribunal.

Id., para. 48.

- Декларация Мэтью Х. Кёртланда (9 мая 2019 г.)
 - Декларация Александра Фёрстера (10 мая 2019 г.)
 - Переписка между Сторонами Стати и KPMG (февраль-март 2016 г.; июль-октябрь 2019 г.) (переписка KPMG)
 - Отчет PricewaterhouseCoopers LLP (отчет PwC) о переписке KPMG 21 января 2020 г.)
8. По причинам, изложенным ниже, я заключил, что (а) перед лицом заслуживающих доверия доказательств мошеннических действий, примененных в процессе вынесения решения исполнительный суд в соответствии с Нью-Йоркской Конвенцией должен провести тщательный анализ по данному вопросу, (b) в соответствии с Нью-Йоркской Конвенцией, отказ судом места арбитража по отмене решения по соображениям публичного порядка, не препятствует суду другой юрисдикции отказать в исполнении данного решения по соображениям публичного порядка, (c) Нью-Йоркская Конвенция не предусматривает какого-либо конкретного стандарта доказательства обвинений в мошенничестве, и (d) в этом случае существуют достоверные доказательства мошенничества и причинно-следственной связи между таким мошенничеством и результатами арбитражного разбирательства.

II. ОБРАЗОВАНИЕ И КВАЛИФИКАЦИИ

9. Я являюсь профессором права в юридической школе Колумбийского Университета в Нью-Йорке, где я являюсь профессором кафедры, учрежденной Европейским союзом Программы грантов им. Жана Монне, и профессором кафедры Уолтера Геллхорна. Будучи членом Колумбийского факультета с 1975 года, я преподавал, среди прочего, следующие предметы: международный коммерческий и инвестиционный арбитраж, транснациональные судебные процессы, коллизионное право, право Европейского союза, право ВТО и заключение контрактов.
10. Я являюсь членом коллегии адвокатов штата Нью-Йорк и бывшим юристом в нью-йоркском офисе юридической фирмы Davis Polk & Wardwell. Я обладаю степенью бакалавра Йельского колледжа и степенью доктора права Йельской юридической школы.
11. В Колумбийском Университете я основал и занимаюсь управлением Центра международного коммерческого и инвестиционного арбитража (CICIA). Я также основал и был первым директором Европейского центра правовых исследований (ELSC). Я являюсь главным со-редактором «Обзора Американского международного арбитража (ARIA)», который выпускается в Колумбийском Университете, а также являюсь председателем исполнительного редакционного совета Колумбийского журнала европейского права (CJEL), основателем которого также являюсь я.
12. Я также преподаю другие регулярные учебные занятия в Институте политических наук (Sciences Po) в Париже, где я являюсь профессором кафедры и преподаю в рамках программы магистратуры правоведения (LL.M.) по международному разрешению споров. Я также регулярно преподаю по программе магистратуры по международному урегулированию споров (MIDS) в Женевском университете. Кроме того, я преподаю в качестве адъюнкт-профессора в юридическом

центре Джорджтаунского университета в Вашингтоне, округ Колумбия.

13. В течение последних 40 лет я регулярно работал в качестве международного арбитра по коммерческим делам и делам государств-инвесторов, рассматривал десятки дел и часто предоставлял экспертные заключения для судов и арбитражных судов по вопросам права международного арбитража, транснациональных судебных разбирательств, права Европейского Союза и прав некоторых европейских юрисдикций.
14. Я являюсь главным докладчиком свода норм Американского института права (ALI) Закона США о международном коммерческом и инвестиционном арбитраже, который получил окончательное одобрение в мае 2019 года. Я также являюсь автором многочисленных книг, в том числе совсем недавно выпущенного Руководства ЮНСИТРАЛ по Нью-Йоркской конвенции (в соавторстве с Э. Гайардом) (2016 г.); Международный арбитраж и международное частное право (Общий курс по международному частному праву Гаагской академии международного права), опубликованный Академией *Recueil des cours* и в мягкой обложке (Брилл Ниджхофф) (2017 г.); Интерпретация и применение Нью-Йоркской конвенции национальными судами (издательство Спрингер, 2017 г.); Обязательные правила в международном арбитраже (2-е изд., готовится к публикации издательство Juris, 2020 г.); дела и материалы по праву Европейского Союза (издательство West, 4-е издание, 2016 г.) (в соавторстве).
15. Я являюсь автором многочисленных статей, в том числе Договора к Энергетической хартии и права Европейского Союза, в области международного арбитража в энергетическом секторе (М. Шерер, изд., 2018 г.); Что значит выступать «за арбитраж?» 34 *Арб. межд.* 341 (2018 г.); Роль национальных судов на пороге арбитража, 28 *ам. рев. международный арб.* 291 (2018 г.); Закон Европейского Союза как юрисдикционная и существенная защита ответственности государств-инвесторов (в издании Ф. Феррари, Влияние права ЕС на международный арбитраж, издательство Juris, 2017 г.); Законная сила в международном арбитраже, в А. Бьорклунд, Ф. Феррари и С. Кролл, ред., Кембриджский сборник международного коммерческого и инвестиционного арбитража (готовится к выпуску в 2020 году); Международные стандарты как вариант выбора права в международном арбитраже (28 *ам. рев. международный арб.* 423 (2017 г.); Аннулирование ЮКОСа: вопросы с ответами и без ответа, 27 *ам. рев. международный арб.* 1 (2016 г.) «Пределы автономии сторон в составе арбитража», «Пределы автономии сторон в международном коммерческом арбитраже 83» (Ф. Феррари, ред., издательство Juris, 2016 г.); «Международный коммерческий арбитраж: нынешние проблемы и будущие перспективы: юбилейный сборник для Джона Бичи» (2017 г.); *Gateway Problem* в международном коммерческом арбитраже, 37 *Йель. межд. л.* 1 (2012 г.); Навигация в законодательстве ЕС и Законе о международном арбитраже, 28 *арб. межд.* 397 (2012 г.); Проблема возможности арбитражного урегулирования, 23 *ам. рев. межд. арб.* 367 (2012 г.).
16. Являясь членом международного арбитражного сообщества, я работаю и занимаю должности во многих международных арбитражных учреждениях. В их число входят председательство при Нью-Йоркском международном арбитражном центре (NYIAC), членство в Совете управляющих

Международного арбитражного суда при Международной торговой палате (ICC) в Париже и членство при Постоянном комитете ICC и Международной арбитражной комиссии. Я являюсь членом Совета в Американской арбитражной ассоциации (AAA) и членом Совета директоров в Центре по предотвращению и разрешению конфликтов (CPR).

17. Я обладаю почетными степенями Университета Фрибурга, Швейцария; Университета Версаль-Сен-Кантен, Франция; Университета Сесара Вальехо, Лима, Перу; и Нового Университета Лиссабона, Лиссабон, Португалия.

III. АНАЛИЗ

18. В настоящем разделе я приведу причины, по которым я пришел к выводам, изложенным в пункте 8 выше.

(а) должен ли исполнительный суд провести расследование по делу в соответствии с Нью-Йоркской Конвенцией с учетом заслуживающих доверия доказательств мошеннических действий при вынесении решения.

19. Поскольку решение было вынесено в Швеции, ее исполнение за пределами Швеции регулируется Нью-Йоркской Конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йоркская Конвенция), истолкованной в конкретной юрисдикции. Конвенция по существу требует, чтобы суд обеспечил исполнение иностранного решения, кроме случаев, когда одно или несколько из исключений к данному обязательству, изложенного в Конвенции, будет удовлетворено.
20. Среди оснований, на которых может быть отказано в исполнении решения в соответствии с Конвенцией, является то, что приведение в исполнение решения будет нарушать публичный порядок³, широко понимаемую как нарушение основных принципов морали и справедливости в юрисдикции, где испрашивается такое исполнение.⁴
21. Исключение Конвенции в отношении публичного порядка должно толковаться узко, то есть ограничиваться теми исключительными обстоятельствами, при которых исполнение решения оскорбляет наиболее фундаментальные ценности юрисдикции.⁵ Принятие достаточно узкого понимания публичного порядка в этом контексте рассматривается как часть более широкой философии «содействия проведению арбитражных разбирательств», которая способствует исполнению как арбитражных соглашений, так и арбитражных решений. Правильно опасаются,

³ Нью-Йоркская конвенция, ст. V(2)(b).

⁴ Parsons & Whittemore Overseas против Societe Generale de L'Industrie du Papier (RAKTA), Апелляционный суд, Второй округ, Соединенные Штаты Америки, 508 F.2d 969, 974 (2e изд. 1974 г.).

⁵ Traxys Europe S.A. против Balaji Coke Industry Pvt Ltd., Федеральный суд, Австралия, 23 марта 2012 г., [2012] FCA 276, para. 105; Hebei Import & Export Corp. против Политек Инжиниринг Ко. Лтд., Апелляционный суд, Гонконг, 9 февраля 1999 г., [1999] 2 HKC 205, стр. 12, 13; ОАО «Газпром» против Литовской Республики, Министерство энергетики Литовской Республики, Верховный суд Литвы, Гражданское дело № 3К-7-458-701 / 2015, 23 октября 2015 года, абз. 73.

что слишком широкое понятие публичного порядка поставит под угрозу эффективность арбитражных решений, как средств международного разрешения споров. Кроме того, сторона, ссылающаяся на защиту по Конвенции на принудительное исполнение, несет бремя доказывания, что данная защита установлена.

22. Тем не менее, хотя международным арбитражным решениям отказывают в принудительном исполнении только на исключительной основе по соображениям публичного порядка, существуют обстоятельства, при которых отказ в приведении в исполнение по этим основаниям оправдан. Совершение мошенничества при получении решения является одним из таких обстоятельств.⁶
23. Мошенничество не только противоречит в некотором общем смысле базовым ценностям морали и справедливости, но и вредит способности арбитража достигать своей основной цели, а именно обеспечивать справедливое и беспристрастное разрешение споров. Для того чтобы арбитраж рассматривался в качестве законного средства разрешения международных споров, его репутация в отношении регулярности и добросовестности его разбирательства не должна подвергаться риску, как это происходит в случае, когда решение принимается на основании доказательств, которые, как известно, являются мошенническими.
24. В то время как обычно «содействие проведению арбитражных разбирательств (про-арбитраж)» используется для приведения в исполнение международных арбитражных решений, существуют арбитражные решения, случающиеся время от времени, которые не заслуживают исполнения, и, безусловно, «про-арбитраж» не будет способствовать их принудительному исполнению. Именно по этой причине составители Нью-йоркской Конвенции, которые, несомненно, следовали позиции «про-арбитража» предоставили основания для отказа в исполнении арбитражных решений, в том числе, когда их исполнение противоречит публичному порядку.
25. То, что исполнение решения, полученного в результате мошеннических действий, противоречит публичному порядку, является общепризнанным в прецедентном праве в различных юрисдикциях, включая, например, Соединенные Штаты,⁷ Англию,⁸ Австралию,⁹ Францию,¹⁰

⁶ Bloomberg Resorts and Hotels Inc и другие, против Global Gaming Philippines LLC и другие [2020] SGHC 01, пп. 97, 98; Karaha Bodas Co., L.L.C. против Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, 364 F.3d 274, 306 (5e изд., 2004 г.); SuiSouthern Gas Co Ltd против Habibullah Coastal Power Co (Pte) Ltd [2010 г.] SGHC 62, пункт 48; Serena Equity Limited против Fincantieri S.p.A., Gerechtshof, Амстердам, дело № 200.219.927 / 01, 9 октября 2018 г.

⁷ Enron Nigeria Power Holding, Ltd. против Федеративной Республики Нигерия, 844 F.3d 281 (D.C. Cir. 2016 г.) (исполнение решения на основании контракта, подтверждающего наличие мошеннических действий, нарушает государственную политику); Karaha Bodas Co., L.L.C. против Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, 364 F.3d 274, 306 (5th Cir. 2004 г.) («В удовлетворении арбитражного решения может быть отказано, если преобладающая сторона предоставила трибуналу ложные доказательства или если решение было получено путем мошеннических действий. Судами применяются трехэтапные критерии для определения того, насколько мошенничество влияет на арбитражное решение: (1) участник должен установить мошенничество с помощью четких и убедительных доказательств; (2) мошенничество не должно быть обнаружено при исполнении должной осмотрительности до или во время арбитража, и (3) лицо, оспаривающее решение, должно доказать, что мошенничество материально связано с вопросом в арбитраже»); ARMA, S.R.O. против BAE Systems Overseas, Inc., 961 F.Supp.2d 245, 254-55 (D.D.C. 2013 г.) (с использованием трехстороннего теста).

Германию,¹¹ Литву,¹² Нидерланды¹³ и Сингапур.¹⁴ Широко распространено мнение о том, что исполнение решения, полученного путем мошенничества, противоречит публичному порядку, и стало практически транснациональным принципом международного арбитражного права.

26. Таким образом, как отмечалось, что для национальных судов осуществлять арбитражное решение это «про-арбитраж», и приведение в исполнение арбитражных решений, полученных путем мошеннических действий не «про-арбитраж», а скорее «анти-арбитраж» для национальных судов.

27. Судья Ноулз Высокого суда Англии в деле, о котором говорилось ранее, хорошо изложил этот вопрос:

⁸ IPCO (Нигерия) против *Nigerian Nat'l Petrol. Corp.* [2015 г.] EWCA (Civ) 1144 (англ.) («Утверждение, что мошенничество искажает всякое решение... находит поддержку в принципах английского права»); IPCO (Нигерия) против *Nigerian Nat'l Petrol. Corp.* [2014 г.] EWHC (Comm) 576 (англ.) (факт мошенничества достаточен, чтобы отказаться от принудительного исполнения какой-либо части решения, поскольку мошенничество в отношении трибунала «подрывает действительность всего решения»); HJ Heinz Co. против EFL Inc [2010 г.] EWHC (Comm) 1203 (англ.) (Считает, что в случае мошенничества «при анализе фактов подход, более благоприятный для стороны, потерпевшей от мошенничества в отношении того, что причитается... может быть принят»); Double K Oil Prods. 1996 г. Ltd. против Neste Oil OYJ [2009 г.] EWHC (Comm) 3380, ^ 15 (англ.) («Самое ясное руководство в органах власти относительно того, когда исполнение арбитражного решения будет противоречить (английской) государственной политике в отношении основания для того, чтобы оно было получено путем мошеннических действий, можно найти в судебной практике, касающейся «ссылки на» решение, полученное путем мошенничества, или решения, или способа, которым оно была приобретено, противоречащим государственной политике»); Westacre Inv. Inc. против Jugoimport -SPDR Holding Co Ltd [2000 г.] QB (CA) 288 (англ.) (Если учесть, что при наличии убедительных доказательств мошенничества, **недоступного стороне во время судебного разбирательства, будет оправдан отказ в части исполнении решения**).

⁹ Traxys Eur SA против Balaji Coke Indus Pvt Ltd (№ 2) [2012 г.] FCA 276 (23 марта 2013 г.) (Austl.) (Считая, что исполнение решения, полученного мошенническим или коррупционным путем, будет противоречить государственной политике и, что суд может отказать в применении подорванного обманом решения).

¹⁰ Cour d'appel [CA] [региональный апелляционный суд] Париж, 1 ч., 16 января 2018 г., 15/21703 (фр.) (Аннулирование решения, поскольку право собственности было получено путем мошеннического административного разрешения)

¹¹ Bundesgerichtshof [BGH] [Федеральный суд] 30 января 2013 г., III ZB 40/12 (Германия) (признавая, что решение, полученное в результате процессуального мошенничества Истца, будет основанием для отказа в исполнении в соответствии со статьей V (2) (Б) Нью-Йоркской Конвенции).

¹² ОАО «Газпром» против Республики Литва, гражданское дело № 3К-7-458-701 / 2015 (Верховный суд Литвы 23.10.2015 г.) (считая, что понятие «государственная политика» следует толковать как «международная государственная политика» и «нарушение государственного порядка имеет место ... когда арбитражное решение или арбитражное соглашение было получено путем принуждения, мошенничества, угроз и т. д.»).

¹³ Hof Amsterdam 9 сентября 2018 г., GHAMS: 2018: 3755, 200,219,927/01 м. нт. (Serena Equity Ltd./Fincantieri SpA) (Нидерланды) («[Государственная политика исключает принудительное исполнение только в исключительных обстоятельствах. Мошенничество само по себе является таким обстоятельством, и государственная политика может препятствовать исполнению иностранного арбитражного решения, вынесенного путем мошеннического влияния]»).

¹⁴ Bloomberry Resorts & Hotels Inc. против Global Gaming Phil. LLC, № 1432/2017 (SGH, 3 января 2020 г.) (Сингапур) («Мошенничество, коррупция и взяточничество, как правило, подпадают под категорию «вопреки государственной политике ...». Таким образом, такие случаи, как коррупция, взяточничество или мошенничество, а также подобные серьезные дела послужат основанием для отмены решения». (внутренние цитаты опущены)); Sui S. Gas Co. против Habibullah Coastal Power Co. 23, 2010) (Сингапур) (Обнаружение, что «вопиющие обстоятельства, такие как коррупция, взяточничество или мошенничество, которые нарушают самые основные понятия морали и справедливости [...]», нарушают и государственную политику и оправдывают отмену решения).

Если обвинения в мошенничестве в настоящем деле не рассматриваются на судебном процессе и не решаются по своему существу, включая вопрос о последствиях мошенничества, это не будет иметь отношение к целостности арбитража как процесса или его надзора со стороны судов или Нью-Йоркской Конвенции, а также к обеспечению исполнения арбитражных решений в различных странах. Интересы правосудия требуют проведения разбирательства.¹⁵

- 28.** Таким образом, можно ожидать, что исполнительный суд, столкнувшись с достоверными доказательствами мошенничества при получении решения, проведет серьезное расследование по этому вопросу. Серьезность мошенничества при получении решения требует именно такого подхода. В отсутствие такого расследования не может быть должным образом принято ответственное решение о том, принесет ли исполнение решения ущерб публичному порядку юрисдикции.
- 29.** В настоящем деле проведение серьезного расследования мошенничества, тем более важно, учитывая, что шведский суд, в котором запрашивалось аннулирование решения, похоже, не определился с тем, было ли мошенничество действительно совершено.¹⁶ Таким образом, вопрос о том, было ли решение в этом деле получено путем мошенничества, никогда не решался по существу, за исключением выводов при отсутствии доказательств в пользу противного со стороны Высокого суда Англии. Как правильно заметил судья Ноулз в Высоком суде Англии, правосудие требует, чтобы обвинения в мошенничестве в этом деле были рассмотрены в ходе судебного разбирательства и вынесены решения по существу, несмотря на шведское решение. Также важным в этом контексте является тот факт, что шведский суд не имел в своем распоряжении полной записи соответствующих фактов, учитывая, что, как указано ниже, дополнительные доказательства по фактам мошенничества были обнаружены после отказа шведского суда в аннулировании в декабре 2016 года. Например, аудиторская фирма Сторон Стати, KPMG, отозвала в августе 2019 года свои аудиторские отчеты по финансовой отчетности Сторон Стати в связи с их ошибочностью, почти через два года после завершения судебного разбирательства в Швеции. Кроме того, исходя из представленной мне информации, я понимаю, что существенная переписка между Сторонами Стати и KPMG не разглашалась Сторонами Стати в ходе рассмотрения разбирательства шведским судом. Данная переписка показывает, что KPMG подняла вопросы о мошенничестве в 2016 году, но, как представляется, Стороны Стати уклонялись от этих вопросов и их последствий (до августа 2019 года, когда KPMG отозвала свои аудиторские отчеты).¹⁷
- 30.** С учетом представления достоверных доказательств по мошенничеству, проведение тщательного расследования о мошенничестве при получении решения не следует путать с

¹⁵ См. Примечание 2 выше в пункте 93.

¹⁶ Решение, Республика Казахстан против Ascom Group, S.A., Анатолий Стати, Габриэль Стати и Terra Raf Trans Trading Ltd., дело №. Т 2675-14, решение Апелляционного суда Свеа от 9 декабря 2016 года, с. 45.

¹⁷ См. пункт 46 и далее выше.

пересмотром решения по существу. Элементарно, что исполнительные суды не могут вторично проводить пересмотр дела по существу решения. Но расследование мошенничества при получении решения совершенно не похоже на рассмотрение существа спора. Такое рассмотрение необходимо именно для того, чтобы гарантировать соответствующее признание и приведение в исполнение решения по существу.

(b) в соответствии с Нью-йоркской Конвенцией, отказ суда места арбитража (в данном случае Стокгольм) отменить решение по соображениям публичного порядка лишает ли суд другой юрисдикции возможности отказать в исполнении решения на основании публичного порядка.

31. Как отмечалось выше, суд места арбитража по данному делу - Швеция - отклонила ходатайство РК об аннулировании настоящего решения. Суд установил, в частности, что исполнение решения в этом случае не будет в достаточной степени нарушать публичный порядок Швеции, чтобы оправдать отказ от исполнения.
32. Ко мне обратились с запросом рассмотреть вопрос о влиянии судебного решения Швеции на исполнение арбитражного решения в другой юрисдикции.
33. Говоря в целом, место арбитражного разбирательства рассматривается как имеющее «основную юрисдикцию» в отношении арбитража. В результате этого, постановление относительно действительности и исполнимости решения, как правило, имеют право на серьезное рассмотрение со стороны «вторичных юрисдикций», то есть иностранных юрисдикций, в которых арбитражное решение предъявляется для принудительного исполнения. Например, постановление суда основной юрисдикции об отклонении оспаривания решения при большинстве обстоятельств будет иметь значительный вес, когда аналогичное оспаривание возникает в действии по принудительному исполнению решения во вторичной юрисдикции. В юрисдикциях, которые применяют сопутствующий процессуальный отвод или преюдицию, такое постановление может даже иметь преюдиционную силу, когда оспаривание вновь появляется в принудительном действии во вторичной юрисдикции.
34. Однако этого нельзя утверждать об оспаривании, основанных на нарушении публичного порядка. Нью-Йоркская Конвенция прямо предусматривает, что суд может отказать в принудительном исполнении решения, если принудительное исполнение нарушит публичный порядок «страны, в которой испрашивается признание и исполнение».¹⁸ Другими словами, суд, перед которым встает вопрос о защите публичного порядка для противодействия принудительному исполнению, получает указание применить свой собственный публичный порядок, а не публичный порядок другой юрисдикции, включая место арбитража.¹⁹ Как известно, содержание публичного порядка

¹⁸ Нью-Йоркская конвенция, ст. V(2)(b).

¹⁹ См. пересмотр Закона США о международном коммерческом и инвестиционном арбитраже (предлагаемый окончательный вариант, 24 апреля 2019 г.).

варьируется в зависимости от юрисдикции. Таким образом, составители Конвенции приложили все усилия, чтобы ни одна юрисдикция не могла навязать свой публичный порядок какой-либо другой юрисдикции.

35. То же самое можно сказать о неарбитрабельности спора в качестве защиты исполнения в соответствии с Конвенцией.²⁰ Конвенция, в частности, призывает суды при рассмотрении прошения об отказе в исполнении арбитражного решения на основании неарбитрабельности основного иска применять свои собственные принципы неарбитрабельности, а не принципы какой-либо другой юрисдикции, включая места арбитража.
36. В данном отношении важно, чтобы защита публичного порядка и арбитрабельности для принудительного исполнения иностранных решений рассматривались совершенно иначе, чем все иные способы защиты Нью-йоркской Конвенции.
37. Таким образом, решение о том, будет ли исполнение настоящего решения идти в противовес публичного порядка конкретной юрисдикции, не должно зависеть от того, нарушает ли решение или не нарушает публичный порядок другой юрисдикции, в данном случае Швеции. На мой взгляд, это должно быть еще более важно, поскольку шведский суд по аннулированию не имел полных сведений, поскольку существенные доказательства, такие как отзыв KPMG аудиторских отчетов, в то время не существовали или они были удержаны Сторонами Стати.
38. В соответствии с Нью-йоркской Конвенцией суды конкретной юрисдикции должны принимать во внимание только публичный порядок этой юрисдикции, а не публичный порядок какой-либо другой юрисдикции при вынесении решения по защите публичного порядка, поднятой в соответствии со

§ 4.8. Влияние предварительного судебного решения по вопросу о доступности пост-решения

d. Влияние другого закона применительно к предварительному решению суда. Будет ли предварительное судебное решение иметь исключительный эффект в действии после вынесения решения, может в некоторых обстоятельствах зависеть от закона, в рамках которого регулировалось определение предварительных мер. Что касается определенных оснований для предоставления или отказа в возмещении после вынесения решения, таких как недействительность арбитражного соглашения, применимый к территории закон, по-видимому, одинаков, независимо от того, есть ли основания для отклонения ходатайства о принудительном арбитраже с целью установить в сторону итогового решения или против подтверждения, признания или исполнения решения. Когда применимый закон идентичен, предварительное определение может легко получить исключительный эффект. То же самое можно сказать и в отношении утверждений о том, что какой-либо стороне было отказано в возможности быть заслушанной, что трибунал превысил свои полномочия или что трибунал недопустимо игнорировал соглашение сторон о составе трибунала или арбитражном процессе.

Однако в отношении других оснований закон, регулирующий возможность предоставления возмещения после вынесения решения, требует применения закона, отличного от закона, применяемого судом, ранее занимавшим аналогичное основание. На разных этапах жизненного цикла арбитража различные суды могут задавать вопрос о том, является ли спор арбитражным или нарушает ли государственная политика исполнение арбитражного соглашения или арбитражного решения. В принципе, каждый суд, столкнувшийся с этими утверждениями, применяет свой внутренний закон об неарбитрабельности и государственной политике (выделение добавлено).

²⁰ Нью-Йоркская конвенция, ст. V(2)(a).

ст. V (2) (b) Конвенции. Другими словами, публичный порядок суда должен быть полностью независимым.

39. Именно такую позицию занимает Высокий суд Англии в связи с настоящим решением. Стороны Стати заявили в Высокий суд, что с точки зрения защиты публичного порядка она была связана решением шведских судов о том, что исполнение решения не противоречит публичному порядку Швеции. Судья Ноулз не согласился с этим, обнаружив, что «суд не решил вопрос о том, имело ли место мошенничество ... ни Шведский суд, ни суд США, ни Английский суд не приняли такого решения, хотя материалы были переданы в те суды, которые позволили бы им решать этот вопрос».²¹ Однако судья Ноулз этим не ограничился:

В статье V (2) (b) Нью-йоркской Конвенции рассматривается публичный порядок страны исполнения решения. Соответствующий публичный порядок может отличаться в зависимости от страны. Правильнее утверждать, что Шведский суд не решил, требовалось ли в соответствии с английским законодательством публичного порядка ходатайство о принудительном исполнении решения в данной юрисдикции в целях отклонения.²²

Если я, по необходимости, принимаю решение Шведского Суда как демонстрацию публичного порядка Швеции в контексте этого дела, то я считаю, что с точки зрения закона, публичный порядок Англии другой. [Адвокат РК] выразил [] это следующим образом, и я согласен: «Из результатов одной только Швеции очевидно, что содержание шведского публичного порядка должно отличаться от содержания ее английского аналога.»²³

В то время как отказ в праве оспаривать вынесенное решение был принят, английскому суду все равно придется решить, следует ли разрешить исполнение решения, поскольку английский публичный порядок в конечном итоге должен решаться английским судом.²⁴

40. В целом, Высокий суд Англии определенно (и верно) постановил, что соответствие решения публичному порядку Швеции не имеет отношения к вопросу о том, будет ли оспаривание исполнения решения нарушать публичный порядок Соединенного Королевства. Суд обнаружил, что вероятность того, что исполнение решения нарушит публичный порядок Великобритании, будет достаточно велика, чтобы оправдать судебное разбирательство по этому вопросу.
41. Таким образом, я прихожу к выводу, что в соответствии с Нью-йоркской Конвенцией суд должен определить, будет ли приведение в исполнение настоящего решения нарушать публичный порядок, и его необходимо будет отклонить, исключительно на основе публичного порядка

²² То же, пункт 84.

²³ То же, пункт 86.

²⁴ То же, пункт 87.

соответствующей юрисдикции, без ссылки на государственную политику Швеции, и в действительности без обращения в суд любой другой юрисдикции

(с) предусматривает ли Нью-Йоркская Конвенция конкретный стандарт доказательства для обвинений в мошенничестве

42. Хотя Нью-Йоркская конвенция предусматривает нарушение публичного порядка в качестве основания для отказа в исполнении решения, и в то время как приведение в исполнение решения, полученного путем мошенничества, является нарушением публичного порядка в большинстве юрисдикций, в Конвенции не предусмотрен стандарт доказательства утверждений о мошенничестве.
43. Таким образом, ничто в Конвенции не предполагает, что мошенничество как нарушение публичного порядка должно быть «явным», подтвержденным «ясным и убедительным доказательством» или быть «вне разумного сомнения» или установленным в соответствии с нормами уголовного права, которые как правило, более строгие, чем стандарты, применяемые в гражданском праве.
44. Единственной надлежащей основой для определения стандарта доказательства, требуемого для установления факта совершения мошенничества, является внутреннее законодательство юрисдикции, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение. Это вытекает из того факта, что, как указано выше, вопрос о том, будет ли принудительное исполнение в соответствии с Нью-Йоркской Конвенцией какого-либо решения нарушать публичный порядок, определяется в соответствии с законодательством того места, где испрашивается принудительное исполнение.

(d) существуют ли в данном случае достоверные доказательства мошенничества и причинно-следственная связь между мошенничеством и исходом арбитражного решения.

45. Выше я пришел к выводу, что исполнительный суд, столкнувшись с достоверными доказательствами мошенничества при приобретении решения, должен провести тщательное расследование по этому вопросу.
46. Исходя из предоставленной мне информации, я не сомневаюсь, что в этом случае существуют достоверные доказательства мошенничества при получении решения. В частности, я отмечаю следующую информацию (для удобства я дал перекрестную ссылку на изложение этой информации в отчете PwC):
- a. Дело Республики Казахстан по мошенничеству в отношении Сторон Стати основано на предполагаемом мошенническом извлечении средств за счет завышенных расходов, скрытых мошеннической финансовой отчетностью (параграф 9).
 - b. Стороны Стати обманным путем получили от KPMG аудиторские отчеты, в которых указывалось, что финансовые отчеты Tristan, KPM и TNG достоверно отражают во всех

существенных отношениях финансовое положение Tristan, KPM и TNG, хотя на самом деле они были существенно искажены (параграф 10).

- c. Стороны Стати использовали указанные проверенные, но неверные финансовые отчеты для привлечения средств от инвесторов (параграф 11).
- d. Основываясь на доказательствах и аргументах, представленных Сторонами Стати, Трибунал опирался на ориентировочную заявку, которую Стороны Стати получили от потенциального покупателя («Ориентировочная заявка»), которую Трибунал счел «относительно лучшим источником информации для оценки». ²⁵ Стороны Стати получили ориентировочную заявку с мошеннической финансовой отчетностью и мошенническим путем получили аудиторские заключения. В арбитражном разбирательстве по ДЭХ Стороны Стати затем заявили, что Трибунал должен полагаться на оценку завода сжиженного нефтяного газа в 199 миллионов долларов США, указанную в ориентировочной заявке. Фактически Трибунал полагался на это и присудил Сторонам Стати 199 млн. долларов США за завод сжиженного нефтяного газа (параграф 14-16).
- e. В 2016 году, когда в Швеции продолжалась процедура отмены, KPMG направила Сторонам Стати информацию о предполагаемом мошенничестве, однако Стороны Стати ответа не дали. Стороны Стати не разглашали эту переписку шведским судам. (параграф 22-26).
- f. В июле 2019 года KPMG была предоставлена дополнительная информация, в частности, показания под присягой бывшего финансового директора Сторон Стати Артура Лунгу, который подтвердил, что руководство Сторон Стати предоставило KPMG существенно ложную информацию и, что итоговая финансовая отчетность Сторон Стати была ложной. В дальнейшем была выявлена переписка между KPMG и Сторонами Стати (параграф 27).
- g. В письме от KPMG от 21 августа 2019 года в адрес Сторон Стати KPMG указало, что, не получив ответа на свои вопросы и выполнив собственную независимую оценку, оно пришло к выводу, что упущения в годовой и промежуточной финансовой отчетности TNG являются «существенными» в отношении финансовой отчетности. KPMG также отметила, что дополнительная информация, полученная KPMG, отражает «то, что руководство [Стороны Стати] сделало искажения в отношении ТОО «KPMG Аудит» (параграф 27).

²⁵ Решение ЕСТ, пункт 1747.

- 47.** Данная информация, на мой взгляд, подтверждает наличие достоверных доказательств мошенничества при получении решения. Мое мнение подтверждается следующими выводами, сделанными PwC в своем отчете:
- a.** Не следует больше или в будущем полагаться на аудиторские отчеты KPMG (параграф 28–32), и это должно распространяться на всю финансовую информацию Сторон Стати (параграф 39–40).
 - b.** Действия, предпринимаемые KPMG при отзыве аудиторских отчетов, значительны и крайне редки (параграф 33-36).
 - c.** Отзыв KPMG своих аудиторских отчетов делает финансовую отчетность совершенно ненадежной (параграф 37-38).
 - d.** Поведение сторон Стати вызывает ряд глубоких подозрений в отношении более широких вопросов и проблем, связанных с отмыванием денег (параграф 43-44).
- 48.** Кроме того, я дополнительно рассмотрел на основе предоставленной мне информации, вопрос о существовании достаточной причинно-следственной связи между мошенничеством, предполагаемым в этом деле, и результатами арбитражного разбирательства. По моему мнению, частично исходя из моего опыта в качестве арбитра, в этом случае устанавливается необходимая причинно-следственная связь.
- 49.** Действия, предпринимаемые KPMG, подрывают уверенность не только в достоверности финансовой информации Сторон Стати, но и во всем, что извлекается из этой информации или основывается на ней, включая письменные и устные показания, заключения экспертов и заявления адвоката. Это, по всей видимости, повлияло на арбитраж ДЭХ и его итоги в целом, включая вопросы юрисдикции, ответственности и убытков.
- 50.** То же самое относится и к сумме компенсации в размере 199 млн. долларов США, которую Трибунал присудил Сторонам Стати. Данное решение было основано на предварительной заявке. Если Стороны Стати фактически получили предварительную заявку на основе фальсифицированной финансовой отчетности, по которой аудиторские заключения были получены обманным путем, то между предполагаемым мошенничеством и решением может быть проведена четкая линия причинно-следственной связи.
- 51.** Судья Ноулз в Высоком суде Англии рассмотрел тот же вопрос и пришел к тому же выводу, изложив его следующим образом:

Если бы расходы на строительство были ... обманным путем завышены Истцами ... тогда, вследствие ... в предварительной заявке был оценен газоперерабатывающий завод... имеется четкий аргумент, что ... сумма предварительной заявки могла быть ниже.²⁶

При обращении к Трибуналу с просьбой полагаться на ... предварительную заявку в обстоятельствах (скрытых от Трибунала, как от участника торгов) предполагаемого мошенничества, совершено мошенничество в отношении Трибунала.²⁷

IV. ЗАКЛЮЧЕНИЯ

52. Рассмотрение закона и известных мне фактов приводит меня к следующим выводам.

53. Во-первых, решение, полученное путем мошенничества, - это решение, в исполнении которого должно быть отказано согласно защите публичного порядка по Нью-Йоркской Конвенции. Безусловно, расследование вопроса о том, следует ли отказывать в исполнении решения в рамках государственной политики защиты правоприменению, должно быть узким и целенаправленным. Придание государственного порядка в контексте Конвенции узкому толкованию является одним из способов, которыми юрисдикция проявляет отношение в «про-арбитражу», которое Конвенция стремится продвигать.

54. Несмотря на то, что Нью-Йоркская Конвенция обеспечивает защиту правоприменения, и, в частности, защиту государственной политики, именно потому, что в интересах арбитража не было бы принудительного исполнения решения, оскорбляющего основополагающие ценности морали и справедливости того места, где испрашивается исполнение. Суд, которому поручено исполнить решение, полученное путем мошеннических действий, должен отказать в исполнении в соответствии с исключением государственной политики из Нью-Йоркской Конвенции, и это фактически станет шагом в пользу «про-арбитража».

55. По этой причине я пришел к выводу, что исполнительный суд, столкнувшись с достоверными доказательствами мошенничества, должен провести тщательное расследование по вопросу о том, обоснованы ли эти утверждения. Это так, даже если сторона, ссылающаяся на государственную защиту, несет бремя организации такого расследования.

²⁶ Анатолий Стати, Габриэль Стати. Ascom Group S.A. и Terra Raf Trans Traiding Ltd., дело №. CL - 2014-000070 (6 июня 2017 года), абз.43.

²⁷ Анатолий Стати, Габриэль Стати. Ascom Group S.A. и Terra Raf Trans Traiding Ltd., дело №. CL - 2014-000070 (6 июня 2017 года), абз. 48.

Нью-Йоркская Конвенция требует не меньшего, поскольку целостность международного арбитража зависит от очень серьезного отношения к таким утверждениям, особенно когда

доказательства мошенничества раскрываются только после вынесения решения.

56. Обстоятельства этого дела - в частности, серьезность мошенничества в рамках государственного порядка большинства юрисдикций, достоверные доказательства мошенничества и причинно-следственной связи в этом деле, а также отсутствие предварительного решения по делу шведского суда о том, совершено ли мошенничество или не совершено - отстаивать в пользу суда, проводящего расследование по обвинению в мошенничестве.
57. Во-вторых, при применении защиты государственной политики к исполнению в соответствии с Конвенцией суд должен конкретно рассматривать государственную политику юрисдикции, частью которой он является, и не руководствоваться государственной политикой какой-либо другой юрисдикции, включая, но не ограничиваясь политикой юрисдикции суда. Это следует из формулировки Конвенции, которая направляет суды на государственную политику «страны, в которой требуется признание и исполнение». Но это также имеет решающее значение. Поскольку не все государства понимают и осуществляют государственную политику одинаково, нельзя ожидать, что одно государство будет применять государственную политику другой юрисдикции вместо своей собственной.
58. Соответственно, вопрос о том, будет ли исполнение решения, полученного путем мошеннических действий, установленного в рассматриваемом деле, нарушать или не нарушать государственную политику, в контексте Конвенции, должен определяться путем ссылки на государственную политику юрисдикции под вопросом и никакой другой. Определения государственной политики судами других юрисдикций не играют никакой роли в анализе.
59. В-третьих, Нью-йоркская Конвенция не устанавливает каких-либо конкретных стандартов доказательства мошеннических действий. Если предписан какой-либо конкретный стандарт доказательства, он может быть установлен только законодательством юрисдикции, в которой испрашивается принудительное исполнение.
60. Наконец, по моему мнению и опыту, а также на основании известных мне фактов нельзя сомневаться в том, что в этом случае существуют как достоверные доказательства мошеннических действий, так и достаточная связь между такими мошенническими действиями и результатами арбитражного решения.

С уважением,

/Подпись/

Джордж А. Берманн

21 января 2020 г.