29_15392048

АРБИТРАЖНЫЙ СУД ГОРОДА МОСКВЫ

115191, г.Москва, ул. Большая Тульская, д. 17
http://www.msk.arbitr.ru

О П Р Е Д Е Л Е Н И Е

город Москва **Дело № А40-230545/16-29-2261**
16 марта 2017 года

Резолютивная часть определения объявлена 09 марта 2017 года
Текст определения в полном объеме изготовлен 16 марта 2017 года

Арбитражный суд в составе:
Председательствующего: Лежневой О.Ю. (29-2261)
Судей: единолично
при ведении протокола судебного заседания секретарем судебного заседания Фагмановой Э.И.
рассмотрев в открытом судебном заседании дело по заявлению
SPIG s.p.a (рег. номер 01745560035)
заинтересованное лицо ЗАКРЫТОЕ АКЦИОНЕРНОЕ ОБЩЕСТВО ПРОИЗВОДСТВЕННАЯ КОМПАНИЯ "ПРОМКОНТРОЛЛЕР" (ОГРН 1027700106488, ИНН 7722222333, дата регистрации 07.08.2002)
о признании и приведении в исполнение решения Арбитражного института торговой палаты г. Стокгольма от 01.09.2016 г. № V 2015/099

при участии:
Заявитель: Максимова А.А. по доверенности от 27.09.2016 б\№
Заинтересованное лицо: Кашников Н.Б. по доверенности от 19.09.2016 б\№, Гончиков М.А. по доверенности от 01.12.2016 №752/01

УСТАНОВИЛ:

SPIG s.p.a (рег. номер 01745560035) обратилось в Арбитражный суд города Москвы с заявлением о признании и приведении в исполнение решения Арбитражного института торговой палаты г. Стокгольма от 01.09.2016 г. № V 2015/099.

В качестве Заинтересованного лица привлечено ЗАКРЫТОЕ АКЦИОНЕРНОЕ ОБЩЕСТВО ПРОИЗВОДСТВЕННАЯ КОМПАНИЯ "ПРОМКОНТРОЛЛЕР" (ОГРН 1027700106488, ИНН 7722222333, дата регистрации 07.08.2002).

Определением Арбитражного суда города Москвы от 18 ноября 2016 года заявление SPIG s.p.a (рег. номер 01745560035) принято к рассмотрению и возбуждено производство по делу № А40-230545/16.

Заявитель в судебном заседании требования заявления поддержал в полном объеме, по основаниям, изложенным в заявлении.

Заинтересованное лицо в судебном заседании требования заявления не признало, по основаниям, изложенным в письменных пояснениях на заявление.

Изучив представленные в материалы дела документы, выслушав доводы представителей Сторон, суд пришел к следующим выводам.

01 сентября 2016 г. Арбитражным институтом Торговой палаты г. Стокгольма (P.O. Box 10050SE-103 21 Stockholm/ А/я 16050, 103 21 Стокгольм, Швеция) было вынесено решение по делу- №" V 2015/099 по иску SPIG s.p.a. (акционерное общество)

(далее по тексту - Взыскатель) к ЗАО «ПК «Промконтроллер» (далее по тексту - Должник) о расторжении договора поставки и взыскании денежных средств.

12 сентября 2016 вынесено корректирующее арбитражное решение в части размера компенсации расходов указанных в белорусских рублях в связи с произошедшей с 01.06.2016 деноминацией официальной денежной единицы Республики Беларусь - белорусского рубля.

Заявитель обратился с заявлением о признании и приведении в исполнение решения Арбитражного института торговой палаты г. Стокгольма от 01.09.2016 г. № V 2015/099.

Согласно п. 1 ст. 241 АПК РФ, решения судов иностранных государств, принятые ими по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности (иностранные суды), решения третейских судов и международных коммерческих арбитражей, принятые ими на территориях иностранных государств по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности (иностранные арбитражные решения), признаются и приводятся в исполнение в Российской Федерации арбитражными судами, если признание и приведение в исполнение таких решений предусмотрено международным договором Российской Федерации и федеральным законом.

Согласно ч. 3 ст. 243 АПК РФ, при рассмотрении дела арбитражный суд в судебном заседании устанавливает наличие или отсутствие оснований для признания и приведения в исполнение решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения, предусмотренных ст. 244 АПК РФ.

В соответствии со ст.244 АПК РФ арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда полностью или в части в случае, если: решение по закону государства, на территории которого оно принято, не вступило в законную силу; сторона, против которой принято решение, не была своевременно и надлежащим образом извещена о времени и месте рассмотрения дела или по другим причинам не смогла представить в суд свои объяснения; рассмотрение дела в соответствии с международным договором Российской Федерации или федеральным законом относится к исключительной компетенции суда в Российской Федерации; имеется вступившее в законную силу решение суда в Российской Федерации, принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям; на рассмотрении суда в Российской Федерации находится дело по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям, производство, по которому возбуждено до возбуждения производства по делу в иностранном суде, или суд в Российской Федерации первым принял к своему производству заявление по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям; истек срок давности приведения решения иностранного суда к принудительному исполнению и этот срок не восстановлен арбитражным судом; исполнение решения иностранного суда противоречило бы публичному порядку Российской Федерации.

Статьей V «Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» (далее Нью Йоркская конвенция), установлены, в частности, следующие основания, для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения: сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения (подп. b п. 1 ст. V), состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж (подп. d п. 1 ст. V), признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны (подп. b п. 2 ст. V).

Такие же основания для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения содержит российское законодательство. Согласно с ч. 3 ст. 244 АПК РФ.

Согласно ст. 36 Закон РФ от 07.07.1993 N 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» в признании или приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано в том числе в следующих случаях: сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, в том числе о времени и месте заседания третейского суда, или по другим уважительным причинам не могла представить свои объяснения (абз. 4 с. 1 ст. 36), состав третейского суда либо арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или закону той страны, где имело место третейское разбирательство, или (абз. 6 п. 1 ч. 1 ст. 36), признание и приведение в исполнение арбитражного решения противоречат публичному порядку Российской Федерации, (абз. п. 2 ч. 1 ст. 36).

1. ЗАО «ПК «Промконтроллер» частично принадлежит ПАО «Центрэнергохолдинг», которое входит в Группу Компаний ГАЗПРОМ, т.е. в конечном счёте ЗАО «ПК «Промконтроллер» частично принадлежит Российской Федерации. ЗАО «ПК «Промконтроллер» имеет стратегическое значение для ГАЗПРОМа при реализации внутренних и внешних энергетических проектов. В настоящее время ЗАО «ПК «Промконтроллер» участвует в модернизации энергетического оборудования Группы «Газпром энергохолдинг». ЗАО ПК Промконтроллер разработало специальное полигонное оборудование натурных испытаний горелочных устройств, необходимое при осуществлении замены устаревших горелок на горелочные устройства типа ГГМ на некоторых объектах генерации «Мосэнерго», МОЭК, ТГК-1 и ОГК-2, входящих в группу ГАЗПРОМ. При участии ЗАО «ПК «Промконтроллер» внедряются программно-аппаратные комплексы автоматизированной системы управления технологическими процессами (далее АСУ ТП) на станциях ПАО «Мосэнерго» в рамках расширения сотрудничества с отечественными производителями. Большая часть паросиловых блоков и нижний уровень парогазовых установок электростанций группы ГАЗПРОМ оснащены контроллерным оборудованием производства ЗАО ПК Промконтроллер.

ЗАО ПК «Промконтроллер» имеет множество благодарственных писем, в частности от ОАО «ГАЗПРОМ» за разработку и внедрение АСУ ТП для газовых котельных, от ОАО «ТЭК Мосэнерго» за поставку оборудования для строительства Олимпийского объекта Адлерской ТЭС 360 МВт, от ОАО «Московская объединенная энергетическая компания» за автоматизацию на комплексе технических средств производства ЗАО «ПК Промконтроллер» 27 из 36 районный и 5 из 6 квартальных тепловых станций, среди которых РТС «Чертаново», «Крылатское», «Митино», «Строгино», «Бирюлево», «Кунцево», «Тушино-3», «Теплый стан» и другие, от специализированной организации по проектированию и строительству инфраструктуры в области обороны и безопасности ООО «Специальные Проекты и Системы» за создание на базе промышленных контроллеров, разработанных и поставляемых ЗАО «ПК «Промконтроллер» автоматизированной системы диспетчерского управления инженерной инфраструктурой объекта ОАО «РЖД», от района 24 «Южное Бутово» Предприятия № 3 филиала № 2 ОАО «МОЭК» за оперативную и качественную работу по поддержке и ремонту средств автоматики в период пониженных температур воздуха в Московском регионе.

С 1996 года оборудование ЗАО «ПК «Промконтроллер» используются на предприятиях по обогащению топлива, таких как Сибирский химический комбинат (г. Северск), Уральский электрохимический комбинат (г. Новоуральск), Зеленогорский электрохимический завод, Ангарский электролизный комбинат. В 2008 году были завершены поставки программно-технических комплексов для автоматизации системы холодоснабжения АЭС Кудан-Кулам (Индия). Для Системы химического контроля 2-го энергоблока Ростовской атомной электростанции поставлено серверное оборудование, а также процессорные модули Р06. В 2011 году ЗАО ПК Промконтроллер осуществило

комплексную поставку энергетического оборудования для Адлерской ТЭС, проект строительства которой был включен в утвержденную Правительством РФ «Программу строительства олимпийских объектов».

Компания предоставляет полный спектр услуг, включая гарантийное обслуживание и сервисную поддержку поставляемого оборудования. На текущую дату ЗАО ПК «Промконтроллер» несет гарантийные обязательства по поставленному оборудованию на предприятия энергетической отрасли.

ЗАО ПК «Промконтроллер» является важным предприятием топливно-энергетического и других отраслей экономики Российской Федерации. Клиентская база ЗАО «ПК «Промконтроллер» насчитывает приблизительно 150 компаний, среди которых российские системные интеграторы, проектные организации и конечные заказчики, такие как электростанции.

2. Признание и приведение в исполнение Решения АИ ТПС противоречит публичному порядку РФ, т.к. суд применил к спору нормы Венской конвенции, применение которых стороны исключили.

Россия и Италия являются участниками «Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров» от 11.04.1980 (далее Венская конвенция). В силу ст. 1 Венской конвенции она подлежит применению к договорам между сторонами, местонахождением коммерческих предприятий которых является Россия и Италия. Между тем ст. 6 Венской конвенции предусматривает, что стороны могут исключить её применение.

В п. 1.19 Договора установлено, что применимым правом является законодательство РФ. Тем самым исключено применение Венской конвенции, которая, являясь частью российской правовой системы (российского права), не является частью её законодательства. На это указывает п. 2 ст. 3 ГК РФ, согласно которому гражданское законодательство РФ состоит из ГК РФ и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов. Какие-либо международные правовые акты законодательством РФ не являются.

Аналогичный вывод сделал МКАС при ТПП РФ, рассматривая спор между российской и итальянской компанией (решение от 14.01.2009 по делу N 93/2008: «При таких обстоятельствах арбитр в соответствии со ст. 431 ГК РФ исходил из буквального значения использованного сторонами в Контракте выражения как означающего наличие их соглашения о применении именно российского законодательства (а не российского права) и исключающего применение Венской конвенции на основании ее ст. 6.»

Тот факт, что стороны в качестве применимого права в Договоре поставки выбрали именно законодательство РФ подтверждается тем, что в качестве примера законодательных актов, которыми руководствуются стороны, в п. 1.19 Договора, указаны исключительно внутренние нормативные акты (федеральные РФ, акты субъектов РФ, муниципальные нормативные акты).

Кроме того, базисные основы законодательства об электроэнергетике заложены в Конституции РФ, согласно п. «и» ст. 71 которой, вопросы энергетики относятся к ведению Российской Федерации. Согласно ст. 2 Федерального закона от 26.03.2003 № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» законодательство Российской Федерации об электроэнергетике основывается на Конституции Российской Федерации и состоит из Гражданского кодекса Российской Федерации, настоящего Федерального закона и иных регулирующих отношения в сфере электроэнергетики федеральных законов, а также указов Президента Российской Федерации, постановлений Правительства Российской Федерации и иных нормативных правовых актов Российской Федерации, принимаемых в соответствии с указанными федеральными законами. В связи с этим в сфере энергетики должно исключительно применяться внутренне законодательство РФ.

Тем не менее АИ ТПС пришёл к выводу, что стороны согласились на применение Венской конвенции (п. 4 стр. 85). В Решении указано, что к данному выводу АИ ТПС пришёл поскольку Истец заявил о её применении к рассматриваемому

спору в исковом заявлении от 05.11.2015 г., а ответчик не заявил возражений против применения Венской конвенции ни в отзыве на исковое заявление, ни в последующих процессуальных документах до начала слушаний, а в возражениях от 05.02.2016 сам ссылался на Венскую конвенцию как применимое право (стр. 28 Возражений).

Данное утверждение АИ ТПС не соответствует действительности, поскольку уже в объяснении Ответчика в ответ на просьбу об арбитраже от 24.07.2015 (стр. 3, раздел Арбитражное соглашение и назначение арбитра) Ответчик указал, что в соответствии с п. 1.19 Договора применимым правом является действующее законодательство РФ, включая но, не ограничиваясь, все федеральные, региональные (нормативные акты субъекта Федерации), муниципальные нормативные акты, влияющие на выполнение Договора. Таким образом, Ответчик уже в объяснении в ответ на просьбу об арбитраже указал, что применимым правом является законодательство РФ, а не право РФ.

Игнорирование этого факта показывает, что арбитры АИ ТПС не понимают разницу между правом РФ, составной частью которого являются нормы международного права и международные договоры РФ, и законодательством РФ, куда входят только внутренние нормативные правовые акты, принятые уполномоченными органами власти РФ.

Кроме того, в отзыве (п. 2.3 стр. 37-40) Ответчик в обоснование своей позиции ссылается на нормы ГК РФ, что само по себе говорит о том, что ответчик считает применимым правом законодательство РФ и не согласен с применением к рассматриваемому спору Венской конвенции.

АИ ТПС указал, что в возражениях Ответчика на возражения Истца на отзыв Ответчика от 05.02.2016 Ответчик сам ссылался на Венскую конвенцию как на применимое право (стр. 28 Возражений). Данное утверждение ТПС не точно и вырвано из контекста. На стр. 28 возражений от 05.02.2016 Ответчик действительно ссылается на ст. 36 Венской конвенции. Но ссылка на Венскую конвенцию лишь дополняет ссылки на нормы ГК РФ (п. 1 ст. 469, п. 2 ст. 470, п.1, п. 2 ст. 476 ГК РФ). На стр. 28 возражений в последнем предложении, указано, что данные доводы подробно раскрыты на стр. 37-40 отзыва. В свою очередь стр. 37-40 отзыва посвящены толкованию ст. 476 ГК РФ, что можно увидеть уже из заголовка п. 2.3 отзыва. В данном пункте отзыва ответчик ссылается на те же нормы ГК РФ, что и в возражениях, а также приводит в пример практику российских государственных арбитражных судов (о толковании норм ГК РФ). Лишь на стр. 39 Ответчик один раз упоминает Венскую конвенцию, указывая, что «схожее правило, с установленным Гражданским Кодексом Российской Федерации, установлено Венской конвенцией» После чего цитирует ст. 36 Венской конвенции. Т.е. ответчик всего лишь указывает, что предложенное им толкование ст. 476 ГК РФ верно и соответствует Венской конвенции, как авторитетному международному правовому акту. Поскольку на стр. 28 возражений от 05.02.2016 более коротко описываются те же аргументы, которые описаны на стр. 37-40 отзыва, то становится очевидно, что и на стр. 28 возражений ссылку на ст. 36 Венской конвенции ответчик использует лишь как аргумент в доказывании правильности предложенного им толкования ст. 476 ГК РФ. Таким образом, аргумент о том, что ответчик ссылался на ст. 36 Венской конвенции вырван из контекста и не соответствует действительности.

Кроме того, в иске по основным вопросам Истец также ссылается на нормы ГК РФ (например, п. 1 ст. 459 ГК РФ в разделе 1.2; п. 4 ст. 1 ГК РФ п. 3 ст. 1 и 10 ГК РФ в разделе 4.1.2.10). Поскольку Истец ссылался на те же нормы ГК РФ, что и Ответчик, то не было оснований подавать возражения о применимом праве.

ТПС допустил грубейшую ошибку при определении права, применив нормы Венской конвенции, которая была исключена при заключении Договора, что привело к нарушению публичного порядка РФ, т.к. нарушило принцип свободы договора (ст. 421 ГК РФ). Кроме того, в результате применения норм Венской конвенции ТПС неправомерно расторг Договор с 25.01.2015.

3. В результате неправильного определения применимого права ТПС расторг Договор с 25.01.2015, тем самым прекратив гарантийные обязательства Истца, связанные с достижением оборудованием на Серовской ГРЭС (государственной районной электростанции) технических характеристик, технико-экономических показателей и т.п., что, в том числе, может отрицательно повлиять на эксплуатацию Серовской ГРЭС.

Основываясь на ст. 64 Венской конвенции, АИ ТПС признал договор расторгнутым с 25.01.2015. Тем самым ТПС прекратил гарантийные обязательства Истца, предусмотренные ст. 6.1.3, ст. 13, ст. 14.2.11 и другими статьями Договора. Данные гарантийные обязательства Истец нёс не только по отношению к Ответчику, но и по отношению к Заказчику (ОАО «ОГК-2»), который занимается эксплуатацией Серовской ГРЭС.

Ст. 13 Договора устанавливает, что поставщик гарантирует как Покупателю так и Заказчику комплектность поставки Продукции, достижение оборудованием технических характеристик, технико-экономических показателей, гарантийных показателей, надежную работу оборудования, правильность выбора материалов, высокое качество обработки, изготовления в соответствии с обязательными техническими правилами.

Таким образом, в результате расторжения Договора с Истца будут сняты гарантийные обязательства, связанные с оборудованием, поставленным на Серовскую ГРЭС, которая находится в крайне энергодефицитном Серово-Богословском узле, как с позиции промышленного, так и с позиции коммунально-бытового спроса.

Расторжение Договора приведёт к тому, что прекратится обязанность Поставщика оказывать консультации по вопросам правильного использования продукции, предусмотренная п. 6.1.3 Договора, что может привести к ухудшению работы Серовской ГРЭС.

Признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения, которое снимает с поставщика оборудования гарантийные обязательства и создаёт угрозу для нормального функционирования государственной районной электростанции противоречит публичному порядку Российской Федерации.

Ст. 14.2.11 Договора, устанавливает, что поставщик гарантирует Покупателю, что он обладает всеми необходимыми правами на соответствующие патенты и изобретения, связанные с Продукцией, а также, что Продукция свободна от прав третьих лиц, не заложена, под арестом не стоит. Если Покупателю и (или) Заказчику будет предъявлена претензия, связанная с нарушением патентных или имущественных прав, то Поставщик обязан полностью возместить документально подтвержденные убытки, возникшие у Покупателя и (или) Заказчика из-за нарушения вышеуказанных прав. В случае предъявления претензий, связанных с нарушением вышеуказанных прав, к Покупателю или Заказчику Поставщик обязуется принять все необходимые меры и самостоятельно за свой счет урегулировать такие претензии.

Таким образом, Договор предусматривал, право не только Ответчика, но и Заказчика (ОАО «ОГК-2») требовать от Истца возмещения убытков. Признание и приведение в исполнение Решения ТПС, которым Договор расторгнут, приведет к тому, что ОАО «ОГК-2» не сможет требовать от Истца возмещения убытков.

В п. 26 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22.12.2005 № 96 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов» указано, что арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение решения международного коммерческого арбитража или третейского суда, если решение принято за пределами арбитражного соглашения против лица, которое не являлось стороной соглашения об арбитраже и не участвовало в рассмотрении дела.

Признание и приведение в исполнение иностранного судебного решения, которое нарушает права третьих лиц (российского публичного акционерного общества), противоречит публичному порядку РФ.

4. АИ ТПС установил, что Истец не понёс реальных убытков, но взыскал в пользу Истца убытки в форме упущенной выгоды, которые носят предположительный характер. Фактически АИ ТПС взыскал в пользу Истца оплату по Договору за ту часть работ и услуг, которую Истец не выполнил, что квалифицируется в российском праве как неосновательное обогащение. Неосновательное обогащение какой-либо стороны по договору противоречит публичному порядку РФ.

Одно из основных требований Истца заключалось в возмещении ему убытков в форме упущенной выгоды, понесённых в результате невыплаты оставшихся 10% цены Договора, согласно п. 5.3.4.

Из п. 3.1 Договора, видно, что его предметом является не только поставка оборудования, т.е. Договор является смешанным. В частности, Договор предусматривает следующие обязанности Покупателя: оказать услуги по проведению технического инструктажа, Шефнадзору за выполнением монтажных и пусконаладочных работ, обеспечить достижение Оборудованием Гарантийных показателей на Гарантийных испытаниях, проводимых в соответствии с условиями настоящего договора и соответствующих положений, выполнять обязательства, предусмотренные настоящим Договоров и Применимым правом по истечении Гарантийного срока.

Указанная в п. 5.3.4 оплата составляет вознаграждение Истца именно за оказание различного рода работ и услуг после поставки оборудования (шеф-монтаж, гарантийное обслуживание и т.д.). Вместе с тем Истец эти услуги выполнять отказался. Т.е. Истец получил вознаграждение за услуги по Договору, которые не исполнил, что в российском праве называется неосновательным обогащением.

Взыскивая упущенную выгоду, АИ ТПС просто вычел из суммы, указанной в п. 5.3.4 Договора, некоторые затраты, которые понёс бы Истец, если бы реально оказал услуги, за которые эта плата предназначалась. Однако подсчёт носит явно предположительный характер и не учитывает всех затрат, которые понес бы Истец в ходе дальнейшего исполнения Договора.

Например, ст. 6.1.3, ст. 13 Договора предусмотрено, что Истец несёт некоторые гарантийные обязательства, в том числе по возмещению Ответчику и ОАО «ОГК-2» убытков, а также обязанность оказывать консультации по вопросам поставленного оборудования.

Обе эти обязанности в связи с расторжением Договора прекратятся, что в Решении ТПС не учтено, поскольку из суммы убытков, присужденных в пользу Истца, не вычтены расходы, которые Истец понес бы в связи с гарантийными обязательствами.

В пользу Истца присуждена оплата за оказание услуг, которые он не оказывал. В цену Договора Истец закладывал в том числе и чистую прибыль.

5. В Решении АИ ТПС не указано, что убытки в размере 1 206 155,24 евро являются упущенной выгодой

АИ ТПС взыскал с Ответчика убытки в размере 1 026 155,24 евро, однако в резолютивной части Решения не указано, что данные убытки являются упущенной выгодой. Об этом указано лишь, мотивировочной части (стр. 101 Решения). После вынесения Решения Ответчик требовал от АИ ТПС исправить и разъяснить резолютивную часть Решения, однако АИ ТПС в удовлетворении данного ходатайства отказал.

Вместе с тем, в российском праве упущенная выгода отличается от обычных убытков. Так в Федеральном законе от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее - Закон о банкротстве) указано, что убытки в виде упущенной выгоды, подлежащие возмещению за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства не учитываются при определении наличия признаков банкротства

должника (абз. 4 ч. 2 ст. 2), не учитываются для целей определения числа голосов на собрании кредиторов (абз. 2 ч. 3 ст. 12), подлежат погашению после удовлетворения всех остальных требований кредиторов (ч. 3 ст. 81, ч. 3 ст. 137).

Если Решение будет признано и приведено в исполнение, то Истец получит указанные выше права, поскольку в резолютивной части Решении не указано, что указанные убытки представляют собой упущенную выгоду. Требование по упущенной выгоде не может приравниваться к требованию о возмещение реального ущерба, иное противоречит публичному порядку РФ.

6. Истец на последней стадии арбитражного разбирательства поменял предмет и основание иска, что не дало Ответчику подготовить мотивированные возражение на новые исковые требования.

Первоначально истец подал в АИ ТПС исковое заявление, в котором требовал, взыскать с Ответчика задолженность в размере 10% цены Договора, оплата которых предусмотрена п. 5.3.4 Договора. В последствии истец изменил исковые требования и потребовал взыскать убытки, вызванные неисполнением Ответчиком Договора. Таким образом, Истец изменил одновременно и предмет и основание иска, что запрещено ст. 49 АПК РФ и противоречит публичному порядку РФ.

Кроме того, истец изменил исковые требования на последней стадии арбитражного разбирательства, не дав Ответчику представить возражения на новые исковые требования.

Просьба Истца об арбитраже, с кратким изложением исковых требований, датирована 08.07.2015. Слушания по делу закончились 18.03.2016. Таким образом, арбитражное разбирательство длилось более 10 месяцев, на протяжении которых Ответчик готовил возражения на позицию истца, в том числе в части взыскания задолженности в размере 10% от цены договора. Ответчик изменил исковые требования только 16.03.2016, т.е. непосредственно во время слушаний, которые являлись завершающей стадией арбитражного разбирательства, и в нарушение последовательности арбитражного разбирательства, которая установлена процессуальным приказом № 1 от 16.10.2015 г..

Пункт 4 Процессуального приказа № 1 устанавливает следующие сроки и последовательность разбирательства: До 23.10.2015 г. стороны должны были предоставить комментарии к процессуальному приказу № 1. До 5 ноября 2015 г. Истец должен был представить исковое заявление. До 3 декабря 2015 г. Ответчик должен был представить отзыв на исковое заявление. До 24 декабря 2015 г. Истец должен был представить Ответ на отзыв. До 19 января 2016 г. Ответчик должен был представить возражения. До 19 февраля 2016 г. стороны должны были представить все доказательства и по общему правилу новые доказательства с этой даты не принимаются. До 26 февраля 2016 г. стороны должны указать свидетелей, которые подлежат перекрестному допросу. 1 марта 2016 г. - конференц-звонок для подготовки к слушанию. 16-18 марта 2016 г. - слушания дела в Стокгольме

Как видно, после предоставления окончательной версии иска, Ответчику на подготовку отзыва предоставлялся почти месяц, после чего до начала слушаний оставалось более 5 месяцев, которые Ответчик также мог использовать для подготовки своей позиции. Предоставив Ответчику отзыв непосредственно в ходе слушаний, Истец не дал возможности Ответчику подготовить мотивированный отзыв на новый иск, что является основанием для отказа в признании или приведении в исполнение иностранного арбитражного решения (подп. b п. 1 ст. V Нью Йоркской конвенции; абз. 4 с. 1 ст. 36 Закон РФ от 07.07.1993 N 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»).

Ответчик не мог должным образом подготовиться к новым исковым требованиям, поскольку получил их 16.03.2016 во время арбитражного заседания. Арбитражные заседания шли с 16.03.2016 по 18.03.2016. Однако заседания шли в течении всего дня с утра до вечера, что подтверждается расписанием слушаний,

поэтому у Ответчика не было времени, чтобы надлежащим образом подготовить новый отзыв (подготовленный на тот момент отзыв Ответчика составлял 49 страниц).

7. ТПС при рассмотрении дела применял Шведский закон об арбитраже, чем нарушил арбитражную оговорку.

В п. 13 процессуального приказа № 3 от 18.02.2016 указано, что применимым процессуальным правом по делу является Шведский закон об арбитраже, что противоречит арбитражной оговорке, поскольку п. 16.1 Договора поставки стороны предусмотрели проведение арбитража в соответствии с Регламентом Арбитражного института Торговой Палаты г. Стокгольма. Стороны не предусматривали, что их спор будет рассматриваться в соответствии с процессуальным правом Швеции.

Отказывая в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения в аналогичном деле, Верховный суд указал (определение Верховного суда РФ от 28 мая 2001 года по делу № 45-Г01-18): «Так, отказывая в приведении в исполнение арбитражного решения от 31 августа 2000 года по первому основанию, суд правильно исходил из того, что в нарушение арбитражной оговорки (п. 13 договора поручительства от 24 сентября 1998 года) при разрешении спора между Европейским банком реконструкции и развития и АКБ «Золото-Платина-Банк» был применен английский Закон об арбитраже. Согласно указанной арбитражной оговорке спор подлежал рассмотрению в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ».

В настоящем деле стороны в арбитражной оговорке согласовали рассмотрение спора в соответствии с Регламентом Арбитражного института Торговой Палаты г. Стокгольма, поэтому АИ ТПС не вправе был рассматривать спор в соответствии со Шведским законом об арбитраже.

Нарушение арбитражной оговорки (арбитражная процедура не соответствовала соглашению стороны) является основанием для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения (подп. d п. 1 ст. V Нью Йоркской конвенции, абз. 6 п. 1 ч. 1 ст. 36 Закон РФ от 07.07.1993 N 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»)

8. Нарушение арбитражной оговорки. Место арбитража.

Кроме того, третейской оговоркой предусматривалось место проведения арбитража - Стокгольм, Швеция. В то время, как на самом деле судебное разбирательство полностью проходило в Москве.

Ст. 20 Арбитражного регламента Арбитражного института ТПС предусмотрено, что состав арбитража после консультаций со сторонами проводит слушания в любом ином месте, которое посчитает целесообразным.

Однако настоящее дело полностью рассматривалось в Москве, там же выносилось Решение. Арбитры не произвели ни одного действия в Стокгольме, что указывает на то, что АИ ТПС нарушил арбитражную оговорку в части места проведения арбитража.

Кроме того, проведение арбитража в г. Москве привело к тому, что на территории РФ состоялось судебное разбирательство в соответствии с процессуальным правом Швеции, что противоречит публичному порядку, поскольку в соответствии с п. 1 ст. 4 Конституции РФ суверенитет Российской Федерации распространяется на всю её территорию.

9. Нарушение арбитражной оговорки. Количество арбитров.

Абз. 2 п. 16.1 Договора установлено, что состав Арбитража будет включать трех арбитров. Вместе с тем, Арбитражное решение было вынесено и подписано только двумя арбитрами (Максим Кульков и Валерий Родин).

Доводы Заявителя не принимаются судом.

Относительно довода о том, что признание и приведение в исполнение Решения ТПС противоречит публичному порядку РФ, поскольку это приведёт к прекращению гарантийных обязательств Истца по достижению оборудованием на Серовской ГРЭС технических характеристик, технико-экономических показателей (Том 1, л.д. 21-22).

В соответствии с п. 3.1 Договора Истец должен был разработать и передать Покупателю Техническую документацию, поставить продукцию, оказать услуги по проведению технического инструктажа, Шефнадзору за выполнением монтажных и пусконаладочных работ, обеспечить достижение Оборудованием Гарантийных показателей на Гарантийных испытаниях. Указанные в п. 3.1 обязанности Истца сводились к тому, что Истец должен был построить «под ключ» сухую вентиляторную градирню (далее Градирня) для Серовской ГРЭС (стр. 104 Решения).

Как указано на стр. 104 Решения: «По мнению Состава арбитража, из содержания п.п.1.7, 8.7 и 8.8 Договора следует, что Договор является договором «под ключ», что означает, что Истец по Договору обязался поставить не конкретный перечень товаров, а все товары, из которых возможно смонтировать Градирню, которая должна функционировать в составе Объекта и обеспечивать соответствующие характеристики, установленные Договором. Данный факт подтверждается свидетельскими показаниями Франко Курчо (коммерческий директор Истца на настоящий момент, технический директор Истца в период 2012-2014 гг.) (стр. 145 транскрипта, день 2):

«Свидетель: Да в основном мы занимаемся строительством под ключ. СПИГ предоставляет очень специализированные системы, у них нет ничего стандартного. Мы предлагаем решения с учетом уникальных потребностей заказчика, поэтому вы не можете просто найти нашу продукцию в каталоге. Поэтому все наши договора под ключ или под ключ без строительства».

Таким образом, обязанности Истца по Договору заключались не в поставке оборудования, а в обеспечении создания Градирни под ключ. При этом только Истец обладает всеми сведениями о работе Градирни. По этой причине Истец обязан продолжать исполнять свои обязательства по договору, в частности, оказывать консультации по вопросам правильного использования продукции, предусмотренные п. 6.1.3 Договора.

Расторжение Договора и прекращение соответствующих обязанностей Истца приведёт к ухудшению работы Серовской ГРЭС.

Более того, уже на сегодняшний момент к работе Градирни имеются претензии, а признание и приведение в исполнение Решения ТПС, которым Договор признан расторгнутым приведёт к тому, что Истец не будет исполнять свои обязанности по обеспечению надлежащей работы Градирни, а также не будет обязан возмещать убытки. Истец инициировал данный процесс с целью избежать гарантийных обязательств и уйти от ответственности.

Так ПАО «ОГК-2» в письме от 09.03.2016 № 08-505/515 (приложение № 1) указывает, что 10.11.2015 при аномальной температуре -26 и ветре на Градирне произошла авария. Это же подтверждают показания инженера Паоло Родольфи (приложение № 2). Информация об аварии указана на стр. 80 Решения.

Так же на стр. 104-105 Решения ТПС указано, что Истец не поставил Оборудование для электрообогрева, а также что Истец пытался уйти от ответственности за недопоставку, указав, что Ответчик не своевременно обнаружил отсутствие электрообогрева. Однако ТПС данное возражение Истца не принял, указав, что отсутствие электрообогрева не могло быть Ответчиком обнаружено «...ранее наступления холодного периода года после сборки Градирни...»(стр. 105 Решения).

Как видно некоторые недостатки Градирни проявляют себя только при определенных условиях (аномальная температура и ветер, холодный период года). По этой причине новые дефекты Градирни могут обнаружится при менее благоприятных погодных условиях, нежели имелись с момента пуска Градирни (высокая, низкая температуры, ветер, осадки и т.д.).

Кроме того, Истцом постоянно допускалось ненадлежащее исполнение договорных обязательств. Например, обнаружено, что в 13 трубных пучках, поставленных Истцом для Градирни, отсутствует заполнение их азотом (стр. 90 Решения), Генподрядчик выставлял претензию о не качественности поставленного

Истцом Оборудования, в частности о несоответствии поставленных листов железа ГОСТ 30246-94 (стр. 95). Имела место недопоставка Истцом ряда комплектующих деталей и документации (стр. 95 Решения).

При эксплуатации Градирен, разработанных Истцом, имеется постоянная необходимость устранения различных недостатков. Так в письме в адрес Истца АО «ТЭК МОСЭНЕРГО» сообщает о выявлении 69 недостатков градирен, 65 из которых Истцом устранены, а 4 подлежат устранению (приложение № 3). Только при регулярном исправлении недостатков возможна нормальная эксплуатация Серовской ГРЭС.

Признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения, которое снимает с поставщика оборудования гарантийные обязательства и создаёт угрозу для нормального функционирования государственной районной электростанции противоречит публичному порядку Российской Федерации.

2. Относительно довода о том, что признание и приведение в исполнение Решения ТПС противоречит публичному порядку РФ, т.к. повлечёт неосновательное обогащение Истца (Том 1 л.д. 23-24).

Обязанностью Истца по Договору являлась не только поставка оборудования для Градирни, но и обеспечение нормального её функционирования.

Однако Истец отказался до конца исполнять свои обязательства по договору, ограничившись лишь поставкой деталей для Градирни. По мнению Ответчика, Истец либо должен исполнить до конца свои обязательства по Договору, либо не имеет права на получение оплаты по Договору (возмещение убытков). Иное противоречит публичному порядку РФ.

Кроме того, ТПС установил, что даже в части поставки оборудования Истец исполнил свои обязательства не полностью. Истец недопоставил часть оборудования, тем не менее, на том лишь основании, что Ответчик не заявил о недопоставке в разумный срок, ТПС всё равно взыскал с Ответчика в пользу Истца убытки в форме упущенной выгоды в размере стоимости данного оборудования, (п. 1 стр. 113 Решения). Однако с точки зрения российского права это является неосновательным обогащением, поскольку не важно, когда была заявлена или была ли вообще заявлена соответствующая претензия, Истец не может получить оплату за поставку оборудования, которое он не поставлял. Иное противоречит публичному порядку РФ.

Также ТПС взыскал в пользу Истца убытки в форме упущенной выгоды в размере стоимости оборудования, которое не поставлялось Истцом, однако в отношении которого Ответчик «не предоставил доказательств его дозакупки у третьих лиц, а значит, не доказал, что расходы Истца на данное Оборудование являлись необходимыми с учетом того, что на настоящий момент Градирня запущена в эксплуатацию, что не оспаривается Сторонами» (п. 3 стр. 113 Решения). Однако если Истец недопоставил оборудование, поставка которого была предусмотрена Договором, то он не имеет право требовать оплату, как если бы он его поставил, не зависимо от того, дозакупил ли Ответчик данное оборудование у третьих лиц или нет.

Признание и приведение в исполнение Решения ТПС противоречит публичному порядку, поскольку в пользу Истца присуждена оплата за оказание услуг и поставку оборудования, которые он не оказывал и не поставлял, что установлено самим ТПС. В цену Договора Истец закладывал в том числе и чистую прибыль. У российского суда нет оснований присуждать иностранной организации чистую прибыль, за поставку и услуги, которые последней не были выполнены.

Кроме того, Истец нарушал сроки исполнения обязательств, в связи с чем, Ответчик предъявил к Истцу требование об удержании суммы неустойки из суммы убытков. Однако ТПС не принял данные требования Ответчика к рассмотрению по формальным основаниям (стр. 123 Решения).

3. Относительно довода о том, что имело место нарушение арбитражной оговорки в части количества арбитров (п. 9 Отзыва от 11.01.2017, Том 1, л.д. 27).

Абз. 2 п. 16.1 Договора установлено, что состав арбитража будет включать трех арбитров. Вместе с тем, Решение ТПС было вынесено и подписано только двумя арбитрами (Максим Кульков и Валерий Родин).

Арбитр Максим Кульков являлся арбитром со стороны Истца (стр. 11 Решения). Из общедоступных источников в интернет следует, что Максим Кульков более 20 лет представляет интересы клиентов в российских судах всех уровней, включая Верховный Суд РФ и Конституционный Суд РФ, в международных коммерческих арбитражах (МКАС при ТПП РФ, SCC, ICC, LCIA) и ведет судебные разбирательства, охватывающие множество юрисдикции. Его рекомендуют независимые международные справочники The Legal 500, Chambers & Partners и Best Lawyers.

Валерий Родин, арбитр со стороны Ответчика (стр. 11 Решения), напротив, даже не является юристом. Ответчик рассчитывал на то, что в соответствии с арбитражной оговоркой, спор будет рассмотрен 3-я арбитрами под председательством независимого арбитра и в таких условиях арбитр Истца не сможет оказать решающее значение при принятии Решения.

Однако ТПС, в нарушении арбитражной оговорки, решил, что арбитражное решение будет вынесено двумя арбитрами М. Кульковым и В. Родиным. В такой ситуации очевидно, что не имеющий юридического образования В. Родин находился под влиянием М. Кулькова, признанного и авторитетного на международном уровне юриста, которого арбитром выбрал Истец.

Нарушение состава арбитражного органа является самостоятельным основанием для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения (подп. d п. 1 ст. V Нью Йоркской Конвенции; абз. 6 п. 1 ч. 1 ст. 36 Закон РФ от 07.07.1993 N 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»).

4. ТПС расторг Договор с 25.01.2015, хотя Решение датировано 01.09.2016, что повлекло последствия, противоречащие публичному порядку РФ.

Истец просил ТПС расторгнуть договор с момента вынесения арбитражного решения (приложение № 15 к отзыву от 11.01.2017, том 2, л.д. 39).

Однако, ТПС игнорируя волю Истца расторг договор с 25.01.2015. Решение датировано 01.09.2016. То есть ТПС расторг договор более чем на полтора года раньше, чем просил Истец. Как показывают материалы дела, Истец не считал договор расторгнутым с25.01.2015. Так 21.04.2015 Истец повторно направил ценной посылкой полный комплект технической и эксплуатационной документации (стр. 96 Решения).

Вместе с тем именно в указанный период, т.е. в промежутке между 25.01.2015 и 01.09.2016, а именно 10.11.2015, на Градирне произошла авария, в возникновении которой
виноват Истец.

Ввиду того, что ТПС признал Договор расторгнутым с 25.01.2015, Ответчик и Заказчик (ОАО «ОГК-2») не могут предъявить претензии к Истцу относительно имевшей место аварии. В соответствии с п. 3 ст. 453 ГК РФ при расторжении договора в судебном порядке договор считается расторгнутым с момента вступления в законную силу решения суда о расторжении договор.

Расторжение арбитражем Договора датой более ранней, чем дата вынесения решения, в результате которого с одной из сторон снимается договорная ответственность за период, когда договор действовал, противоречит публичному порядку РФ.

Суд, рассмотрев и оценив представленные доказательства, пришел к выводу, что заявление SPIG s.p.a (рег. номер 01745560035) о признании и приведении в исполнение решения Арбитражного института торговой палаты г. Стокгольма от 01.09.2016 г. № V 2015/099 не подлежит удовлетворению..

Руководствуясь ст.ст. 159, 184, 185, 241-246 АПК РФ, суд

ОПРЕДЕЛИЛ:

В удовлетворении заявления SPIG s.p.a (рег. номер 01745560035) отказать.

Определение может быть обжаловано в Арбитражный суд Московского округа в течение месяца со дня вынесения определения.

Судья **О.Ю. Лежнева**