

**ЕЖЕГОДНЫЙ СБОРНИК СТАТЕЙ
МЕЖДУНАРОДНОГО ТРЕТЕЙСКОГО СУДА
ПРИ ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЕ
КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ**

6/2023

АРБИТРАЖ: СИЛУЭТЫ И ТЕНИ



«Туар»
Бишкек 2023

УДК
ББК
Т

Ответственный редактор: Алёнкина Н. Б.

Редакционная коллегия:

Алёнкина Н. Б. - к.ю.н., доцент программы международного и бизнес права, АУЦА; адвокат «Сатаров, Аскарлов и Партнёры»;

Белоглавец А. – адвокат, заместитель председателя Международного арбитражного суда при Чешско-Моравской товарной бирже;

Жукова Г. К. – партнёр юридической компании ZUKOVA Legal, доцент Версальского университета;

Иманова С. С. - канд. полит. наук, магистр права в США, LL.M., Международное и транснациональное право, Юридический колледж Чикаго-Кент, Иллинойский технологический институт, генеральный директор ЗАО «Чаарат ЗААВ»;

Исмаилов Н. А. - к.ю.н., доцент, заведующий кафедрой юриспруденции Международного университета «Ала-Тоо»;

Майчиев Ш. Ю. - председатель Международного Третейского суда при ТПП Кыргызской Республики;

Ниязова А. Н. – д.ю.н., заведующая кафедрой гражданского права и процесса Кыргызско - Российского Славянского Университета;

Новачик П. – адвокат (Варшава, Париж) FCIArb и дипломированный арбитр (C.Arb), аккредитованный судья по спорам FIDIC;

Перепелинская Е. С. – президент Украинской Арбитражной Ассоциации, партнёр, глава арбитражной практики международной юридической фирмы INTEGRITES;

Туратбекова Ч. А. – д.ю.н., профессор кафедры гражданского права и процесса Кыргызско-Российского Славянского Университета.

Т **Арбитраж: силуэты и тени** – Б.: Турап, 2023. – 284 с.

ISBN 978-9967

В сборнике статей освещаются актуальные теоретические и прикладные вопросы современного третейского разбирательства и медиации в Кыргызской Республике и за рубежом. Среди авторов статей ведущие отечественные и международные эксперты в области третейского разбирательства и внешнеэкономических споров, большинство из которых являются практикующими арбитрами МТС ТПП и авторитетных зарубежных арбитражных центров. Сборник рассчитан на широкий круг читателей из числа практикующих юристов, специалистов, занимающихся внешнеэкономической деятельностью и участвующих в разрешении международных коммерческих и инвестиционных споров, судей, арбитров и медиаторов, а также преподавателей, аспирантов и студентов вузов юридических специальностей.

Мнение авторов статей может не совпадать с позицией МТС ТПП.

УДК
ББК

ISBN 978-9967-

© Международный Третейский суд
при Торгово-промышленной палате
Кыргызской Республики, 2023

СОДЕРЖАНИЕ

Список использованных сокращений	5
Приветственное слово председателя МТС ТПП Майчиева Ш. Ю.	6
Что особенного в жизни арбитра? <i>Новачик Пётр</i>	8
Некоторые уточнения к вопросу об обязанностях арбитров <i>Архипова Анна</i>	36
Настроение ответчика: взгляды суверенных государств на текущие вопросы урегулирования споров между инвестором и государством <i>Баетов Аяз</i>	49
Развитие арбитража в странах Центральной Азии <i>Алёнкина Наталья, Бобокулова Феруза, Кенжебаева Айгуль</i>	61
Отдельные вопросы арбитрабельности споров по законодательству Республики Казахстан <i>Сулейменов Майдан, Дуйсенова Асель</i>	80
К вопросу об арбитрабельности споров по законодательству Узбекистана <i>Иноятова Сохиба</i>	98
Арбитражные качели (на примере развития законодательства об арбитраже Франции) <i>Хвалей Владимир</i>	112
Арбитраж по налоговым спорам в Кыргызстане: возможное решение или надвигающийся провал <i>Алёнкина Наталья, Тайчаев Ханнепес</i>	119
Необходим ли механизм пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам в арбитраже? <i>Сабиров Нурбек</i>	129
Немного об этике и не только... <i>Асель Шербото</i>	140
Международный арбитраж: особенности в подходах к истребованию доказательств в различных системах	

права и предлагаемые пути решения <i>Орузбаев Айдар</i>	151
Разведка и арбитраж: допустимость доказательств <i>Мехтиева Камалия</i>	161
Материальные нормы международного арбитражного права: современные тенденции и перспективы развития <i>Барбье Хьюго</i>	170
Процессуальный приказ № 1: практические аспекты и ключевые вопросы <i>Гияр Сажко Анна, Гурдова Ширин</i>	183
Обеспечительная мера в арбитраже в отношении гаранта или поручителя <i>Давыденко Дмитрий</i>	192
Обеспечительные меры в международных инвестиционных спорах <i>Филиппов Иван</i>	204
Государство и арбитражные оговорки <i>Садыков Нурлан</i>	213
Аргументы «за» и «против» публикации персональных данных в решениях арбитров третейских судов <i>Якупбаева Фатима</i>	219
Третейский арбитраж и разрешение биржевых споров в Кыргызской Республике <i>Элебаев Нурбек</i>	227
Инвестировать или не инвестировать в Кыргызстан? <i>Сатаркулова Индира</i>	236
Investment treaty arbitrations in the construction & engineering context <i>Julian Bailey</i>	249
Analysis of the legal risks of international investment and risk prevention and control from business cases <i>Xinguo Ma</i>	258
Cybersecurity in international commercial arbitration <i>Begaim M.Kaibylidaeva</i>	269

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ СОКРАЩЕНИЙ

ГК КР	Гражданский кодекс Кыргызской Республики
ГПК КР	Гражданский процессуальный кодекс Кыргызской Республики
Закон о третейских судах	Закон Кыргызской Республики «О третейских судах в Кыргызской Республике» от 30 июля 2002 года № 135
МТС ТПП	Международный Третейский суд при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики
КР	Кыргызская Республика
Нью-Йоркская конвенция	Конвенция ООН «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» от 10 июня 1958 года
НК КР	Налоговый кодекс Кыргызской Республики
РАЦ	Российский арбитражный центр при Российском институте современного арбитража
Регламент МТС ТПП	Регламент Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики, утверждённый Решением Наблюдательного совета Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики от 22 ноября 2019 года
Типовой закон ЮНСИТРАЛ	Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже
Ускоренный регламент МТС ТПП	Ускоренный регламент Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики, утверждённый Решением Наблюдательного совета Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики от 22 ноября 2019 года

ПРИВЕТСТВЕННОЕ СЛОВО ПРЕДСЕДАТЕЛЯ МТС ТПП МАЙЧИЕВА Ш. Ю.

Уважаемые читатели!

В руках у вас шестой выпуск Ежегодного сборника статей Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики. С каждым новым выпуском сборника мы видим улучшение его содержания и разнообразие тематик, а также появление новых авторов из разных стран. В серии наших сборников уже были опубликованы статьи 67 авторов из 15 стран мира.

Отрадно отметить, что сборник активно читается арбитрами, адвокатами, юристами и специалистами различных профилей. Это подтверждается цитированием позиций авторов публикаций в различных арбитражных спорах, что свидетельствует о его полезности и востребованности.

Разумеется, не всегда возможно согласиться с мнениями авторов по всем юридическим позициям, но именно в этом заключается суть обогащения правовой дискуссии. Это способствует появлению новых идей, новых подходов и новых интерпретаций правовых вопросов.

В 2023 году Международному Третейскому суду открылись новые горизонты в арбитражных спорах. Ранее здесь преимущественно рассматривались иски, связанные с кредитными правоотношениями, но в этом году их доля снизилась до 15%. Появились новые дела по спорам в сфере энергетики, страхования, строительства, аренды, подряда, совместной деятельности, корпоративные и налоговые споры.

С увеличением разнообразия споров возрастает потребность в доступе к актуальной правовой информации, необходимой для корректного разрешения возникающих вопросов в процессе арбитражных разбирательств. Одновременно возрастает и интеллектуальная нагрузка на арбитров и секретариат Международного Третейского суда.

Ежегодные сборники стали неотъемлемой частью нашей работы, и мы предполагаем, что в будущем появится потребность в проведении точечных исследований по конкретным темам, с тем, чтобы публикации по результатам этих исследований соответствовали новым вызовам, с которыми сталкивается арбитраж в нашей стране.

Хотелось бы выразить нашу глубокую признательность всем авторам за их содержательные и полезные статьи, редакционной команде за поддержку в выпуске Ежегодного сборника. Особую благодарность выражаем главному редактору - Наталье Аленкиной за ее кропотливый труд по координации работы авторов, корректоров и издательства, за обеспечение своевременной публикации актуального контента в течение шести лет, а также Анаре Носиновой за ее важный вклад в организацию выпуска сборника.

С уважением,
Шамарал Майчиев

Председатель Международного Третейского суда при
Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики

ЧТО ОСОБЕННОГО В ЖИЗНИ АРБИТРА?*

*Новачик Пётр***

1. Легко ли сделать карьеру арбитра?

Есть люди, которые всю свою профессиональную жизнь посвятили арбитражу. Некоторые из них сделали карьеру. Желающих её сделать ещё больше. Толпы молодых людей тянутся к арбитражу. Появляется всё больше и больше магистерских и докторских диссертаций, статей по арбитражу, написанных совсем молодыми людьми. Что особенного толкает их в арбитраж? Откуда эта мотивация?

Карьера арбитра начинается относительно поздно. Это почти никогда не бывает начальной профессией. Должно сделать свою первую карьеру в другой профессии: в качестве адвоката, юрисконсульта, судьи, учёного, дипломата, бизнесмена, политика или эксперта. Только потом кто-то назначает нас арбитром. Бывает, что арбитром впервые

* Некоторые мысли автора были опубликованы в «Liber Amicorum: Between East and West, Essays in Honour of Ulf Franke», изданной JurisNet, LLC, Нью-Йорк. Другие в Wolters Kluwer – Polski Serwer Prawa в виде эссе и в ежемесячном *Palestra* № 1-2/2023.

** Международный арбитр, первый Chartered Arbitrator Польши и первый аккредитованный примиритель FIDIC, адвокат, признанный в Варшаве и Париже (avocat à la Cours), бывший член Международного арбитражного суда ICC, бывший председатель Третейского суда при Польской торговой палате, бывший член Консультативного совета VIAC, рассмотрел более 400 арбитражных дел в 20 странах в соответствии с правилами около 40 арбитражных учреждений, член Президиума МКАС в Киеве, внесён в списки арбитров, примирителей и медиаторов 100 учреждений мира; с автором можно связаться по электронной почте: arb@piotrnnowaczyk.com

назначают зрелого человека, занимающего высокую должность. Как это нужно сделать и когда? Нужно ли взять отпуск на работе? Неоплачиваемый отпуск или просто выходной? Если он адвокат или учёный - это полбеда. Однако, если он президент крупной компании, банка, высокопоставленный чиновник или политик, проблема с поиском свободного времени становится сложнее. Что делать, если назначения арбитром повторяются? Должны ли вы принять дополнительные обязательства за счёт свободного времени, отпуска с семьёй, заменить их выходными, проведёнными за чтением файлов? Это немного похоже на написание докторской диссертации за счёт других занятий и свободного времени.

Адвокатам и юрисконсультам легче. Повторные номинации обычно соответствуют репутации выбранного юриста, его профессиональным или корпоративным достижениям. Проблемы могут возникнуть и здесь. Как рассчитать гонорар арбитра? Является ли это доходом юридической фирмы или деятельностью, осуществляемой лично или иным образом? Однажды я насчитал до восьми способов урегулирования гонорара арбитра¹.

Наконец, юрист, специализирующийся на арбитраже, выстраивает арбитражную практику своей фирмы иногда в национальном, иногда в международном масштабе. Чем крупнее и известнее эта практика, тем чаще арбитром назначается тот адвокат. Но только пока. В какой-то момент, чем крупнее юридическая фирма, чем больше у неё арбитражных дел, чем больше у неё партнёров и офисов по всему миру, тем больше возникает конфликтов интересов. Полбеда, если они касаются текущих клиентов, но что делать с бывшими или потенциальными клиентами? Бывает,

¹ Is it moral to charge VAT on arbitration? Revista Romana del Arbitraj Nr 1/ January 2015, с. 11-14, Bucharest, Romania. «Морально ли облагать арбитраж НДС?», Corporate Governance Review (№ 2-34-2013 с. 133-136), Biuletyn Arbitrażowy № 20, с. 82-87, Biuletyn Konsultant (SIDiR) № 29.

что иногда партнёры из других зарубежных офисов возражают против принятия номинации арбитра их партнёра, потому что готовятся принять нового клиента, связанного с одной из сторон процесса. Бывает, что группа юристов переходит из одной крупной юридической фирмы в другую вместе со своими клиентами, в том числе и теми, кто так или иначе связан с одной из сторон только что начавшегося арбитража. Вот и получается, что юристу, наработавшему арбитражную практику юридической фирмы, становится всё труднее соглашаться на назначение арбитра, иногда по крупным и прибыльным делам. Именно поэтому известные арбитры иногда покидают крупные юридические фирмы, где они развивали практику фирмы на протяжении многих лет. Они создают «юридические фирмы-бутики» или продолжают свою «соло» жизнь в качестве «*full time independent arbitrator*».

Некоторые молодые юристы мечтают о такой карьере. Они усердно читают литературу, участвуют в конкурсах ораторского искусства типа VIS Moot, пишут кандидатские и докторские диссертации по арбитражу, публикуют свои статьи, им не терпится поскорее получить первое дело. Но на потенциальном собеседовании им всегда задают один и тот же вопрос: как часто вы были арбитром? Сколько решений вы вынесли по делам такого типа? Каков ваш опыт в решении подобных дел?

У молодых людей нет хорошего ответа на эти вопросы. Это немного похоже на ситуацию, когда молодой хирург-ортопед жаждет первую операцию на колене, а потенциальный пациент спрашивает: «*Доктор, сколько колен вы прооперировали в своей жизни?*» Если врач говорит: «*Ни одного, но я очень хочу сделать первую операцию*», пациент пойдёт к другому хирургу, желательно к тому, который прооперировал сто и более колен.

Так как же сделать карьеру арбитра? Как начать?

Арбитражное сообщество осознаёт силу и потенциал молодого поколения юристов. Как удержать этих людей, не растратив их энтузиазм и интерес к арбитражу? Ведь первые номинации появляются не раньше сорока лет, а карьера арбитра строится около пятидесяти. Между тем, в арбитражных конференциях часто участвует больше юристов, чем арбитражных дел в той или иной стране. Участников в конференц-залах больше, чем арбитров в списках арбитров данного учреждения. Крупнейшие и старейшие арбитражные учреждения рассматривают от нескольких десятков до нескольких сотен дел в год. Количество производств *ad hoc* неизвестно. Хотелось бы верить, что число огромно, но это не так.

Исследование, проведённое среди юристов крупнейших корпораций в 2006 году¹, показало, что подавляющее большинство, а именно 76% респондентов, ответили, что их компании предпочитают институциональный арбитраж, и лишь 24% выбрали бы *ad hoc*. В 2008 году эти предпочтения стали ещё сильнее, и уже 86% высказались за институциональный арбитраж, и только 14% высказались за арбитраж *ad hoc*. Количество ожидающих рассмотрения арбитражей *ad hoc* до сих пор остаётся загадкой. Однако на Западе бытует миф об изобилии арбитража *ad hoc*. Арбитражному сообществу хочется верить, что их бесконечное множество. Однако, похоже, это не так. Желающих быть арбитрами больше, чем дел для рассмотрения.

Поэтому молодым юристам предлагаются такие программы и организации, как *Young ICCA*, *Young International Arbitration Group (LCIA)*, *Young & International (ICDR)*, *Young Arbitration Forum (ICC)*, *Young Austrian Arbitration Practitioners (YAAP)*, *Young International Arbitration Group (YIAG)*), *Круг молодых специалистов (FIDIC)*, *ASA Under 40 (Groupe ASA des Jeunes Practiciens de l'Arbitrage)* и другие. Появляются движения

¹ Смотри: Loukas Mistelis and Crina Baltag - World Arbitration & Mediation Review 2008 volume 2, No. 5 p. 96 and 101.

«молодых арбитров» и организации типа «*Arbitrators under 45*». Что ж, молодость длится дольше, чем раньше.

Интересно, что молодые люди видят в арбитраже. Будь то традиция или культура, будь то деньги, слава или, может быть, особый образ жизни, активно культивируемый до последних лет жизни. Такие примеры, как George Dobry, Judge Holzman, Сергей Лебедев, Fali Nariman, Игорь Побирченко, Miloš Pohůnek, Ian Sanders, Tadeusz Szurski и многие другие трудоспособные и активные люди старше восьмидесяти и даже старше девяноста лет позволяют нам верить, что есть что-то в карьере арбитра, что так много людей хотели бы попробовать пойти этим путём.

2. Арбитраж старый как мир?

Арбитраж был известен ещё в глубокой древности. Свидетельства его существования мы находим в древнегреческих комедиях, финикийской традиции, философских и этнографических исследованиях. Если поискать ответ в названии книги Фридриха Энгельса «Происхождение семьи, частной собственности и государства» (обязательное чтение в 1970-е годы не только на философских факультетах), можно предположить, что третейский суд, безусловно, был создан после возникновения семейных, родовых и племенных общин. Конечно, после возникновения частной собственности, но уж точно до возникновения государственных организаций. Ведь уже существовали споры между членами родовых общин, кочевыми племенами, аборигенами, никогда не строившими государственной общины. Кто-то должен был разрешить эти споры. Тривиально можно представить себе арбитраж даже в каменном веке (эпоха неолита), как в мультсериале «Флинтстоуны». Научных доказательств этому нет, но зачем дано воображение? А именно, кто решит спор о разделе добычи, о спорной дубине или красивой и миловидной троглодитке?

Доказательства существования третейского суда изобилуют письменами различных культур задолго до нашей эры. Литература, даже античная литература, даёт нам интересные примеры на этот счёт. Есть античная комедия под названием «Третейский суд», восходящая к рубежу III и IV веков нашей эры. Мы не знаем точно, когда она была написана, комедия сохранилась фрагментарно. Её автор Менандр работал одновременно с Филимоном, хотя и был менее известен. Он умер преждевременно, предположительно утонув во время купания в заливе Фалерон, вероятно, в 291/290 годах до н. э.

Спор, описанный в комедии, возник между двумя рабами. Один из них (пастух Даос) находит брошенного младенца и отдаёт его другому (Сириросу) на воспитание. Однако мелкие ценные вещи, найденные при ребёнке, он хотел бы оставить себе. Они передают спор для разрешения случайному прохожему (Смикрину). Диалог персонажей - классический выход для арбитражного суда *ad hoc*. В нём есть все элементы: заключение арбитражного соглашения, назначение арбитра и даже запрос о его наличии (*availability*), ссылка на правила общественного порядка, наконец, окончательность решения. Единственным отсутствующим элементом является гонорар арбитра.

Однажды на арбитражной конференции я услышал, как представитель Ливана гордо сказал: *«Арбитраж был изобретён нами, финикийцами»*. Нужно знать, что ливанцы очень охотно обращаются к историческим традициям древней Финикии. Это разозлило итальянского участника конференции: *«Как вами, финикийцами? Вы, финикийцы, изобрели деньги, а не банки и банковские законы. Кто сказал, что вы изобрели арбитраж?»* *«Конечно, мы, - разглагольствовал ливанец, - ведь у нас, в наших портах, споры нужно было решать без промедления. Товар погружен на корабль, капитан хочет отплыть, солнце садится, ветер меняется, и вдруг представитель получателя сомневается в качестве*

товара. Срочно нужно было найти трёх беспристрастных специалистов, которые бы приняли немедленное решение».

Вероятно, так выглядело урегулирование торговых споров не только в портах Финикии. В древности третейские суды учреждались в портах, на площадях, на рынках, ярмарках и базарах.

Должность арбитров была признана в римском праве. Здесь в игру вступает латинский термин *arbitrarium*. Назначенный сторонами арбитр (*arbiter ex compromisso*) брал на себя функции арбитра (*receptum arbitri*). Исполнением арбитражного решения руководил претор. Для приведения арбитражного решения в исполнение претор мог применить официальное давление.

Исполнение арбитражного решения было обеспечено сторонами друг перед другом конкретным обещанием. Они давали присягу и вносили определённую сумму денег. Так было создано *com-promissum* - обязательство, которое могло даже подлежать принудительному исполнению. Со временем мировое урегулирование споров стало областью частного (гражданского) права и договорного права (*ius gentium* – международное публичное право).

Однако государственная власть постепенно ограничивала и ликвидировала мирное разрешение споров сначала уголовного, а затем и гражданского характера. Общая судебная система развивалась вместе с институтами современного государства. Арбитраж оставался альтернативой, часто узкой, эксклюзивной и элитарной. Таковым ли он является сегодня?

3. Арбитраж только для джентльменов?

Конечно, нет. Это также для дам. Когда несколько лет тому назад в Швеции я хотел опубликовать текст под названием «*Arbitration is for gentlemen only*», его поставила под сомне-

ние главная редактор издательства, вероятно, феминистка, заявив, что название попахивает мужским шовинизмом, неполиткорректно и противоречит политике издательства, пропагандирующего *gender neutrality* - в вольном (моём) переводе - «бесполость».

Я потратил две недели на то, чтобы понять, как исправить свой контент, не раздражая чувств шведской феминистки. Ведь есть существительные, имеющие смысл только в мужском роде, например, рыцарь, мушкетёр, улан, гусар, арбитр и ещё - джентльмен. Я консультировался по этому вопросу с лингвистами, иностранцами и носителями языка. Реакцией была всеобщая весёлость, смешанная с лёгкой беспомощностью. Как успокоить шведскую феминистку? Придумать что-нибудь *à la gentle women*? Как насчет *gentle ladies*, поскольку большинство речей начинаются с «*Ladies and gentlemen...*»?

После двух недель борьбы я нашёл решение. Я сделал перекрёстную ссылку со словом *gentleman*. В сноске я пояснил, что под старомодным термином *gentleman* автор данного текста подразумевает представителей арбитражного сообщества обоих полов. Когда я продиктовал это исправление моей секретарше, её пальцы дернулись, когда она печатала последние два слова *both sexes* (слово *gender* ещё не было часто использовано). «Это точно не пройдёт» - сказала она. Прошло.

Итак, для кого предназначен арбитраж?

Арбитраж часто обвиняют в элитарности. Элитарность звучит совсем неплохо. Звучит гордо. Арбитражные суды для джентльменов. Господа придерживаются следующих принципов: благоразумие, слово, честь, конфиденциальность, поиск компромисса, безотзывность обязательств, добровольное исполнение суждения, уважение к доброму имени и репутации компании. Культура арбитражного разбирательства превосходит поведение, известное в общих

судах. Я всё-таки считаю, что если количество джентльменов в бизнесе увеличится, то и количество арбитражных дел тоже возрастёт. «Неджентльменам» остаётся бродить по коридорам и залам общих судов по всем инстанциям.

Это сообщение стоит донести до предпринимателей напрямую, иногда через головы их юристов или юристов рядом с ними. Скажите им, что арбитраж - это элегантно, культурно, модно. Атмосфера здесь отличается от атмосферы залов судебных заседаний и переполненных коридоров общих судов. При продвижении арбитража предпринимателям нужно прямо сказать, что элегантный человек не пойдёт в общий суд, где может встретить преступника. Где в коридоре его обгоняют конвои, сопровождающие бандитов в наручниках, а телевизионщики собираются не для того, чтобы взять интервью у профессора или законного авторитета, а для того, чтобы заснять очередного афериста или политика, замешанного в тёмных делах. Мы, как практики, и мы, как теоретики, должны подойти к этой проарбитражной идее широко, гораздо шире, чем мы это делаем на наших арбитражных конференциях. Предприниматель (будь то бизнесмен или бизнес-леди) должен сам сказать своему адвокату: *«Пожалуйста, вставьте в мой договор арбитражную оговорку. Я хочу идти в арбитраж, а не в суд»*.

4. Арбитр всегда в пути

Международные арбитры - путешественники. Сегодня Прага, завтра Дубай, на следующей неделе Париж, в следующем месяце Женева, Вена, Стокгольм или Нью-Йорк. Вот так выглядит календарь арбитра. Пандемия не сильно изменила необходимость правильно распоряжаться своим временем. Конференции, разбирательства, встречи продолжаются иногда в различных гибридных формах. Бывает, что три арбитра проживают на трёх разных континентах. Бывает, что отличается не только время, но даже дата текущего дня.

У некоторых арбитров проблемы с календарём. Трудно найти свободную неделю в трёх разных календарях трёх высококлассных арбитров, членов состава арбитров. Сам акт поиска свободного места в календаре во время отложенного разбирательства технически сложен. Традиционный книжный календарь уходит в прошлое. Есть арбитры, у которых его нет. Они звонят секретарям и говорят: «*Пожалуйста, проверьте, когда я свободен*». Многие арбитры полагаются исключительно на электронный календарь. Когда разбирательство должно быть отложено, арбитры достают свои мобильные телефоны и сканируют записи на экране. «*Ой, 15 августа у меня свободное время*», - говорит один. «*А у меня 1 ноября свободное время*», - говорит другой. «*А у меня 11 ноября свободное время*», - говорит третий. И в один момент может оказаться, что у всех *свободное время* 23 декабря, 8 марта, 1 мая или 9 мая. Почему? Потому что электронные календари, используемые в некоторых мобильных телефонах, не учитывают государственные, национальные и даже международные праздники. Отход от использования традиционного книжного календаря может означать, что назначенное на 31 октября или 1 ноября разбирательство не позволит арбитру посетить могилы своих родственников в День всех святых. Точно так же разбирательство, назначенное на 26 декабря в Париже, нарушит Рождество для других, хотя во Франции это рабочий день.

Поэтому рекомендуется соблюдать и включать в календарь разбирательств национальные праздники и нерабочие дни как по месту разбирательства, так и в странах происхождения сторон и арбитров. Особенно это касается мультикультурных обществ. Международный арбитр должен знать даже даты переходящих праздников, таких как *Thanksgiving*, Пасха, Рамадан, *Columbus Day*, *Independence Day*, китайский Новый год, русская Масленица, День Ветеранов, православное Рождество или православная Пасха. По установившемуся обычаю не осуществлять в такой период

никаких действий и устанавливать сроки для сторон с учётом важных для них дат.

Ну а как сориентироваться в местных религиозных праздниках, о которых за пределами страны ничего неизвестно? Однажды мне довелось быть арбитром в одном из азиатских городов. Обе стороны и их уполномоченные лица обычно насчитывали несколько человек. Они всегда были одеты очень традиционно, обычно в тёмных костюмах или мундирах.

Я летел на разбирательство окольным путём. Авария в одном из крупных европейских аэропортов привела к изменению маршрута моего рейса. Я летел другими авиакомпаниями, через другие транзитные страны, меняя и теряя стыковки из-за задержки рейса. Когда я добрался до места назначения, было далеко за полночь. Я уже хотел вздохнуть с облегчением, но тут узнал, что мой багаж пропал. *«Не волнуйтесь, - сказал сотрудник авиакомпании, - он будет найден, мы доставим его в отель завтра после обеда».* *«Как завтра после обеда?»* - думаю я про себя, глядя в зеркало. Я был в джинсах и футболке. На мне были удобные кроксы, и, кроме чёрного клубного пиджака, на следующее утро ничего нельзя было использовать. В 10:00 я должен был начать разбирательство и предстать перед двумя дюжинами юристов, одетых очень консервативно, не говоря уже о двух соарбитрах, всегда одетых по самым высоким стандартам элегантности. *«Пожалуйста, отвезите меня в какой-нибудь ночной магазин!»* - сказал я водителю отеля. *«Сэр, сегодня у нас праздник (он упомянул какой), а завтра магазины не откроются до полудня, базар, может быть, немного раньше, но уж точно не утром».* *«Чувак, - говорю я, - мне нужен костюм, рубашка, галстук и чёрные броги завтра в 10:00. Придумай что-нибудь!»* Мальчик начал думать и звонить по мобильному телефону. *«У моего двоюродного брата есть магазин одежды на Большом базаре. Завтра он должен был быть закрыт, но в этой ситуации он специально придет и*

откроет его для вас рано утром в 9:00. Мы пойдём и купим всё, что вам нужно».

Он успокоил меня. Утром в 9 часов мы прибыли на базар. Пустой. Всё закрыто. Мы ждём. В 9:20 приходит родственник и долго пытается открыть металлические жалюзи на входе в магазин. Оказывается, он ошибся с ключами. Он уезжает на своём скутере, он скоро вернётся. Время летит. Моё сердце колотится от беспокойства. Родственник возвращается. 9:45. Мы заходим в магазин. Я уже знаю, что не куплю здесь ни одного костюма. Лучше скомбинирую штаны с моим чёрным пиджаком. Рубашку, галстук, запонки, пожалуйста. Всё. ОК. *«А теперь чёрные броги!»* И мой водитель, и его родственник беспокойно ёрзают. *«Сэр, у нас нет обуви»,* - говорит владелец магазина. *«Верно, - говорит водитель, - я не хотел вас расстраивать. Я думал, что кто-нибудь из коллег или официанты ресторана отеля одолжат вам свои чёрные броги, я проверял вчера вечером, но ни у кого из них нет вашего размера»* .

Что делать? Уже 10:00. Надо спешить на разбирательство, а я в этих нелепых кроксах. В голове крутится старая польская поговорка: *«О мужчине судят по жене, обуви и машине»*. Прошу помощи у моего ангела-хранителя, ведь кто же ещё в этом может помочь? Мы идём к машине вдоль длинной очереди закрытых магазинов. Все они с металлическими жалюзи, опущенными сверху вниз, запёртыми, закрытыми. В конце этой мрачной галереи мужчина стоит на коленях и возится с висячим замком. Он сейчас открывает свой магазин? Боже, сделай это обувным магазином! Солнце уже припекает спину моего чёрного пиджака. Какое начало дня! Иду и не верю своим глазам. Логотип Timberwood виден из-под приподнятой металлической шторки. Я попадаю внутрь. Есть три модели чёрных брогов на шнуровке. Одна моего размера. Поверьте, это моя лучшая обувь и по сей день.

5. Риск арбитра

Есть страны, в том числе очень демократические, где иностранное арбитражное решение, «*противоречащее национальным интересам государства*», не может быть приведено в исполнение. Всегда ли арбитр, вынесший такой вердикт, может чувствовать себя в безопасности?

Мне известен случай международного арбитража, когда после совещания с арбитрами один из них был арестован и заключён в тюрьму «*за действия, противоречащие интересам государства*». Это было на его родине. Совещание арбитров, скорее всего, было подслушано спецслужбами, а арбитра, который был в меньшинстве, обвинили в том, что он фактически не защищает интересы своей родины, которая демократична только по названию. Широко известен ещё один случай похищения (kidnaping) индонезийского арбитра агентами спецслужб Индонезии. Это произошло не в джунглях Борнео, и не в тёмном переулке какого-нибудь тенистого района Джакарты, а в международном аэропорту Амстердама.

Известны случаи, когда иностранные общие суды выносили распоряжения (*antisuit injunctions*), запрещающие арбитру въезд на территорию той или иной страны или налагающие на него многомиллионные штрафы за продолжение ведения арбитража. Я сам недавно стал объектом двух таких *antisuit injunctions*, запрещающих мне продолжать два арбитражных разбирательства в одной стране Центральной Азии. Ответчиком по обоим разбирательствам является государственная казна этой страны.

Бывает, что арбитров преследуют по административным делам, например, за нарушение местного трудового законодательства. В Таиланде арбитр должен получить разрешение на работу, прежде чем приступить к назначению разбирательства. Один из моих коллег до сих пор боится возвращаться в Таиланд только потому, что подписал ар-

битражное решение в аэропорту Бангкока, во время промежуточной посадки и пересадки. В нашем любимом Кыргызстане иностранному арбитру не заплатят гонорар, пока он не получит местный идентификационный номер налогоплательщика. Административный турникет здесь довольно вытянутый. Помимо необходимости нотариального заверения различных документов, вам также понадобится присяжный переводчик. Для чего нужен присяжный переводчик? Перевести имя арбитра! Это связано с тем, что транскрипция иностранной фамилии, написанной кириллицей, может быть разной - разной в кыргызской, и разной в русской. Дело в том, что моя фамилия и даже имя по-разному пишутся кириллицей в России и Беларуси, по-разному в Болгарии, Кыргызстане, Македонии, Молдавии, Сербии и Украине.

Количество особых мнений, заявленных в инвестиционных арбитражах на основе Bilateral Investment Treaties (BIT), вызывает недоумение. Разве арбитр из государства, проигравшего спор, не защищает себя особым мнением от неприятностей, которые могут постичь его по возвращении на родину? Ведь его имя назовёт пресса, ещё больше накалив уровень эмоций. Журналисты подсчитывают по случаю крупных инвестиционных споров, во сколько такие убытки обойдутся *«среднему налогоплательщику»*. Этот *«среднестатистический налогоплательщик»* может затаить обиду на арбитра, участвовавшего в вынесении решения. Так боится ли арбитр возвращаться домой после вынесения вердикта, как футбольный арбитр боится болельщиков в случае спорного результата матча?

Арбитр не защищён никаким иммунитетом. Он частное лицо. Даже когда он разрешает спор на сотни миллионов долларов или когда принимает решение, важное для национальной экономики государства, являющегося стороной арбитражного процесса. Иногда это решение может быть важным для защиты государства, его энергетической без-

опасности и т. д. Отсутствие какой-либо защиты означает, что арбитр не всегда чувствует себя в безопасности. На него могут напасть, задержать и даже похитить, оскорбить, вырвать папки с судебными документами. В таких случаях государственный судья защищён особыми правилами. Во многих юрисдикциях активное нападение или оскорбление судьи карается более строгим наказанием, чем активное нападение на сотрудника полиции, муниципальной охраны, судебного пристава или даже *«лица, помогающего ему»*, даже если такое лицо не является офицером. Между тем, арбитр, если он подвергается нападению, задержанию, удару или оскорблению, даже при выполнении своих функций или в связи с ними, будет сам разыскивать и преследовать виновных, и предъявлять к ним собственные иски в порядке частного обвинения.

Вопрос, защищены ли арбитры каким-либо иммунитетом, является вопросом национального законодательства, и подход, используемый разными государствами, значительно различается. Есть страны, где арбитражное право вообще предусматривает иммунитет (например, Англия и Уэльс), есть страны, где закон предусматривает ответственность арбитров только при определённых обстоятельствах (например, Австрия). Польский закон об арбитраже был разработан по образцу Типового закона UNCITRAL и не содержит каких-либо положений в этом отношении. Что касается ответственности за ошибочное решение, то преобладает мнение, что арбитр может быть привлечён к ответственности только в том случае, если решение было вынесено явно недобросовестно. При этом предполагается, что арбитры несут общую договорную ответственность перед сторонами за свои действия и бездействие, вытекающие из арбитражного регламента. К счастью, в Польше не зафиксировано ни одного дела об ответственности арбитров. Тем не менее, «чудеса» случаются. И так случилось со мной несколько лет назад, что два новоявленных адвоката из Варшавы попыта-

лись наложить арест на мой банковский счёт, чтобы обеспечить расходы на арбитражный процесс в случае проигрыша их клиента. Как я говорю в таких случаях: «Жизнь богаче литературы». По крайней мере, юридической.

Арбитр даже не пользуется в полной мере свободой слова. По крайней мере, в некоторых странах, например, в Польше. Если он адвокат или юрисконсульт, то может легко сослаться на иммунитет адвоката или юрисконсульта. Просто в Польше исполнение миссии арбитра, в отличие, например, от Швейцарии, не считается занятием адвокатской деятельностью. Арбитру в Великобритании гарантируются свобода слова и полная неприкосновенность, как и судье. Я видел решение, вынесенное London Court of International Arbitration (LCIA), в котором слово «*fraud*» фигурировало в оправдании 40 раз. Польский арбитр, 40 раз употребивший в Польше слово «*афера*» или «*мошенничество*», подвергнет себя гражданскому иску о защите личных прав, либо уголовному преследованию по частному обвинению за оскорбление или клевету на сторону арбитражного процесса. Почему это так? Почему одни государства защищают арбитров иммунитетом, а другие нет? В Великобритании арбитр может говорить и писать, что хочет. В половине из 50 штатов США тоже, но не в другой половине США. Совсем не так в Польше. Как же тогда можно представить мужество отдельных членов международного арбитражного состава, в который входят поляк, англичанин и американец? Где будет место единодушию, если один может говорить и писать, что хочет, другой боится последствий, а третий более или менее смел в зависимости от местного закона штата, в котором находится дело?

Безопасность арбитра – серьёзное дело. У многих из нас были приключения, иногда забавные, иногда опасные, связанные с перевозкой документов. Однажды в азиатском аэропорту меня остановили трое «грустных джентльменов» (поясняю читателям, что так мы называли секретных аген-

тов в коммунистические времена). Они очень хотели «*поговорить*» со мной. Их интересовало, почему я приехал в их страну и на такой короткий срок. Из такой далёкой страны, как Польша, билет *first class* такой дорогой, а я всего на один день, так почему и зачем? Они не представились, кто они. И кем они могли быть? Я с тревогой осознал, что у меня в папке документы арбитражного дела по модернизации военной техники. Если «*грустные джентльмены*» скажут мне открыть папку с документами, будет тяжело. Может быть, лучше от них отказаться? А если конфискуют? Когда они увидят, что внутри, успею ли я на свой самолёт? Покину ли я когда-нибудь эту страну? А если они агенты соседней страны, в которой давно идёт военный конфликт? В голове роились разные мысли.

Краем глаза я увидел в аэропорту в толпе людей известного арбитра. Неудивительно - известных арбитров проще всего встретить в международных аэропортах. Он был рад меня видеть, дружелюбно помахал рукой и подошёл ближе. «*Оставайся здесь и жди, пока меня отпустят!*» - попросил я своего друга. Как хорошо иметь друга в такие времена! В конце концов, «*грустные джентльмены*» оставили меня в покое. Они долго смотрели на мою тогдашнюю визитку председателя *Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce*. Она помогла. Однако сомнения «*а что, если*» остались.

6. Арбитраж как пенсионная схема

О зарплатах юристов ходят легенды. Почти в каждой стране юристы принадлежат к *middle class*, часто к *upper middle class*, а иногда даже к *high class*. Высокий заработок означает высокий уровень жизни. Даже в коммунистической Польше 40 лет назад дела у юристов шли неплохо. Я вспоминаю разговор нескольких старших адвокатов в комнате для адвокатов провинциального суда моего родного города Познани. Все жаловались, что тяжело, что клиенты неблагодарные,

что не платят и т. д. Когда они ушли, старый приказчик, молча выслушивавший эти жалобы, только кивнул головой и сказал задумчиво: *«Вот так жалуются, жалуются вот так, вы когда-нибудь видели адвоката, у которого нет машины?»*

В те времена в Польше иметь машину, собственную квартиру и даже цветной телевизор было мерилем богатства. Однако доступ к материальным благам не безграничен во времени. Это может когда-нибудь закончиться. Великие юристы, практикующие в США, Швейцарии, Франции, Великобритании, будут получать высокие пенсии. Уровень их жизни никоим образом не должен снижаться после выхода на пенсию. Между тем у юристов Центральной и Восточной Европы перспективы гораздо хуже. Капитализм здесь молод, как и рыночная экономика. Система социального обеспечения заработала недавно и работает плохо. Выплата пенсионных взносов началась с опозданием. Не каждый адвокат, практикующий индивидуально, выплачивает их в максимальном размере. И даже если так, сколько он соберёт за годы, оставшиеся до выхода на пенсию? Стоит ли платить по максимальным ставкам или лучше копить и инвестировать самому? Наступил демографический спад, и во всё более возрастном обществе будет всё труднее содержать весёлых пенсионеров, родившихся в период бэби-бума 1950-х годов. Может оказаться, что лучший партнёр крупнейшей юридической фирмы в Центральной или Восточной Европе, выйдя на пенсию в возрасте 65 лет, будет получать пенсию из государственной казны в размере нескольких сотен евро. И чем дальше на восток Европы, тем меньше может быть эта пенсия...

Таким образом, карьера арбитра становится лучшим пенсионным планом для юриста (англ.: *pension plan*). В конце концов, нет ничего лучше, чем продолжать делать то, что вы можете и любите, в своём собственном темпе, с друзьями и коллегами, в привлекательных местах по всему миру

и за привлекательную плату. Специфический стиль «арбитражной жизни» позволяет поддерживать себя в форме до последних лет. Отличные арбитры, упомянутые выше пенсионеры, активные после восьмидесяти и даже девяноста лет, подтверждают мою теорию: *«Арбитры живут дольше, чем другие юристы»*. Поэтому я думаю, что для многих старших юристов формальный выход на пенсию, ранний или поздний, ничего особенного в жизни не меняет, главное, чтобы они заранее построили карьеру арбитра.

Можно ли заработать много денег на арбитраже? Сколько? Это зависит... От чего? От страны, учреждения, арбитражных правил, тарифов, соглашений со сторонами и, наконец, от арбитражного права данной страны.

7. Создаёт ли арбитраж новые привычки?

В свободном от жёстких процедур международном арбитраже сложилась особая культура. Некоторые обычаи были установлены относительно формы самих обсуждений. Разбирательства обычно проходят в залах арбитражных судов, конференц-залах торговых палат, помещениях юридических фирм или гостиниц. В странах Востока я арбитражировал даже в ресторанах, общественных центрах и даже в школьном классе. Вид арбитров, сидящих перед школьной доской, оказал исключительно дисциплинирующее воздействие на адвокатов сторон. Как только они сели за школьные парты, их смелость и уверенность в себе как-то покинули их.

Обычно арбитры сидят во главе стола для совещаний, истец и его поверенные - справа от них, а ответчик - слева от них соответственно. Однако иногда бывает и наоборот. В англо-саксонских странах истец обычно сидит слева, как и в Германии и Польше.

Во время судебного разбирательства все участники сидят, в том числе и при обращении к составу арбитража. Это не

исключает знаков уважения, вежливости или изысканных манер. В некоторых странах приняты звания арбитров: *Your Lordship, Your Honor, Ваша Честь, Distinguished Arbitral Tribunal, Distinguished Arbitrator*. Адвокаты противоположной стороны называют друг друга *My Learned Colleague*, или *My Distinguished Colleague*. Эти фразы иногда звучат странно для польского юриста. Если бы мы стали называть оппонента «мой учёный коллега», нас могли бы обвинить в сарказме или иронии.

В арбитраже плохо видно любой злой умысел по отношению к противной стороне, не говоря уже об арбитрах. Словесное ограждение между адвокатами здесь намного тоньше, чем в общем суде. Во всяком случае, фехтовальная дисциплина — это скорее флорет, чем сабля. Остроумие и чувство юмора, хорошие манеры и позитивное, весёлое отношение к участникам процесса всегда приветствуются.

Атмосфера зала арбитражного разбирательства отличается от атмосферы зала в общем суде. Предполагается, что он хоть немного напоминает атмосферу переговоров, в ходе которых стороны когда-то заключали договор. Ведь одни и те же стороны раньше дружили, любили и доверяли друг другу. Стоит восстановить и воссоздать эти чувства. Это хорошая привычка - есть вместе во время перерывов, при условии, что мы не говорим о делах за столом. Совершенно нормально делать перерывы для консультаций. Допускается общение адвокатов с отсутствующими членами правления сторон или другими юристами, особенно для обсуждения позиций и предложений по урегулированию.

Между арбитрами сложился особый этикет. Арбитр, проживающий в месте арбитража, должен выяснить, нужна ли другим арбитрам помощь в бронировании гостиницы, секретарских услугах или транспорте, и предложить такую помощь. Он же, как правило, приглашает соарбитров на приём, обычно на ужин, предшествующий первому разби-

рательству. Ещё одно требование неписаного этикета гласит, что председатель арбитражного состава, выбранный соарбитрами, приглашает соарбитров на последний обед после завершения арбитражного процесса. Короткая встреча с президентом арбитражного учреждения, управляющего арбитражем, или с управляющим партнёром юридической фирмы, в которой проходит разбирательство, является вежливостью.

Арбитраж разработал особый словарь. Такие фразы, как *joinder, rejoinder, rebutter, duplique, triplique, quadruplique*, хотя и относятся к порядку подачи состязательных бумаг, до сих пор неизвестны в общих судах некоторых правовых систем. Такие термины, как *baseball arbitration, bifurcation, chess clock system, cross file, flip-flop arbitration, hot tubing, wild cat arbitration etc.* навсегда обогатили юридический словарь, а названные таким образом явления значительно обогатили обычаи, принятые в арбитраже. Некоторые арбитры прославились внедрением собственных привычек или моделей поведения, они вошли в историю арбитража как авторы, например, *Böckstieggell method, Goldman formula, Redfern schedule, Scott schedule* albo *Tomlein order*.

До сих пор много говорят о необходимости повышения эффективности судебного процесса в польских судах общей юрисдикции, особенно подготовки основного разбирательства. Мой совет: уважаемые судьи (*Your Lordship*), учитесь у арбитров!

8. Арбитраж снижает напряжённость

Континентально-европейский арбитраж помогает разрешать споры. Способствование мирному урегулированию спора здесь почти всегда было правилом и доброй традицией. Арбитраж описывается двумя названиями: «*Арбитражный суд*» или «*Третейский суд*». Этимология последнего

термина происходит от слова «третейский» - относящийся к разбору спора, конфликта третьим, незаинтересованным лицом. Председательствуя в третейских судах, для разрядки напряжённости между сторонами я иногда говорю: «Когда вы решили включить в свой договор арбитражную оговорку, вы настолько понравились друг другу, что отказались от юрисдикции государственных судов над вами. Возможно, пришло время снова полюбить друг друга и рассмотреть мирное решение». Ожидается, что арбитр в Центральной Европе будет дружелюбен к людям и, таким образом, сможет способствовать мирному урегулированию. Некоторые арбитражные правила, например, в Чешской Республике или Германии, даже налагают такое обязательство.

Ситуация отличается в странах и учреждениях, где арбитры взимают почасовую оплату. Например, арбитры London Court of International Arbitration (LCIA) не хотят договариваться. Они даже утверждают, что стороны спора подали дело в LCIA именно по этой причине, потому что рассчитывали на грамотное решение, а если хотели примириться, то могли выбрать медиацию.

В юрисдикциях и учреждениях, где арбитры получают вознаграждение в соответствии с применимым тарифом *ad valorem*, т. е. в зависимости от стоимости предмета спора, арбитры скорее доводят дело до конца, чем затягивают его до бесконечности. Мировое соглашение - один из самых быстрых способов завершить арбитраж. Поэтому неудивительно, что, согласно статистике, значительно больше арбитражных разбирательств, заключённых с мировым соглашением, в юрисдикциях и учреждениях, которые вознаграждают арбитров *ad valorem*, чем там, где арбитры получают вознаграждение на почасовой основе. Кроме того, в литературе и комментариях высказывается больше мнений «за примирение» в первой группе стран и учреждений, в то время как во второй многие коллеги-учёные придерживаются позиции, согласно которой арбитр не

должен способствовать заключению мирового соглашения, поскольку его задачей является вынесение арбитражного решения. Составление длинного арбитражного решения по сложному арбитражному делу, очевидно, требует большего количества оплачиваемых часов, чем разрешение спора „à l'amiable”. Бывает, что каждый из трёх арбитров хочет написать самый объёмный фрагмент решения.

9. Вопросы конфиденциальности заседаний, обсуждений и голосования

Является ли арбитраж конфиденциальным? «Да!» - хором отвечают учёные. А от чего это происходит? Здесь ответы менее однозначны: «из традиции», «из характера арбитража» и, наконец, из правил арбитражных учреждений.

А как насчёт совещания арбитров? Обеспечена ли должным образом конфиденциальность арбитражного разбирательства? У меня есть некоторые сомнения по этому поводу. Арбитражные регламенты приняли международный стандарт, согласно которому обсуждение носит тайный характер.

Вопрос сложный на международном уровне. Некоторые арбитражные правила, в частности, допускают присутствие человека, называемого по-русски докладчиком. Докладчик - человек с очень сильными компетенциями в российском, украинском и ряде других арбитражей. Докладчик выполняет роль клерка, а также административного секретаря. Он ведёт протокол разбирательства, готовит его и очень часто готовит и часть решения. На Западе мы можем назначить административного секретаря (*англ.: administrative secretary*), который с согласия сторон и третейского суда может быть допущен к участию в разбирательстве. Вопрос в том, можно ли его допустить на совещание арбитров? Многие нормативные акты умалчивают об этом.

Роль административного секретаря впервые была упомянута на конференции в Боготе, Колумбия, организованной International Bar Association в рамках „*International Arbitration Day*” в 2013 году. Был разговор о ходе встречи и так называемом синдроме д’Артаньяна („*d’Artagnan syndrom*”). Известный французский писатель Александр Дюма (отец) написал знаменитый роман под названием «Три мушкетёра». Титулованные герои - Атос, Портос и Арамис. Однако главным героем этой книги является д’Артаньян, четвёртый, самый молодой мушкетёр, родом из Гаскони, то есть из Страны Басков. С некоторых пор в некоторых арбитражах стало признаваться, что роль административного секретаря в чем-то напоминает роль д’Артаньяна. Это как будто продвигать четвёртого мушкетёра наравне с тремя титулованными мужчинами, представлять его в зале суда, а затем в зале совещания. Речь идёт о человеке, который иногда знает дело лучше всех, человеке, который прочитал всё от начала до конца, сообщил, а иногда предложил или даже разработал решение.

Конфиденциальность становится ещё более сложной, когда международные арбитры приезжают из разных стран и говорят на разных языках. Поэтому иногда требуется переводчик. Вопрос в том, имеет ли переводчик право участвовать в совещании? Много лет назад в Польше был случай, когда г-н профессор Philippe Fouchard был назначен французской стороной в споре о сети французских супермаркетов. Языком арбитража был польский. Профессор Philippe Fouchard не знал польского языка, и предложение перевести для него весь суд на польский язык было принято. Однако предложение провести совещание также с участием переводчика было отклонено как минимум одним из польских арбитров. В результате профессору Fouchard пришлось отказаться от дела.

Вопрос о том, будет ли разрешено присутствие переводчиков на заседании, которое должно проводиться на язы-

ке арбитражного разбирательства, остаётся без ответа. Во многих уставах говорится, что разбирательство является конфиденциальным, что совещание является секретным, что оно является „*confidential*” и так далее. У нас нет таких сомнений, когда мы смотрим на правила LCIA. У нас нет таких сомнений, когда International Bar Association предусматривает тайное обсуждение в качестве стандарта. Как и Кодекс этики American Arbitration Association. Но Арбитражный регламент UNCITRAL в версиях 1976 и 2010 годов, а также Типовой закон UNCITRAL в версиях 1985 и 2006 годов ничего не говорят о секретности, конфиденциальности или даже тайне обсуждения.

Поэтому вывод о конфиденциальности совещания относится к некоторым общим принципам, якобы вытекающим из традиции. Но вопрос в том, применимы ли к нашему праву какие-либо международные традиции? Защитил ли наш законодатель должным образом конфиденциальность совещания? На мой взгляд, не обязательно.

Мои сомнения подтверждаются моим собственным случаем, когда я был вызван в качестве свидетеля в общий суд и мне было приказано давать показания по всей строгости инструкций об обязанности говорить правду и т. д., о порядке и ходе арбитражного разбирательства, в котором я председательствовал, о поведении арбитров и даже об их физическом и психическом здоровье. Я нахожу этот опыт шокирующим и несправедливым и каждый раз настоятельно призываю законодателя усилить конфиденциальность совещания.

Во многих странах запрещено допрашивать посредника в качестве свидетеля. Медиатор не может быть допрошен о фактах, которые он узнал в связи с медиацией. Почему можно допросить арбитра? Арбитр в некотором смысле также выступает в качестве посредника, по крайней мере, когда он побуждает стороны к достижению соглашения, а иногда

успешно заключает это соглашение и придаёт урегулированию форму арбитражного решения.

Хотелось бы рассмотреть положения о запрете допроса посредника, в том числе в контексте гибридных форм разрешения споров Арб-Мед и Мед-Арб. Как это выглядит с юридической точки зрения? Если медиатор выступает посредником и в какой-то момент становится арбитром по воле сторон и выносит решение по делу, то что? До того момента, когда он был посредником, ему не разрешалось ничего спрашивать о том, что он узнал в ходе разбирательства, а с того момента, как он стал арбитром, да? Это кажется крайне несправедливым и необоснованным. Так же, как и в обратном варианте, когда арбитра просят выступить посредником, а мы имеем дело с Арб-Мед.

Обычно во время совещания сначала идёт обсуждение, а затем голосование. Бывает, однако, что кто-то навязывает голосование без обсуждения. Однажды в Минске, Беларусь, я участвовал в арбитражном процессе, и после разбирательства вместо обсуждения профессор, назначенный белорусской стороной, говорит: *«Я считаю, что иск обоснован. Мы признаём претензию»*. На это русский председатель, его бывший студент, говорит: *«Я полностью согласен с профессором»*. И я третий, что я должен был сказать? Давайте обсудим это шаг за шагом? Я пытался, но это было тяжело и поздно. В тот момент я подумал, что после обсуждения порядок голосования должен быть от младшего к старшему по возрасту и функциям, такого положения нет ни в одном арбитражном регламенте. Может, хорошо, может, нет. Однако этот вопрос должен регулироваться практикой и хорошими манерами. Мы не всегда сталкиваемся с этими хорошими привычками. Бывает, как в моём белорусском примере, что профессор первым обращается с предложением, а его подопечный боится протестовать в этот момент. Бывает, что арбитр из списка рекомендованных арбитров, имеющий большой опыт, выступает перед арбитром не из

списка, для которого это дело первое. Бывает, председатель суда говорит раньше дебютанта.

10. Никаких шуток про арбитров!

Каждый раз, когда я бываю в США, мне рассказывают анекдоты про юристов. Шуток много, и они мне совсем не нравятся. Я всегда говорю своим американским коллегам, что это шуточки про них, про американских юристов, а я из Польши. В итоге мне хотят рассказать какую-нибудь *«polish joke»*. Протестую: *«Вам нельзя анекдоты про негров, про евреев, про гомосексуалистов, значит, про поляков глупые анекдоты тоже нельзя»*, - объясняю, и эффективно.

Я давно искал анекдоты про арбитров. Есть ли анекдоты про них? Из юности помню только один анекдот про государственных судей. Вот как это выглядит. Ночью горит здание суда в маленьком городке. Прибывают пожарные машины, и пожарные начинают тушить огонь. Возный бежит к дому председателя суда. Он бьёт кулаками в дверь и будит его криком: *«Суд горит, господин президент! Что нам делать?»* Сонный судья чешет затылок. *«Хм, дай подумать»*, - бормочет он. *«Я знаю»*, - говорит он, подумав. – *«Возьми эту папку из-под моей кровати и брось её в огонь!»*

Есть ли шуточки про арбитров? За 25 лет практики я слышал только одну в Сингапуре:

Вопрос: *Какой первый симптом шизофрении?*

Ответ: *Единоличный арбитр пишет особое мнение.*

Почему нет шуток про арбитров? Разве арбитраж не является *funny*? Я думаю, что это так и часто. Я мог бы рассказать много историй о том, как это может быть смешно. Так почему же нет шуток?

Мой ответ: *«Потому что люди уважают арбитров!»* Люди всегда уважали *«деревенского старика»* (англ.: *old man of*

the village) - обычно старика, назначаемого для разрешения споров между соседями. Не бывает шуток о профессиях, которые люди действительно уважают. Так что у нас есть тысячи шуток об американских юристах, но очень мало о судьях и арбитрах.

В моей стране Польше идёт дискуссия на тему «*Кому принадлежит корона среди юридических профессий?*» Государственные судьи хотели бы её иметь. У них уже есть халат, цепь, берет и даже молоток, оплачиваемый отпуск, больничный, возможность получить квалификацию адвоката без дополнительной подготовки, иммунитет, неприкосновенность и возможность выхода на пенсию. Говорят, что профессия судьи должна стать «*коронай всех юридических профессий*». Это случится? Я не знаю. Путь к «*коронованию*» труден.

Пока я считаю, что корона принадлежит международным арбитрам. Немногие коллеги со времён нашего юридического обучения имеют более интересную профессиональную жизнь, немногие больше путешествуют, встречаются с необыкновенными людьми, переживают приключения, изучают иностранные культуры и языки. Это работа, миссия или особый образ жизни? Я попытался рассказать это по-своему. Без шуток про арбитров.

НЕКОТОРЫЕ УТОЧНЕНИЯ К ВОПРОСУ ОБ ОБЯЗАННОСТЯХ АРБИТРОВ

(тезисы выступления на семинаре МТС ТПП и РАЦ «Роль и обязанности арбитров: интересные кейсы конфликтов интересов», 28 июня 2023 года)

*Архипова Анна Григорьевна**

Когда речь заходит об обязанностях арбитра, прежде всего приходит в голову обязанность сохранять беспристрастность и независимость. Она предусмотрена как законодательно, так и на уровне этических стандартов, применимых к деятельности арбитра. Однако положения, регулирующие эту обязанность, не уточняют, перед кем арбитра её несёт. Из них не всегда понятно, в течение какого периода эта обязанность имеется. Нет и ясности насчёт того, является ли эта обязанность исчерпывающей, или у арбитра есть и иные обязанности.

Эта неопределённость позволяет задать несколько вопросов. Какие ещё обязанности несут арбитры? Имеют ли все обязанности арбитров одинаковую или различную природу? Как определить круг субъектов, перед которыми арбитра обязан, и, в частности, может ли в этот круг входить

* К.ю.н., заместитель председателя МАК при ТПП РФ, доцент Исследовательского центра частного права им. С. С. Алексеева, зав. кафедрой гражданского права Ташкентского филиала МГИМО (У) МИД России; с автором можно связаться по электронной почте: a.g.arkhipova@gmail.com

арбитражное учреждение? Можно ли говорить об обязанности арбитра быть лояльным арбитражу в целом как способу разрешения споров?

Эта заметка не претендует на решение поставленных вопросов или их исчерпывающий комментарий. В частности, за её рамками остаются вопросы ответственности арбитра за ненадлежащее выполнение тех или иных обязанностей.

Среди российских документов, регламентирующих обязанности арбитра, нужно в первую очередь назвать Федеральный закон от 29 декабря 2015 года № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее – Закон об арбитраже) и Закон РФ от 7 июля 1993 года № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА).

В соответствии со статьей 12 Закона об арбитраже арбитр должен сообщить сторонам о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения относительно его беспристрастности и независимости. Как нетрудно увидеть, из текста закона следует, что арбитр несёт эту обязанность перед сторонами. Каких-либо иных лиц, перед которыми арбитр обязан, закон не упоминает. В то же время статья 18 Закона об арбитраже говорит о независимости и беспристрастности арбитров, как об общем принципе арбитража. Однако и из неё вряд ли можно сделать вывод о том, что арбитр несёт какие-либо обязанности перед кем-то, кроме сторон.

Комментируемая обязанность возникает с момента избрания (назначения) арбитра и сохраняется в течение всего арбитража. Под течением арбитража обычно понимается период до момента вынесения решения. Этот период может продлеваться для вынесения третейским судом дополнительного решения или исправления арбитражного решения. Кроме того, если соответствующим процессуальным законодательством предусмотрено, что в случае отмены

арбитражного решения суд возвращает его для повторного рассмотрения тем же составом третейского суда, то полномочия арбитра распространяются и на период такого повторного рассмотрения спора.

Согласно статье 21 Закона об арбитраже, арбитр, кроме того, несёт обязанность не разглашать сведения, ставшие ему известными в ходе арбитража. Эту обязанность арбитр, как представляется, также несёт перед сторонами. Однако, как и всякая обязанность по соблюдению конфиденциальности, она распространяется не только на период арбитража, но и на разумный период после его завершения.

Закон о МКА каких-либо дополнительных положений на этот счёт не содержит.

Согласно Правилам о беспристрастности арбитров (Приложение к приказу Торгово-промышленной палаты Российской Федерации № 110 от 30 сентября 2021 года, далее – Правила ТПП¹), арбитры должны являться беспристрастными и независимыми. Арбитр должен сообщать о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения на этот счёт. Эта обязанность сохраняется на протяжении всего его участия в арбитражном разбирательстве.

Более конкретно содержание этой обязанности раскрывается в одноимённом разделе II Правил ТПП. Он уточняет, что требования беспристрастности и независимости распространяются с момента принятия полномочий арбитра и в течение всего срока их действия. Арбитр является беспристрастным, если он прямо или косвенно не заинтересован в исходе дела и не имеет заранее сложившихся предпочтений или иных предубеждений в отношении определённой стороны арбитража, её представителя, эксперта, консультанта или свидетеля. Арбитр является независимым, если у него

¹ Текст Правил см., напр.: <https://mac.tpprf.ru/ru/materials/>

отсутствуют отношения со стороны арбитража, которые способны повлиять на его позицию по делу.

В пункте 3 статьи 7 Правил ТПП содержится важное уточнение: если не установлен иной порядок раскрытия обстоятельств, которые могут вызывать сомнения относительно его беспристрастности или независимости, то арбитр сообщает соответствующие обстоятельства арбитражному учреждению. Оно, в свою очередь, доводит их до сведения сторон, а также других арбитров, входящих в тот же состав третейского суда. При арбитраже *ad hoc* сведения сообщаются арбитром непосредственно сторонам, а также другим арбитрам, входящим в тот же состав третейского суда.

Таким образом, вполне очевидно, что арбитр несёт обязанность по раскрытию информации перед сторонами. Но означает ли положение о том, что обстоятельства раскрываются арбитражному учреждению и арбитрам, входящим в тот же состав третейского суда, что арбитр несёт также некие обязанности перед ними?

На наш взгляд, самостоятельной обязанности по раскрытию информации перед арбитражным учреждением арбитр не несёт. Арбитражное учреждение выступает в данном случае как субъект, координирующий арбитражное разбирательство, его функция состоит лишь в том, чтобы передать полученную от арбитра информацию другим заинтересованным лицам. В то же время можно признать, что арбитр несёт обязанность по раскрытию не только перед сторонами, но и перед другими арбитрами, входящими в состав третейского суда.

Согласно пункту 5 статьи 13 Правил ТПП симметричная обязанность по раскрытию информации, которая может иметь отношение к требованиям беспристрастности и независимости арбитров, возложена на сторону арбитража и её представителей. Они также должны сообщить необходимую информацию арбитражному учреждению «для доведе-

ния её... до сведения арбитров и других сторон». Эта формулировка, как представляется, подчёркивает, что арбитражное учреждение выполняет в ходе передачи информации своего рода посредническую функцию. Обязанность по предоставлению информации сторона несёт перед другой стороной и арбитрами, входящими в состав третейского суда.

Более подробно обязанности по раскрытию информации описаны в Руководстве Международной ассоциации юристов по конфликту интересов в международном арбитраже в редакции от 10 августа 2015 года (далее – Руководство¹). Обязанности по сохранению беспристрастности и независимости посвящен пункт 1 Руководства. В нём не сказано, по отношению к кому арбитр несёт эту обязанность, однако определены её временные рамки: с момента принятия арбитром назначения и до вынесения решения или полного прекращения арбитражного разбирательства иным образом. В пункте 2 введения к Руководству говорится о праве сторон на раскрытие информации. Таким образом, можно сделать вывод о том, что и корреспондирующая обязанность по раскрытию имеется у арбитров по отношению к сторонам.

Этот вывод коррелирует с пунктом 4 Руководства, которое описывает отказ от права на возражение. Это право имеется у сторон арбитражного разбирательства, и при определённых обстоятельствах, квалифицируемых как отказ от права, сторонами утрачивается. В пункте 4 не говорится о каких-либо иных лицах, у которых имеются права, корреспондирующие обязанности арбитра соблюдать требования независимости и беспристрастности.

В пункте 3(а) Руководства упоминается, что, если основания для раскрытия имеются, арбитр должен сообщить соответствующие сведения сторонам, арбитражному учреж-

¹ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafee8918>

дению или уполномоченному органу и другим арбитрам, входящим в состав третейского суда.

Пункт 7 Руководства предусматривает симметричную обязанность сторон раскрывать информацию, которая может свидетельствовать о невыполнении требований беспристрастности и независимости арбитра. Раскрыть информацию следует арбитру, третейскому суду, другим сторонам, а также арбитражному учреждению (уполномоченному органу).

На наш взгляд, положения Руководства о раскрытии определённой информации арбитражному учреждению, так же, как и положения Правил ТПП, не создают самостоятельной обязанности арбитра и сторон перед арбитражным учреждением. Эти обязанности арбитры и стороны несут друг перед другом, а арбитражное учреждение получает эту информацию как субъект, организующий проведение арбитража.

Можно обратить внимание на ещё одну обязанность, предусмотренную в пункте 6 статьи 4 Правил ТПП: арбитр не вправе без согласия сторон делать публичные заявления по делу, в частности, давать его публичную правовую оценку. Представляется, что эта обязанность является одним из проявлений более широкой обязанности по сохранению беспристрастности. Хотя напрямую Правила ТПП об этом не говорят, можно предположить, что эту обязанность арбитр также несёт перед сторонами, а её временной охват не отличается от обязанности быть независимым и беспристрастным.

На обязанности воздерживаться от суждений по делу отдельно останавливается и Руководство, причем приходится признать, что оно делает это неоднозначно. С одной стороны, согласно пункту 3.5.2 Руководства, публичное выражение арбитром позиции по делу (в публикации, лекции и т. п.) входит в так называемый оранжевый список. Это обстоя-

тельство подлежит раскрытию и может при определённых обстоятельствах стать причиной для отвода арбитра. В то же время, согласно пункту 4.1.1, выражение арбитром мнения по правовому вопросу, который затрагивается в рамках арбитражного разбирательства, входит в зелёный список, т. е. не подлежит раскрытию и не может быть поводом для заявления об отводе. Разграничение, предложенное Руководством, состоит в том, что «зелёное» выражение мнения по правовому вопросу не должно касаться конкретного дела. В то же время на практике, как представляется, граница между такими высказываниями является довольно зыбкой. Например, не всегда ясно, куда отнести суждение арбитра о порядке исчисления сроков исковой давности применительно к обстоятельствам, совпадающим с фактами конкретного спора, если арбитр озвучивает это суждение, не называя стороны или иные сведения, позволяющие идентифицировать дело.

В пункте 3 введения к Руководству сформулировано важное дополнение: в интересах *«сообщества международного коммерческого арбитража»* добиться того, чтобы арбитражным разбирательствам не создавалось препятствий необоснованными заявлениями об отводе арбитров. Легитимность разбирательства не должна ущемляться неопределённостью и отсутствием единообразия в стандартах раскрытия и заявлениях об отводе. Из этого положения можно сделать вывод о том, что некие обязанности существуют не только у арбитров по отношению к сторонам и к другим арбитрам, не только у представителей сторон по отношению к арбитрам, но и у каждого участника арбитражного разбирательства по отношению к обобщённому «сообществу» международного коммерческого арбитража. Конечно, поскольку такое сообщество существует лишь неформально, нельзя говорить о том, что эта обязанность укладывается в рамки стандартной гражданско-правовой или процессуальной обязанности. Уполномоченный субъект

ект в этой обязанности фактически не определён. Следовательно, эта обязанность не вписывается в общепринятые рамки, требующие для признания существования обязанности установления её компонентов: обязанного и управомоченного субъектов, точного содержания обязанности, а также последствий её несоблюдения. Однако можно, тем не менее, предположить, что указанная выше констатация необходимости действовать в интересах «*сообщества международного коммерческого арбитража*» означает, что лицо, чьё поведение этому стандарту не соответствует, понесёт те или иные неблагоприятные последствия¹.

В преамбуле к другому документу, разработанному Международной ассоциацией юристов, – Руководству по представлению интересов сторон в международном коммерческом арбитраже от 25 мая 2013 года (далее – Руководство по представлению интересов²), указано, что представители «*не должны вовлекаться в деятельность, имеющей целью затягивание сроков или увеличение расходов, в том числе использовать тактики, направленные на создание препятствий арбитражному разбирательству*». Таким образом, у представителей имеется явным образом сформулированная обязанность содействовать или, как минимум, не препятствовать арбитражному разбирательству. Представляется, что, хотя симметричная обязанность арбитров не прописана в рассматриваемых документах явным образом, тем не менее, о её наличии у арбитров вполне можно говорить. Действительно, если лицо соглашается принять на себя функции арбитра, это согласие подразумевает признание со стороны этого лица того, что международный коммерческий арбитраж (третейское разбирательство) является приемлемым, допустимым способом разрешения

¹ Такие не вполне определённые обязанности в некоторых других документах именуются этическими. Подробнее об этом см. ниже.

² IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=6F0C57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F>

споров. Кроме того, такое согласие означает, что, при условии положительного ответа на вопрос о наличии компетенции у третейского суда, арбитр признаёт, что конкретный спор может быть разрешён в арбитраже. Из этого, в свою очередь, следует подразумеваемая обязанность арбитра не чинить препятствий арбитражу, без необходимости не затягивать его и не увеличивать арбитражные расходы. Представляется, кроме того, что эта обязанность включает и такой аспект: арбитр не должен совершать действий, которые (без ущерба для позиции арбитра по делу) могут повлечь или повысить шансы на отмену арбитражного решения. Эта сторона обсуждаемой обязанности вытекает из общего принципа надёжности арбитража как способа разрешения спора для сторон.

Ещё более подробно обязанности арбитров урегулированы в Этических правилах для международных арбитров, принятых Международной ассоциацией юристов в 1987 году (далее – Этические правила¹). Во введении к этому документу сказано, что арбитры не только должны быть независимыми и беспристрастными, но и должны проявлять такие качества, как компетентность, старание и соблюдение конфиденциальности. Этические правила применяются к арбитрам при наличии оговорки об этом в арбитражном соглашении и действуют в таком случае с момента назначения арбитра.

Введение к Этическим правилам подчёркивает, что разработчики документа ни в коем случае не преследовали цель по созданию возможностей для стороны, недовольной арбитражным решением, преследовать арбитра в суде. Однако, во-первых, в документе указывается, что нормальной санкцией за нарушение этических обязанностей является отстранение арбитра от выполнения соответствующей

¹ Rules of Ethics for International Arbitrators 1987. См., нап., [https://www.investorstatelawguide.com/documents/documents/ARB-0059%20-%20IBA%20Rules%20of%20Ethics%20for%20International%20Arbitrators%20\(source\).pdf](https://www.investorstatelawguide.com/documents/documents/ARB-0059%20-%20IBA%20Rules%20of%20Ethics%20for%20International%20Arbitrators%20(source).pdf)

функции и связанное с ним лишение его права на вознаграждение. Во-вторых, Этические правила признают, что если со стороны арбитра имеется *«исключительный случай умышленного или безрассудного пренебрежения своими законными обязанностями»*, такая ситуация может привести к лишению арбитра иммунитета против потенциальных требований в суде.

В правиле 1 Этических правил указано, что арбитр должен *«действовать старательно и эффективно с тем, чтобы предоставить сторонам справедливое и эффективное разрешение спора»*. Понятие эффективности в Этических правилах не расшифровывается. Однако похожее и чуть более конкретное положение имеется в пункте «а» статьи 1 английского Закона об арбитраже 1996 года¹, где говорится, что цель арбитража – «обеспечение справедливого разрешения спора беспристрастным трибуналом *без неоправданных задержек и расходов*²». Таким образом, под эффективностью можно понимать, во-первых, устойчивость арбитражного решения (насколько это возможно в рамках национальной правовой системы), а во-вторых, посильную экономию времени и средств сторон на разрешение спора. Содействие этим целям можно, следовательно, назвать в числе этических обязанностей арбитра.

Этические правила, кроме того, вполне чётко формулируют ещё несколько этических обязанностей арбитра, которые не упомянуты в других рассматриваемых документах. Это обязанность принимать назначение только при наличии уверенности в своей компетенции рассматривать спор, в достаточном знании языка арбитража и готовности уделить арбитражу время и внимание, которые стороны вправе разумно ожидать (статья 2 Этических правил). Статья 7 Этических правил расшифровывает обязанность арбитра

¹ Текст закона см.: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>.

² Курсив автора – А. А.

по приложению усилий (*duty of diligence*), в которую включается обязанность уделить внимание всем обстоятельствам дела, а также вести арбитраж таким образом, чтобы расходы не превышали разумную пропорцию от спорных интересов. Статья 9 устанавливает обязанность арбитра по соблюдению конфиденциальности, исключения из которой разрешается делать лишь в случае, когда арбитр считает необходимым сообщить о существенном нарушении или мошенничестве со стороны других арбитров, входящих в состав третейского суда.

Итак, обязанности арбитров можно подразделить на упомянутые в законе и этические. Для первых имеется более или менее точный набор параметров: круг лиц, перед которыми эти обязанности существуют, сроки соблюдения и иногда последствия нарушения. К этой категории относятся обязанности по соблюдению беспристрастности и независимости, а также обязанность по сохранению конфиденциальности. Вторая категория, так называемые этические обязанности, отличается большей размытостью: невозможно или затруднительно точно определить круг управомоченных лиц (например, неясно, кто входит в так называемое сообщество международного коммерческого арбитража), а содержание обязанности является недостаточно чётким. Тем не менее, и их круг можно приблизительно очертить. Это, во-первых, обязанность не совершать явных злоупотреблений, направленных на подрыв устойчивости арбитражного решения и арбитража как способа разрешения споров. Во-вторых, это обязанность не увеличивать без надлежащих причин продолжительность и стоимость арбитража и – более общим образом – обязанность содействовать эффективному разрешению споров в арбитраже.

Если «законные» обязанности арбитров ограничены сроком полномочий арбитров по конкретному делу, то «этические» обязанности, как представляется, могут выходить за рамки рассмотрения того или иного спора. В частности,

обязанность воздерживаться от действий, умаляющих эффективность арбитража в целом, как можно предположить, лежит на лице, периодически выполняющем функции арбитра, и в промежутках между конкретными спорами.

Последствия нарушения этих обязанностей тоже немного отличаются. В первую очередь стоит назвать отвод арбитра и лишение его права на вознаграждение. Это последствие применимо к нарушению как законных, так и этических обязанностей. Применительно к случаям, когда нарушение этической обязанности представляет собой явное злоупотребление, направленное на воспрепятствование арбитражному разбирательству, последствием нарушения может быть предъявление претензий к арбитру в судебном порядке. Хотя вопрос о природе таких претензий исследован мало, можно предположить, что наиболее подходящим способом защиты права в этом случае мог бы стать иск о возмещении причинённого вреда. Впрочем, нужно признать, что доказывание обстоятельств, необходимых для удовлетворения такого иска, сопряжено для заинтересованных лиц с такими трудностями, что вероятность успешного проведения подобных дел является весьма невысокой.

Можно ли считать, что одним из управомоченных субъектов по тем или иным этическим обязанностям арбитра является арбитражное учреждение? На наш взгляд, для этого нет оснований, кроме случаев явных злоупотреблений, в которых арбитражное учреждение считает себя пострадавшей стороной. Впрочем, такие злоупотребления, очевидно, не нуждаются в особой регламентации в рамках международного коммерческого арбитража, а поддаются регулированию с помощью обычных для той или иной правовой системы инструментов (например, исков о защите деловой репутации, о возмещении вреда и т. п.). К таким злоупотреблениям не относится высказывание арбитром критических замечаний в адрес арбитражного учреждения (если, опять же, они не составляют самостоятельных правонару-

шений, урегулированных в общем порядке). К ним также не относится ситуация, в которой лицо, в одном деле выступающее арбитром, в другом деле выступает представителем стороны и в этом качестве участвует в процессе, связанном с оспариванием арбитражного решения, поскольку и в этой степени деятельность этого лица в качестве представителя является законной.

Сделанный выше вывод не меняет и того, что согласно правилам некоторых арбитражных учреждений, вопрос об отводе арбитра может быть рассмотрен уполномоченным органом арбитражного учреждения¹. Эти полномочия осуществляются уполномоченным органом в рамках администрирования арбитража (п. 3 ст. 2 Закона об арбитраже), цель которого, в свою очередь, в организационном обеспечении арбитража. Самостоятельного интереса в том или ином разрешении вопроса об отводе арбитра у арбитражного учреждения быть не может. Этот вопрос разрешается им в интересах сторон, которые имеют право рассчитывать на выполнение со стороны арбитра возложенных на него обязанностей.

¹ См., напр., §7 Положения об организационных основах деятельности Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, §7 Положения об организационных основах деятельности Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, ст. 12 Положения о Российском арбитражном центре при автономной некоммерческой организации «Российский институт современного арбитража» и др.

НАСТРОЕНИЕ ОТВЕТЧИКА: ВЗГЛЯДЫ СУВЕРЕННЫХ ГОСУДАРСТВ НА ТЕКУЩИЕ ВОПРОСЫ УРЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРОВ МЕЖДУ ИНВЕСТОРОМ И ГОСУДАРСТВОМ

*(выступление на Парижской арбитражной неделе,
29 марта 2023 года, перевод с английского)*

*Баетов Аяз Батыркулович **

Уважаемые коллеги,

Мне очень приятно выступать перед вами, иметь возможность участвовать в обсуждении интересных и важных вопросов, в том числе о том, как государство видит возможности, преимущества и недостатки международной арбитражной системы.

Должен добавить, что я питаю особую симпатию к международному праву и арбитражу как в силу своей научной деятельности, так и потому, что несколько лет назад я возглавлял Центр судебного представительства - орган, координирующий, в частности, инвестиционные арбитражи в Кыргызстане.

За последние несколько лет Кыргызская Республика сделала заметные шаги в направлении улучшения условий ведения бизнеса как для отечественных, так и для иностранных инвесторов. С точки зрения Министерства юстиции я хотел

* Министр юстиции Кыргызской Республики

бы остановиться на двух аспектах, а затем обозначить ещё два, над которыми мы будем стремиться работать в ближайшие годы.

Во-первых, в апреле 2022 года Кыргызская Республика наконец-то стала участником Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств¹ (далее - Конвенция), став 157-м суверенным государством – членом Конвенции. Само по себе это может показаться несколько обыденным, но история, лежащая в основе этого события, совсем не обыденна.

На самом деле Кыргызская Республика подписала Конвенцию ещё в июне 1995 года. Закон о ратификации был принят Жогорку Кенешем - парламентом Кыргызстана - два года спустя, в мае-июне 1997 года, и подписан президентом А. Акаевым в июле 1997 года. Ратификационная грамота также была подписана. Оставалось только сдать документ на хранение во Всемирный банк в Вашингтоне через посольство Кыргызстана в США.

Таинственным образом ратификационная грамота исчезла где-то по пути из Бишкека в Вашингтон. Так и продолжалось существование Кыргызской Республики с подписанной, ратифицированной, но не вступившей в силу из-за отсутствия депонирования ратификационной грамоты Конвенцией.

Это, конечно, не означает, что Кыргызская Республика была защищена от иностранных инвестиционных споров, поскольку арбитраж *ad hoc* предусмотрен в большинстве наших двусторонних инвестиционных соглашений. Примечательно, что, насколько мне известно, ни один из внешних юристов, с которыми работала Кыргызская Республика на протяжении всех этих лет, не обратил нашего внимания на

¹ Вашингтонская конвенция 1965 г. о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами.

эту «почти ратифицированную» ситуацию с Конвенцией Международного центра по урегулированию инвестиционных споров¹ (далее - МЦУИС).

В октябре 2021 года, вскоре после приведения к присяге нового правительства, начались консультации между Министерством юстиции и МЦУИС о надлежащей процедуре завершения процесса ратификации спустя 25 лет.

Думаю, нет необходимости объяснять уважаемой аудитории преимущества арбитража в МЦУИС, которые хорошо известны. В целом Кыргызская Республика довольна тем, что в ней созданы условия для ведения бизнеса, способствующие привлечению, удержанию и расширению иностранных инвестиций. Судя по всему, иностранные инвесторы тоже довольны таким развитием событий, поскольку первое уведомление о споре в МЦУИС мы получили примерно через месяц после вступления в силу Конвенции для нас.

Во-вторых, я хотел бы поделиться с вами опытом Кыргызской Республики по включению в национальное законодательство оговорок о согласии на инвестиционный арбитраж.

Первый после обретения Кыргызстаном независимости Закон об иностранных инвестициях был принят в 1997 году и содержал недвусмысленное согласие государства на инвестиционный арбитраж. Так, в статье 23 этого закона было указано, что после трёхмесячного периода переговоров спор *«подлежит разрешению в арбитражном порядке»* и что *«Кыргызская Республика согласна на разрешение инвестиционного спора в арбитражном порядке»*.

¹ Международный центр по урегулированию инвестиционных споров основан в соответствии с Конвенцией по урегулированию инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств. Центр рассматривается как авторитетное международное арбитражное учреждение при урегулировании споров между государствами и частными инвесторами (международный инвестиционный арбитраж).

В 2003 году был принят новый Закон об инвестициях. Формулировка оговорки о разрешении споров стала не столь однозначной, как раньше. Цитируя статью 18 Закона, можно сказать, что *«инвестиционные споры разрешаются в судах Кыргызской Республики, если ни одна из сторон не потребует рассмотрения спора в соответствии с одной из следующих процедур»*, и далее в тексте упоминаются МЦУИС, арбитраж *ad hoc* и т. д. Это положение использовалось истцами в качестве юрисдикционного основания в инвестиционных арбитражах против Кыргызской Республики. Наша последовательная позиция заключалась в том, что в Законе об инвестициях нет одностороннего согласия государства, а есть возможность для соответствующего инвестора *«попросить»* о разрешении спора в арбитраже, но не *«требовать»* или *«принуждать»*.

В этом отношении показательна предыстория принятия Закона 2003 года. После ажиотажа иностранных инвестиций в 1990-е годы в бывших советских республиках столкнулись с реальностью неблагоприятных арбитражных решений против государств. Наш сосед Казахстан в 2003 году был признан ответственным в своём первом арбитражном разбирательстве в рамках МЦУИС, *AIG Capital Partners против Казахстана*, и сразу же принял решение о внесении изменений в Закон об иностранных инвестициях 1994 года, исключив из своего внутреннего инвестиционного законодательства положение о постоянном согласии на арбитраж. Несколько лет спустя Республика Грузия последовала этому примеру, внося изменения в Закон 1996 года «О гарантиях инвестиций» и полностью исключив из него ссылки на международный арбитраж.

Что касается Кыргызской Республики, то в 2002-2003 годах она также защищалась в одном из первых инвестиционных арбитражных разбирательств - *Petrobart против Кыргызской Республики*, по которому в итоге было вынесено неблагоприятное для страны решение. Это дело было возбужде-

но в соответствии с Законом об иностранных инвестициях 1997 года. Таковы исторические предпосылки принятия Закона 2003 года, в котором, как утверждала Кыргызская Республика, нет постоянного согласия на арбитраж.

К сожалению, несколько арбитражных судов не согласились с интерпретацией республикой своего собственного законодательства, подтвердив юрисдикцию на основании Закона об инвестициях 2003 года. В том числе инвестиционный арбитраж, возбужденный оффшорной компанией - пустой оболочкой с Британских Виргинских островов, юрисдикции, которая сама не имеет ни одного двустороннего инвестиционного соглашения.

К счастью, это дело было отклонено по причине неприемлемости, так как инвестиции были получены коррупционным путём.

Столкнувшись, к сожалению, с некорректным толкованием отечественного Закона об инвестициях несколькими арбитражными судами, Министерство юстиции инициировало внесение изменений в Закон, которые были приняты в августе 2022 года. Статья 18 Закона теперь звучит следующим образом, цитирую: *«...инвестиционные споры разрешаются в судах Кыргызской Республики, если между сторонами не достигнуто письменное соглашение об урегулировании спора»*, и далее идут обычные варианты МЦУИС и арбитража *ad hoc*.

Сейчас мы периодически слышим, в основном от представителей научных кругов, что эти поправки к Закону об инвестициях ухудшат инвестиционный климат. Однако мы с этим не согласны. Мы при содействии наших экспертов провели обзор законодательных реформ в бывших советских республиках и проанализировали исследования национального инвестиционного законодательства. В результате мы пришли к выводу, что общей тенденцией для суверенных государств является корректировка сферы дей-

ствия согласия на инвестиционный арбитраж, в том числе путём изъятия согласия на арбитраж из внутренних законодательных актов; это, в частности, относится к латиноамериканским и африканским государствам. Фактически, по нашим данным, согласие на арбитраж сохранилось лишь в нескольких национальных статутах по всему миру.

Я бы также обратил внимание на документ Организации экономического сотрудничества и развития от 2018 года, в котором говорится, что *«нет убедительных доказательств того, что международные инвестиционные соглашения (авт. - и я бы сказал, что та же логика применима к внутреннему инвестиционному законодательству) приводят к увеличению прямых иностранных инвестиций, и тем более того, что эти прямые иностранные инвестиции являются положительными для принимающей страны»*.

Отсюда вытекает мой третий перспективный тезис. На примере двусторонних инвестиционных соглашений, подписанных в последние годы, нам хотелось бы узнать, как можно улучшить наш собственный режим двусторонних инвестиционных соглашений. Помимо достаточно известной тенденции к более чёткому определению оговорки о режиме наибольшего благоприятствования нации (далее - НБН), чтобы она применялась только к материальному, а не процедурному режиму, ниже привожу несколько наиболее интересных примеров по улучшению инвестиционных соглашений:

- **Оговорки о недопущении послаблений**, такие как статья 22 аргентинско-японского двустороннего инвестиционного соглашения от 2018 года, которая направлена на то, чтобы принимающие государства не могли привлекать иностранные инвестиции путём снижения существующих стандартов в области здравоохранения, труда, безопасности и охраны окружающей среды. По сути, принимающие государства не

будут чувствовать себя обязанными жертвовать интересами своего населения ради привлечения иностранных инвестиций или поощрения расширения существующих инвестиций.

- **Более исчерпывающие определения понятия «инвестиции»**, как, например, в нашем двустороннем инвестиционном соглашении с Индией от 2019 года, где статья 1.4 исключает портфельные инвестиции, расходы до начала эксплуатации, гудвилл и аналогичные нематериальные права, судебные решения и т. д.
- **Оговорки, предусматривающие исключения из свободы передачи прав**, как, например, в статье 11.4 Соглашения о свободной торговле между Австралией и Гонконгом от 2020 года. Речь идёт о справедливом, недискриминационном и добросовестном осуществлении государством своих регулятивных полномочий и своего внутреннего законодательства в случаях банкротства, уголовных преступлений или обеспечения исполнения судебных решений. Это было реализовано в нашем двустороннем инвестиционном соглашении 2020 года с Венгрией, но я бы добавил, что *соблюдение санкций также должно рассматриваться как исключение из общей свободы трансфертов*.
- **Требования к исполнению**, как, например, статья 9 в двустороннем инвестиционном соглашении Канады и Молдовы, которая позволяет принимающему государству требовать, чтобы инвестиции использовали технологию, отвечающую определённым требованиям в области здравоохранения, безопасности или охраны окружающей среды.
- **Исключение морального или штрафного ущерба**, как, например, в статье 15 двустороннего инвестиционного соглашения Венгрии и Объединённых Арабских Эмиратов от 2021 года. Действительно, эти

категории убытков вряд ли могут быть экономически оценены, и я бы сказал, что та же логика должна быть применима к так называемому *репутационному ущербу*.

- **Определение стандарта «справедливого и равноправного обращения»**, как это отражено в типовом двустороннем инвестиционном соглашении Канады от 2021 года, которое содержит исчерпывающий перечень возможных нарушений: отказ в правосудии; фундаментальное нарушение надлежащей правовой процедуры; явный произвол; целенаправленная дискриминация по явно неправомерным признакам, таким как пол, раса или религиозные убеждения; неправомерное обращение с инвесторами и непредоставление полной защиты и безопасности. Это уже было реализовано в нашем договоре с Венгрией в 2020 году.
- **Оговорки об исключаящем предписании**, которые устанавливают чёткий срок для предъявления претензий. Здесь возможны два сценария: (1) Инвестор бездействует в течение длительного периода времени после истечения срока охлаждения (понятно, что нельзя ожидать, что принимающее государство, получив уведомление о споре, будет вечно находиться в состоянии боевой готовности); и (2) Инвестор своевременно не приступает к урегулированию спора (у нас были случаи, когда арбитраж возбуждался спустя более десяти лет после соответствующих событий; откровенно говоря, некоторых государственных чиновников, участвовавших в этом проекте, уже не было в живых).
- Далее, **допустимость оговорок о встречных требованиях**. Это соответствует стремлению противостоять асимметрии, присущей международным инвестиционным соглашениям. Очевидно, что встречные иски

также соответствуют принципам судебной экономии и надлежащего отправления правосудия, а также равенства сторон. Это тем более актуально, когда в двустороннем инвестиционном соглашении закреплены обязательства не только принимающего государства, но и инвестора, а встречные иски выступают в качестве механизма принудительного исполнения. Для Кыргызской Республики этот вопрос стоит наиболее остро, поскольку страна обладает ценными природными ресурсами, которые привлекают инвесторов, но добывать которые нужно с большой осторожностью. В культурном плане чистота окружающей среды является основополагающей для кыргызского народа, поэтому обязательство заботиться о ней закреплено в нашей Конституции.

- И, наконец, **антикоррупционные оговорки**, такие как статья 16 двустороннего инвестиционного соглашения Бразилии и Гуаны от 2018 года, которая требует от принимающих государств поддерживать меры по предотвращению и борьбе с коррупцией, отмыванием денег и финансированием терроризма в отношении вопросов, охватываемых двусторонним инвестиционным соглашением; а также предписывает, что принимающие государства не обязаны защищать инвестиции, сделанные с использованием капитала или активов незаконного происхождения, или инвестиции, при создании или эксплуатации которых были продемонстрированы незаконные действия - эволюция оговорки «отказ в выгодах». Ниже я расскажу об этом подробнее.

В заключение третьего пункта я не хочу создавать впечатление, что мы стремимся переделать наши двусторонние инвестиционные соглашения, превратив их во Франкенштейна, включающего все те интересные положения, о которых я только что говорил. Прежде всего, это, конечно,

вопрос переговорной силы. Но мы считаем, что эти положения должны, по крайней мере, открыто обсуждаться, чтобы мы двигались к более сбалансированному, менее асимметричному режиму защиты инвестиций. Именно к этому стремится Кыргызская Республика.

Это подводит меня к последнему четвёртому пункту. Я только что упомянул об *«антикоррупционных оговорках»*, которые мы стали видеть в последних двусторонних инвестиционных соглашениях, таких как бразильско-гуанское, или новое японское, и даже в некоторых кыргызских соглашениях. Как мы понимаем, это эволюция стандартной оговорки *«в соответствии с законодательством принимающего государства»*, часто встречающейся в международных инвестиционных договорах.

Правда, даже при наличии в международном договоре только оговорки *«в соответствии с законодательством принимающего государства»*, а фактически даже при полном отсутствии такой оговорки, трибуналы отказывали в защите инвестиций, осуществлённых с помощью взяточничества и/или коррупции, на основании нарушения международного общественного порядка.

Более того, даже при рассмотрении спора на основании национального инвестиционного законодательства, например, Закона об инвестициях Кыргызстана, трибуналы поступали аналогичным образом. В этом отношении показательно дело *Penwell v. Kyrgyz Republic*. Спор был передан в арбитраж истцом, оффшорной компанией, зарегистрированной на Британских Виргинских островах, на основании Закона об инвестициях Кыргызстана. Закон не содержит оговорки *«в соответствии с законодательством принимающего государства»*. Это не означает, по мнению Республики (которое принял Трибунал), что инвестор может, образно говоря, *«свободно бродить по кыргызским пастбищам»* или использовать *«карту освобождения из тюрьмы»*, заявляя о

защите по кыргызскому инвестиционному законодательству, нарушая при этом кыргызский Уголовный, Административный и др. кодексы. Такая ситуация, по выражению Трибунала, «немыслима». Позвольте мне далее привести цитату из решения Трибунала по упомянутому делу: «Цель [Закона об инвестициях Кыргызстана] - привлечь инвесторов, основываясь на их способности развивать экономику государства, а не на их умении коррумпировать государственные органы». Соответственно, Трибунал счёл требования истца неприемлемыми и отклонил их.

Дело *Penwell v. Kyrgyz Republic* стало знаковым для Кыргызской Республики по многим причинам, и я выделяю только две. Во-первых, поскольку оно касалось потенциально очень значительной суммы ущерба - около 300 млн. долларов США, что, если говорить в перспективе, сопоставимо с суммой, присужденной ЮКОСу в отношении Российской Федерации при сравнении ВВП на душу населения. Во-вторых, это первый случай за 30 лет независимости Кыргызстана, когда претензии иностранного инвестора были полностью отклонены по причине коррупции.

Дело *Penwell v. Kyrgyz Republic* противопоставляется другому делу с участием Кыргызской Республики, где возражение о незаконности, в частности, об отмывании денег, было выдвинуто в Трибунале, но в конечном итоге французские суды уделили должное внимание только при отмене арбитражного решения. Я имею в виду, конечно же, дело по иску Белоконь, где Кыргызская Республика, наконец, была оправдана на уровне кассационного суда.

На этом фоне понятна заинтересованность Кыргызской Республики в том, чтобы антикоррупционные оговорки в её международных инвестиционных соглашениях были хорошо проработаны. Защита от незаконности может быть заявлена и без соответствующей антикоррупционной оговорки

в применимом правовом документе, но результат вряд ли будет однозначным.

Одним из недавних примеров является наш двусторонний инвестиционный договор с Индией от 2019 года, который содержит очень простую оговорку о разрешении споров: *«Инвестор не может подавать иск в арбитраж в соответствии с настоящей главой, если инвестиции были осуществлены путём мошеннического введения в заблуждение, сокрытия, коррупции, отмывания денег или поведения, равнозначного злоупотреблению процессом, или аналогичных незаконных механизмов».*

В заключение следует отметить, что мы разделяем мнение Конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД) о том, что *антикоррупционные оговорки* являются жизненно важными для реализации целей устойчивого развития, чему не уделяется должного внимания в двусторонних инвестиционных соглашениях старого поколения и, соответственно, в большинстве международных договоров Кыргызстана. Действительно, наши существующие двусторонние инвестиционные договоры не способны учитывать не только риски, защиту от которых иностранный инвестор обоснованно желает получить, но и социальные риски, исходящие от иностранного инвестора. Я надеюсь, что в ближайшей и среднесрочной перспективе мы увидим изменения в этой области.

Я благодарю вас за внимание!

РАЗВИТИЕ АРБИТРАЖА В СТРАНАХ ЦЕНТРАЛЬНОЙ АЗИИ

*Алёнкина Наталья Борисовна**
*Бобокулова Феруза Зарифовна***
*Кенжебаева Айгуль Толеухановна****

Центральная Азия – это огромный регион с далеко идущими экономическими перспективами. Учитывая динамику реформ, которые здесь проходят, вполне естественен и растущий интерес к арбитражу в странах данного региона.

В преддверии форума «Tashkent Law Spring» 2023, который каждые два года проходит в столице Узбекистана, семинар ICC и YAFF «Развитие арбитража в Узбекистане и странах Центральной Азии»¹ собрал всех неравнодушных к арбитражу специалистов, чтобы обсудить состояние арбитражного ландшафта, а также роль Международного арбитражного суда Международной торговой палаты (International

* Доцент программы международного и бизнес права Американского университета Центральной Азии, член суда Международного арбитражного суда ICC (Париж); с автором можно связаться по электронной почте: alenkina_n@mail.ru

** Партнёр юридической фирмы «My Lawyers» (Узбекистан), член суда Международного арбитражного суда ICC (Париж); с автором можно связаться по электронной почте: feruzabegim@yahoo.com

*** Партнёр Dentons (Казахстан), член суда Международного арбитражного суда ICC (Париж); с автором можно связаться по электронной почте: aigoul.kenjebayeva@dentons.com

¹ Семинар ICC и YAFF «Развитие арбитража в Узбекистане и странах Центральной Азии» был организован юридическими компаниями «Dentos» (Узбекистан) и «My Lawyers» (Узбекистан).

Chamber of Commerce - ICC) в текущих преобразованиях в странах региона¹. Три члена Международного арбитражного суда ICC из Центральной Азии - Н. Алénкина (Кыргызстан), Ф. Бобокулова (Узбекистан) и А. Кенжебаева (Казахстан) выступили на семинаре с ключевым докладом (*keynote address*) о том, чем живёт сегодня арбитражный мир каждой из стран. Общим лейтмотивом выступлений стала идея о необходимости развивать арбитраж в наших странах, повышать потенциал и продвигать отечественных специалистов (арбитров, юридических советников, экспертов) на арбитражном рынке.

Настоящая публикация включает тезисы выступлений членов Международного арбитражного суда ICC, посвященных обзору промежуточных итогов реформ в области международного арбитража в Кыргызской Республике (Н. Алénкина), основным вехам формирования прочной законодательной основы международного арбитража в Республике Узбекистан (Ф. Бобокулова), правилам профессионального поведения и этики арбитров, как ключевой проблеме не только для Казахстана, но и всего арбитражного сообщества (А. Кенжебаева). Венчает публикацию панорама деятельности Международного арбитражного суда ICC в Центральной Азии.

1. Реформы арбитражного законодательства в Кыргызстане

Интерес к арбитражу в Кыргызстане неуклонно растёт как благодаря активности Международного Третейского суда

¹ См. также: Cody Anthony (Dentons US), Kiran Nasir Gore (Associate Editor) (Law Offices of Kiran N Gore PLLC; The George Washington University Law School), and Diora Ziyaeva (Dentons US LLP) «Eve of Tashkent Law Spring Forum: Arbitration Developments in Uzbekistan and Other Central Asian States» /July 2, 2023 <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/07/02/eve-of-tashkent-law-spring-forum-arbitration-developments-in-uzbekistan-and-other-central-asian-states/> (доступно 20 июля 2023 г.)

при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики по внутренним третейским разбирательствам, так и по причине международных арбитражных споров, в которые перманентно вовлечена страна. Арбитраж остаётся в фокусе новостных дайджестов и в связи с нестандартными законодательными решениями о коммерческом и инвестиционном арбитраже, которые время от времени предлагает законодатель.

Вулканическая активность внутри страны при отсутствии должного освещения её результатов создаёт эффект информационного пузыря, в котором мы находимся, отгородившись от остального мира. Начну с личной истории, которая хорошо иллюстрирует текущую ситуацию с восприятием стран Центральной Азии коллегами из мирового арбитражного сообщества.

Случай произошёл в Париже весной 2023 года во время Парижской арбитражной недели. На одном из мероприятий группа коллег что-то громко и оживлённо обсуждала. Услышав знакомые наименования - Таджикистан, Казахстан, - я подошла, представилась и объяснила свой интерес тем, что я из Кыргызстана, который, как и прозвучавшие страны, находится в Центрально-Азиатском регионе. На что один из участников дискуссии с иронией спросил: «А разве в Кыргызстане есть международный арбитраж?» «Конечно, есть! – парировала я. – Более того, несколько сессий в рамках Парижской арбитражной недели посвящены исключительно кыргызским арбитражным кейсам, а также реформам, которые проходят в нашей стране». Я подразумевала, прежде всего, кейсы по Белоконю¹ и Пэнвелу², которые внесли

¹ French Cour de cassation upholds decision of Paris Court of Appeal to set aside award for money laundering (Republic of Kyrgyzstan v Valeriy Belokon), April 6, 2022 published: LexisPSL. (<https://www.lexisnexis.co.uk/legal/news/french-cour-de-cassation-upholds-decision-of-paris-court-of-appeal-to-set-aside-award-for-money>).

² Обзор данного дела см.: Алёнкина Н. Penwell v Kyrgyzstan: анализ ключевых принципов инвестиционного законодательства / Chamber of Arbitrators.

свой неоспоримый вклад не только в развитие арбитражной практики, но и доктрины арбитража. Я также имела в виду новый вектор в реформе инвестиционного арбитража в нашей стране, ориентированный не только на интересы инвесторов, но и на интересы государства и народа своей страны, о котором говорил министр юстиции Кыргызстана на специальной сессии в Париже по государственному подходу в арбитраже.

Именно тогда пришло осознание того, как важно нам самим быть более открытыми, проактивными и больше говорить о себе и своём регионе. Площадки форума «Tashkent Law Spring» - это возможность представить коллегам собственный рейтинг реформ последних лет в области инвестиционного, международного коммерческого, а также внутреннего арбитража в Кыргызстане, которые, тем не менее, оказывают влияние на более широкую повестку дня в арбитражном мире.

Во-первых, Кыргызстан в апреле прошлого года завершил ратификационные процедуры по конвенции ICSID, которые сдерживались в течение 25 лет¹! Теперь наша республика полноценный участник Конвенции и споры с участием Кыргызстана будут рассматриваться не по Дополнительным правилам (*Additional Facilities Rules*), а по Конвенции. В настоящее время в суде ICSID рассматриваются 2 дела. Первое по иску Узбекистана в отношении пансионатов на озере Иссык-Куль, которое началось ещё в 2019 году, второе – новое, инициированное в прошлом году по иску американской компании в связи с отзывом у неё лицензии на месторождение урана².

Издание о международном арбитраже, №2, 2022, январь-июнь, с. 17-30
https://arbchamber.by/files/00887/obj/110/33333/doc/Chamber%20of%20Arbitrators_2.pdf

¹ Вашингтонская конвенция от 18 марта 1965 года о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами была ратифицирована Законом КР от 5 июля 1997 года N47.

² <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>

Во-вторых, в августе 2022 года Закон об инвестициях¹ отказался от использования открытой оферты на арбитраж. Теперь для инвестиционного спора необходимо соглашение инвестора и государства об этом. Причиной изменений стали извлечённые Кыргызстаном уроки из предыдущего негативного опыта по арбитражным спорам *JSC Tashkent Mechanical Plant and others v. Kyrgyz Republic, Stans Energy Corp. and Kutisay Mining LLC v. Kyrgyz Republic (II), Penwell Business Limited v. Kyrgyz Republic*, а также общий вектор реформ в соседних странах и во всём мире. Полагаем, что данная поправка не должна затронуть аналогичные оговорки в международных договорах о взаимном поощрении и защите капиталовложений, а также в отдельных соглашениях с инвесторами, заключённых государством до августа 2022 года.

В-третьих, государство намерено унифицировать свой подход к содержанию ДИД путём выработки принципов, которых должны придерживаться стороны при согласовании условий ДИД, а также типового соглашения ДИД. Большинство соглашений, заключённых Кыргызстаном, относятся к так называемым соглашениям первого поколения, где интересы государства обозначены не так очевидно. Вызовы сегодняшнего дня диктуют уделять больше внимания вопросам добросовестности инвестиций, нулевой толерантности к коррупции и социальной ответственности бизнеса и прочим вопросам.

В-четвёртых, арбитражное законодательство в Кыргызстане достаточно стабильно. Закон о третейских судах, принятый в 2002 году², регулирует как внутренний, так и международный арбитраж, хотя при внимательном прочтении

¹ Закон КР «Об инвестициях в КР» от 27 марта 2003 года № 66 / <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/1190>

² Закон Кыргызской Республики от 30 июля 2002 года №135 «О третейских судах в Кыргызской Республике» / <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/1092>

становится очевидным, что он больше ориентирован на внутренний арбитраж. Это, в частности, видно по положениям закона о пятидневном сроке для вынесения решения, строгим требованиям к третейскому соглашению, назначению арбитров единолично председателем третейского института. Таким образом, в Кыргызстане нет закона о международном коммерческом арбитраже, а действующий ориентирован больше на внутренний арбитраж. Между тем, процессуальное законодательство проводит различия между признанием и приведением в исполнение решений внутреннего и международного арбитража. Процедура и основания для отказа в выдаче исполнительного листа отличаются¹. Поэтому представляется, что законодательство об арбитраже должно быть изменено с учётом потребностей международного арбитража. Вот почему мы с интересом смотрим на соседний Узбекистан, который совсем недавно принял новый закон о международном арбитраже.

Однако, что действительно интересного происходит в Кыргызстане, так это наши эксперименты с арбитрабельностью публичных споров. Первым шагом была попытка передать споры об обжаловании решения конкурсной комиссии по итогам тендера на государственные закупки в арбитраж. Речь идёт не о спорах из договора, заключённого на торгах, а о спорах проигравшего участника тендера с конкурсной комиссией, вынесшей решение. Эта инициатива просуществовала всего четыре года и в прошлом году была упразднена. Ни об одном деле по обжалованию решения конкурсной комиссии в арбитраже не известно.

Последняя новелла в этом ключе – это передача налоговых споров с января 2023 года в арбитраж. Поводом для такого шага стала неудовлетворённость бизнеса судами (более 90% споров сегодня решаются в пользу бюджета). Основ-

¹ Гражданский процессуальный кодекс КР от 25 января 2017 года № 14, главы 46 и 48 / <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111521?cl=ru-ru>

ные характеристики кыргызской модели налогового арбитража состоят в следующем:

- Ввиду конституционного ограничения в арбитрабельности только гражданских споров¹, законодатель пошёл на довольно неуклюжую юридическую фикцию: налоговые правоотношения с 1 января 2023 года стали именоваться гражданскими.
- Стороны имеют право выбрать между арбитражем и административным судом, которые предлагают принципиально отличный порядок рассмотрения спора.
- Для налоговых споров не нужна арбитражная оговорка. Она действует для налоговых органов по умолчанию.
- Налоговый спор может быть рассмотрен институциональным арбитражным институтом, а не арбитражем *ad hoc*. Спор может быть рассмотрен только составом арбитража из трёх арбитров.

Как сложится судьба этих достаточно спорных нововведений, покажет время². Одно очевидно, что они пробуждают интерес к арбитражу в обществе, побуждают к дискуссии о месте и роли арбитража в более широком контексте.

Далее по рейтингу: Министерство юстиции сделало два важных для мира международного арбитража заявления. Первое – о необходимости наращивания потенциала местных экспертов и местных юридических фирм, с тем чтобы они более активно принимали участие в выработке стратегии, принятии решений и участии в международных арбитражах наряду, а в перспективе и вместо международных

¹ Статья 61 Конституции Кыргызской Республики / <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/112213?cl=ru-ru>

² См. также: Natalia Alenkina (American University of Central Asia) and Hannepes Taychayev (Assistant Editor for East and Central Asia), Tax Dispute Arbitration in Kyrgyzstan: A Potential Cure or a Looming Failure, July 7, 2023 / <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/07/07/tax-dispute-arbitration-in-kyrgyzstan-a-potential-cure-or-a-looming-failure/> (доступно 21 июля 2023 г.)

юридических фирм. Второе – об упорядочении подхода в сотрудничестве с определёнными арбитражными институтами. Страна в глобальном аспекте будет выстраивать взаимоотношения и накапливать опыт работы с ICSID, в европейском регионе – с международным арбитражем ICC, что нам, как членам суда ICC, хорошо знакомым с тем, как хорошо отлажены в нём процедуры и как высоки стандарты рассмотрения дел, отрадно осознавать.

2. Международный арбитраж в Узбекистане

Говоря о международном арбитраже в Узбекистане, следует выделить 2018 год, который, как импульс, дал начало многочисленным событиям, связанным с международным арбитражем и вносящим свой вклад в развитие этой сферы в стране. В течение последующих пяти лет в Узбекистане предприняты значительные шаги по дальнейшему развитию и популяризации международного коммерческого арбитража, как одного из эффективных инструментов разрешения международных коммерческих споров.

Самым первым по хронологии эпизодом 2018 года, который касался международного арбитража, стало назначение гражданина Узбекистана в Международный арбитражный суд Международной торговой палаты впервые как в истории суда ICC, так и Узбекистана. В связи с отсутствием Национального комитета ICC в Узбекистане указанное назначение было сделано непосредственно бывшим Президентом Суда ICC Алексисом Мурром. Это событие обеспечило представительство страны в одном из авторитетных арбитражных учреждений в мире.

Другим важнейшим событием 2018 года стало создание Ташкентского международного арбитражного центра (ТИАС), учреждённого 5 ноября 2018 года Указом Президента Республики Узбекистан. ТИАС функционирует при Торгово-промышленной палате Республики Узбекистан

и выступает в качестве арбитражного института, администрирующего арбитражные дела, которые рассматриваются в соответствии с арбитражным регламентом ТИАС. Возможность передачи споров в ТИАС представляет собой ещё одну возможность для заинтересованных сторон рассмотреть указанный институт среди других арбитражных судов и центров в качестве потенциального места для разрешения споров.

Далее, впервые в истории Узбекистана в 2020 году страна назначила двух своих граждан в состав коллегии арбитров Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (ICSID). До этого ни один гражданин Узбекистана не был представлен в указанной коллегии.

Ну и конечно, нельзя не отметить принятие в Узбекистане 16 февраля 2021 года нового Закона «О международном коммерческом арбитраже», которое стало самым долгожданным событием для инвесторов и всего арбитражного сообщества страны. Данный закон основывается на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже, при этом он содержит несколько дополнительных статей, отражающих страновую специфику. Наряду с названным Законом «О международном коммерческом арбитраже», сфера действия которого охватывает исключительно международный арбитраж, внутренний арбитраж регулируется отдельным Законом «О третейских судах», принятым ещё в 2006 году.

Несмотря на то, что до 2021 года признание и приведение в исполнение иностранных (международных) арбитражных решений осуществлялись в соответствии с Нью-Йоркской Конвенцией и соответствующими положениями Экономического процессуального кодекса Республики Узбекистан, с принятием Закона «О международном коммерческом арбитраже» была сформирована полноценная законодательная основа для проведения международного арбитражного

разбирательства на территории Узбекистана. Более того, в указанном законе чётко определена роль национальных узбекских судов в рамках арбитражных разбирательств.

В ряду событий, произошедших в сфере международного коммерческого арбитража в Узбекистане, хочется также выделить внесение 16 мая 2022 года изменений и дополнений в некоторые нормативные правовые акты Республики Узбекистан, в том числе в Экономический процессуальный кодекс страны. Среди всех поправок сделаем акцент на новой статье 28¹ указанного кодекса, содержащей перечень дел, относящихся к международному арбитражу и в отношении которых экономические суды страны обладают юрисдикцией. Другой новеллой Экономического процессуального кодекса стала глава 29¹, подробно урегулировавшая вопросы подачи и рассмотрения заявлений, которые могут быть поданы в экономические суды в связи с арбитражным разбирательством. В то время как в Законе «О международном коммерческом арбитраже» упоминается о роли экономических судов в международном арбитражном разбирательстве, поправки в Экономический процессуальный кодекс прямо наделяют экономические суды полномочиями осуществлять свои функции контроля и поддержки в делах, связанных с международным арбитражем.

Подводя итоги, события в сфере международного арбитража, произошедшие в стране за последние пять лет, сформировали базу для функционирования арбитража в Узбекистане. Однако для его успешного и эффективного развития необходимо предпринять ещё многое, в том числе в сфере профессионального развития и повышения квалификации судей, подготовки нового поколения сильных юристов-международников, улучшения законодательной базы.

3. Этика в международном арбитраже и казахстанские юристы

Арбитраж в целом, и международный арбитраж в частности, имеет массу преимуществ перед судебными разбирательствами, которые хорошо известны. Однако его преимущества могут одновременно быть и его недостатками. Одной из основных особенностей арбитража является то, что это - частный процесс, в котором стороны соглашаются на разрешение своего спора нейтральным арбитром или группой арбитров. Эта особенность позволяет сторонам устанавливать свои собственные правила процедуры или договариваться о применении правил конкретного арбитражного учреждения. Согласование арбитражной оговорки и применимых правил арбитражного учреждения во время заключения договора обычно не вызывает существенных проблем, поскольку в это время стороны обычно находятся в хороших отношениях друг с другом. Однако договориться о дальнейших деталях процедуры после того, как спор дойдёт до стадии арбитража, становится очень сложно.

На этом этапе успешное ведение арбитражного разбирательства и разрешение споров во многом зависят от этики арбитров и юридических консультантов. Это означает, что все участники процесса должны прежде всего неукоснительно соблюдать хотя бы элементарные этические правила, применимые к юристам. Казалось бы, такие основные правила всем известны и поддерживаются. Но эти правила нигде не прописаны в едином документе, признанном всеми юристами мира. Кроме того, в разных странах приняты разные нормы профессионального поведения и этические кодексы для юристов. Из-за этого арбитражи, и особенно международные, обречены на проблемы с профессиональным поведением и этикой арбитров и представителей. Эксперты в области арбитража бьются над этой проблемой уже много лет. В попытке её решения многие международные

организации юристов разработали руководящие принципы для арбитров и адвокатов, например, Кодекс этики международных арбитров Международной ассоциации юристов (IBA, 1987 г.), Кодекс этики Американской арбитражной ассоциации (2004 г.), Руководство IBA по конфликту интересов в международном арбитраже (2004 г.), Руководство Королевского института арбитров (CIArb) по проведению собеседований с потенциальными арбитрами (2007 г., пересмотрено в 2016 г.), Рекомендации СЕА по независимости и беспристрастности арбитров (2008 г.), Руководство IBA по конфликту интересов в международном арбитраже (пересмотрено в 2014 году). Ведущие арбитражные учреждения также обратили внимание на этот вопрос, например, Руководство по раскрытию информации Международного арбитражного суда Международной торговой палаты (ICC), включая его Примечание для сторон и арбитражных судов о проведении арбитража в соответствии с Арбитражным регламентом ICC (2016 г.); Проект Кодекса поведения арбитров, разработанный совместно секретариатами ICSID и ЮНСИТРАЛ), Общее руководство для юридических представителей сторон (Руководство Лондонского коммерческого международного арбитража – LCIA).

Некоторые специалисты отмечают такую проблему, как *двойная деонтология*, которая может возникнуть, когда юрист в международном арбитраже оказывается в ситуации, при которой он должен подчиняться противоречащим друг другу правилам или законам страны, где он квалифицирован как юрист, и страны места арбитража. Известны случаи, когда ввиду таких противоречий юристы привлекались к уголовной ответственности за нарушения, совершённые в одной стране, когда правила другой страны требовали от них такого поведения. Некоторые учёные предлагают в качестве выхода из сложившейся ситуации ввести две меры: (1) разработать и принять единый кодекс этики арбитров и адвокатов в международном арбитраже; и (2)

практиковать включение в арбитражную оговорку в договорах также положение о праве, применимом к юристам, которые будут выступать в арбитраже в случае возникновения спора.

Обе эти меры, на наш взгляд, будет очень сложно принять именно из-за главной характеристики арбитража, которая предполагает согласие сторон. Хотя работа по разработке единого этического документа для юристов в международном арбитраже идёт постоянно, принять такой документ с обязательствами, подлежащими принудительному исполнению, вряд ли удастся в обозримом будущем. Включение же указанного положения в арбитражную оговорку тоже проблематично, так как при заключении арбитражной оговорки стороны обычно не хотят тратить время и силы на такие детали, которые бы демонстрировали их ожидания о том, что из договора может реально возникнуть спор, который окажется в арбитраже.

Кроме того, при рассмотрении данной проблемы необходимо учитывать неравномерный уровень этических требований к юристам в разных странах, особенно в странах, недавно перешедших от плановой экономики к рыночной, в частности, например, в Казахстане. До 1991 года (это дата обретения независимости Казахстаном и перехода к рыночной экономике) практикующие юристы в Казахстане были представлены почти исключительно адвокатами, которые в основном работали с физическими лицами. Плановая экономика практически не требовала наличия юристов, которые работали бы в коммерческой среде с юридическими лицами. После 1991 года стало возможным оказывать юридические услуги на основе общих норм о свободе предпринимательства. Появилась большая группа юристов, которые занимались оказанием любых юридических услуг, кроме работы по уголовным делам (такими вопросами могли и могут заниматься только адвокаты) (позже их стали называть юридическими консультантами). На протяжении поч-

ти 30 лет юридические консультанты как профессия почти никак не регулировались.

В 2018 году был принят Закон об адвокатуре и юридической помощи. Помимо Республиканской коллегии адвокатов (РКА), в которую входят региональные коллегии каждого региона, по непроверенным данным, в настоящее время числятся зарегистрированными 49 палат юридических консультантов, каждая из которых должна иметь (на самом деле неизвестно, все ли имеют) свой кодекс этики и дисциплинарную комиссию. РКА имеет свой собственный Кодекс этики. Таким образом, в стране действуют 50 разрозненных кодексов этики юристов. Это можно сравнить с ситуацией, когда на дорогах действовали бы 50 различных правил дорожного движения! При этом требование о вступлении в Палату юридических консультантов распространяется только на тех адвокатов, которые выступают в качестве представителей в суде. Это требование не распространяется на арбитраж, то есть представителем в арбитраже может выступать не урегулированный никакими профессиональными правилами человек. Таким образом, не только сложно определить профессиональные требования к юристу из-за множественности этических кодексов, но и вполне возможно, что тот или иной юрист, действующий в этом качестве в арбитраже, вообще ничем не регулируется, так как не является членом какой-либо палаты или коллегии адвокатов.

Поэтому, если для юристов многих юрисдикций в мире проблемой в международном арбитраже может стать двойная деонтология, то, что касается юристов из Казахстана, необходимо понимать, что они могут вообще не регулироваться. Поэтому их профессиональное поведение в международном арбитраже может не соответствовать даже основным нормам профессионального поведения, принятым в мире. Так, в моей практике в роли арбитра в международном арбитраже был случай, когда заявления и поведение ка-

захстанского юриста вызывали серьёзные сомнения в его правдивости.

До тех пор, пока Казахстан не сможет сформировать должное отношение к вопросам этики юристов, страна не сможет перейти к созданию единой профессиональной организации юристов с едиными правилами профессионального поведения, и казахстанским юристам будет сложно быть достойно представленными на арене международного арбитража.

Для того, чтобы преодолеть эту трудность хотя бы частично, группа юристов-единомышленников, специализирующихся на арбитраже в Казахстане, создала некоммерческую организацию Институт экспертно-правовых исследований «ZanSar», что является сокращением от казахского «*заң сапаршы*» – эксперт по правовым вопросам. Одной из основных задач данного института является отбор наиболее квалифицированных и авторитетных юристов, являющихся действительными экспертами в определённых отраслях права и которые могут быть рекомендованы для назначения арбитрами, медиаторами и экспертами по казахстанскому праву в международных арбитражах и судах, а также специалистами казахстанских судов. Качество рекомендованных экспертов обеспечивается их тщательным отбором, а также тем, что они добровольно подписывают соглашение о применении в своей деятельности признанных в международном арбитраже правил профессионального поведения арбитров, представителей и экспертов, в том числе, правил наиболее авторитетных арбитражных институтов.

Международный коммерческий арбитраж на практике сталкивается с неэтичным поведением некоторых арбитров, законных представителей, сторон спора и экспертов. Существующий арбитражный регламент не содержит санкционных механизмов, которые позволили бы эффективно наказывать за неэтичное поведение всех указанных лиц.

Через такие институты, как «ZanSar», такие механизмы могут быть приняты. Поскольку наши эксперты подписывают правила, они могут быть наказаны за их нарушение вплоть до исключения из реестра экспертов.

Однако, такие меры, конечно, не умаляют необходимость скорейшей разработки и принятия правил, желательно единых правил в глобальном масштабе. Это является важной задачей для всего мирового арбитражного сообщества.

Резюмируя региональный обзор, отметим, что внимание к арбитражу в странах Центральной Азии в последние годы бьёт все рекорды. Сотрудничество с мировыми арбитражными институтами с безупречной репутацией, этическими императивами и высочайшими стандартами рассмотрения дел делает бизнес наших стран, экспертов, арбитров, юристов конкурентнее на международном арбитражном рынке с его неограниченными возможностями. Международный арбитражный суд ICC на сегодняшний день - лучший пример такой синергии.

4. Деятельность Международного арбитражного суда ICC в Центральной Азии

Государства Центральной Азии стали независимыми участниками мировых процессов, в том числе в области экономики и бизнеса сравнительно недавно. Поэтому они ещё не успели в полной мере оценить возможности международного сотрудничества в этой сфере. Между тем, огромный потенциал для развития предпринимательства и бизнеса предоставляется Международной торговой палатой, которая действует по всему миру через национальные комитеты. Национальные комитеты, которые созданы и функционируют в более 170 странах, активно содействуют развитию своих стран с помощью данной авторитетной международной организации. Деятельность ICC в целом и националь-

ных комитетов каждой страны в отдельности демонстрирует удачное сочетание глобального подхода и авторитета организации, с одной стороны, и знание, а также понимание местных особенностей и потребностей, с другой стороны. Национальные комитеты имеют возможность влиять на мировые процессы в экономике и бизнесе. К сожалению, в странах Центральной Азии до сих пор нет ни одного национального комитета. Думаю, это является упущением, и в скором времени оно будет устранено.

Одной из важнейших возможностей национального комитета является право предлагать к назначению представителя страны в Международный арбитражный суд ИСС. В отсутствие национального комитета Президент Международного суда имеет право сам назначить представителя страны. С помощью такого механизма были назначены первые члены суда из наших стран – Наталья Алёнкина (Кыргызстан), Феруза Бобокулова (Узбекистан) и Айгуль Кенжебаева (Казахстан). Наша небольшая группа поставила себе целью пропагандировать и продвигать в нашем регионе не только арбитраж ИСС, но и международный арбитраж в целом.

В чём заключается роль членов суда ИСС? Наиболее важной стороной деятельности членов суда ИСС является проверка проектов арбитражных решений и некоторых процессуальных решений составов арбитража до их официального вынесения (*scrutiny*). Это уникальный механизм, призванный обеспечить высочайший уровень каждого арбитражного решения. Естественно, такая проверка проводится с соблюдением всех строжайших правил недопущения конфликта интересов и конфиденциальности. Поэтому эта большая и важная работа не является публичной, а работа членов суда ИСС не предполагает материального вознаграждения. Однако эта работа не только является почётной, но и даёт членам суда бесценный опыт в области международного арбитража.

Как члены суда мы с коллегами участвуем в еженедельных сессиях суда в качестве членов специального комитета и/или репортёра по рассматриваемому делу, на которых рассматриваются вопросы отводов, назначения арбитров, проверки решений арбитражных трибуналов. Мы участвуем в регулярных «*knowledge sharing sessions*», участвуем в работе комитета по APC и Арбитражу ICC, что позволяет не только наращивать свой экспертный потенциал и активно участвовать в текущей повестке дня мировых арбитражных центров, но и возвращать эти знания в страну и развивать их на политико-правовом, экспертном, академическом уровнях.

Во время пандемии при поддержке Секретариата суда ICC и опытного члена суда Галины Жуковой была проведена серия виртуальных встреч «E-Chaikhana» («Электронная чайхана»), на которых в форме живого диалога мы знакомили нашу аудиторию с особенностями рассмотрения споров в суде ICC, с тем, как работает секретариат суда, в чём особенности процедуры проверки арбитражного решения (*scrutiny*), в чём заключается роль национальных комитетов ICC, в чём состоит миссия членов суда. Мы делали обзоры дел, по которым стороны из наших стран обращались в суд ICC, приводили статистику, характер споров и прочее. В рамках «Электронной чайханы» мы устраивали встречи и с председателем Суда ICC Клаудией Соломон, встречи с бизнес-ассоциациями нашего региона, чтобы на лучшем примере, каковым является суд ICC, показать, что у международных коммерческих споров нет другой альтернативы, кроме международного коммерческого арбитража.

Команда членов суда ICC много занимается просвещением. Так, при поддержке Национального комитета ICC Украины члены суда ICC из наших стран выступили спикерами серии онлайн-семинаров для юристов из стран Центральной Азии: «Арбитраж ICC и альтернативные механизмы разрешения споров», которые проходили в течение июля теку-

щего года. На примере механизмов суда ИСС на семинарах в доступной форме объяснялось, как работает арбитраж, как составить арбитражную оговорку, какие иные инструменты альтернативного разрешения споров, помимо арбитража, стороны могут выбрать.

В планах проведение региональной конференции по международному арбитражу, совместные публикации и другие содержательные мероприятия.

Интерес к международному арбитражу в наших странах возрастает с каждым годом. Всё больше молодых юристов стремятся специализироваться в данной сфере. Это даёт уверенность в том, что международный арбитраж будет успешно развиваться в странах Центральной Азии. Суд ИСС постоянно предпринимает усилия по повышению представленности института в регионе, и мы как члены суда в этом очень заинтересованы, поскольку через потенциал этого уважаемого международного института идёт привлечение внимание к развитию арбитража в регионе.

ОТДЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ АРБИТРАбельНОСТИ СПОРОВ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

*Сулейменов Майдан Кунтуарович**
*Дуйсенова Асель Эриковна***

В соответствии с пунктом 5 статьи 8 Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года «Об арбитраже» (далее – Закон об арбитраже) в арбитраж по соглашению сторон могут передаваться споры, вытекающие из гражданско-правовых отношений, между физическими и (или) юридическими лицами.

В статье 1 Гражданского кодекса Республики Казахстан выделяются три группы общественных отношений, регулируемых гражданским законодательством: 1) имущественные отношения; 2) личные неимущественные отношения, связанные с имущественными; 3) личные неимущественные отношения, не связанные с имущественными.

* Директор НИИ частного права Каспийского университета, член Международного совета при Верховном Суде Республики Казахстан, член Научно-консультативного совета при Конституционном Суде РК, Председатель Правления Арбитражной палаты Казахстана, Председатель Казахстанского Международного Арбитража, академик НАН РК, д.ю.н., профессор.

** Ведущий научный сотрудник НИИ частного права Каспийского университета, руководитель аппарата Арбитражной палаты Казахстана, исполнительный директор Казахстанского Международного Арбитража, член Научно-консультативного совета при Конституционном Суде РК, к.ю.н.; с автором можно связаться по электронной почте: aseld@mail.ru

В силу прямого законодательного запрета споры, возникающие из третьей группы отношений, не входят в сферу компетенции арбитражей (п. 9 ст. 8 Закона об арбитраже).

Таким образом, на рассмотрение в арбитраж могут быть переданы споры, вытекающие из следующих гражданско-правовых отношений: 1) имущественных отношений; 2) личных неимущественных отношений, связанных с имущественными.

Компетенция арбитража – это разрешение частноправовых споров. Споры, вытекающие из публично-правовых отношений (например, налоговых отношений) арбитражи рассматривать не могут. Здесь действуют иные способы досудебного урегулирования. Несмотря на это, в последнее время в Казахстане время от времени обсуждается идея создания арбитражей для рассмотрения налоговых и административных споров.

Перечень споров, которые не могут быть переданы на разрешение в арбитраж, предусмотрен в статье 8 Закона об арбитраже. Так, арбитражу не подведомственны споры, по которым затрагиваются интересы несовершеннолетних лиц, лиц, признанных в порядке, установленном законом, недееспособными или ограниченно дееспособными, о реабилитации и банкротстве, между субъектами естественных монополий и их потребителями, между государственными органами, субъектами квазигосударственного сектора.

Вместе с тем на практике нередко возникает ряд дискуссионных вопросов относительно арбитрабельности тех или иных споров, с которыми чаще всего заявители обращаются в Арбитражную палату Казахстана.

В ноябре 2016 года в соответствии с требованиями Закона об арбитраже в нашей стране была создана Арбитражная палата Казахстана – некоммерческая организация, представляющая собой объединение постоянно действующих

арбитражей, арбитров, создаваемое в целях обеспечения благоприятных условий для реализации, стимулирования и поддержки деятельности арбитражей в Казахстане.

Основные полномочия Палаты закреплены в статье 12 Закона об арбитраже. В целом основная деятельность Палаты сегодня заключается в подготовке разъяснений относительно применения действующего арбитражного законодательства по запросам граждан и юридических лиц, а также взаимодействие с судами и государственными органами.

Как показывает практика обращений в Арбитражную палату Казахстана, в последнее время в нашей стране остро стоит проблема арбитражной оговорки в договоре присоединения, а также арбитрабельности споров при отсутствии точной детализации отдельных условий арбитражного соглашения.

1. Арбитражная оговорка и договор присоединения

Закон об арбитраже называет два случая недействительности арбитражного соглашения. Так, согласно пункту 4 статьи 8 Закона об арбитраже, арбитражное соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путём присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), а также по договору займа между коммерческой организацией и физическим лицом, не являющимся индивидуальным предпринимателем, действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска.

Что касается первого случая недействительности арбитражного соглашения, то ранее аналогичная норма содержалась в Законе Республики Казахстан от 28 декабря 2004 года «О третейских судах» (см. п. 3 ст. 7). Однако Законом Ре-

спублики Казахстан от 3 июля 2013 года¹ из статьи 7 Закона о третейских судах был исключён пункт 3, предусматривающий, что третейское соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной путём присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска.

Внесение такого изменения являлось спорным, поскольку указанная норма имела своей целью защиту более слабой стороны в договоре, которая, заключая договор присоединения с включённой в него третейской оговоркой, была лишена возможности свободного волеизъявления. Дело в том, что на практике, как правило, одной из сторон договора присоединения всегда является потребитель – физическое лицо, которое просто присоединяется к договору, разработанному продавцом (поставщиком услуг).

В ранее действовавшем Законе о международном коммерческом арбитраже такой нормы не было, поскольку в сфере международного коммерческого арбитража, как правило, отсутствует необходимость в защите интересов потребителей – физических лиц.

Арбитражная оговорка, будучи включённой в текст договора присоединения, фактически лишает присоединяющуюся сторону свободы волеизъявления. Указанная норма своими идейными истоками имеет зарубежное законодательство о третейском (арбитражном) разбирательстве, которое также формулирует процессуальные конструкции, защищающие экономически более слабые стороны. Следует отметить, что во многих странах Европейского союза

¹ Закон Республики Казахстан от 3 июля 2013 года № 125-V ЗРК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования деятельности арбитража и третейского суда».

споры по защите прав потребителей вообще являются не арбитрабельными именно по причине необходимости защиты слабой стороны в договоре, которой, как правило, является потребитель.

Поэтому данная норма была восстановлена в Законе об арбитраже. Таким образом, стороны договора присоединения могут заключить арбитражное соглашение после возникновения оснований для предъявления иска и передать дело на рассмотрение выбранному арбитражу.

Наибольшие сложности в последнее время в судебной и арбитражной практике вызывает проблема недействительности арбитражного соглашения, включённого в типовой договор на туристское обслуживание.

В Арбитражную палату Казахстана систематически поступают запросы с вопросом о том, является ли Типовой договор на туристское обслуживание, утверждённый Приказом Министра по инвестициям и развитию Республики Казахстан от 30 января 2015 года № 81¹ (далее – Типовой договор), договором присоединения, так как в нём отражаются все существенные условия в стандартах и формулярах, обязательные для всех договоров такого типа.

Согласно пункту 1 статьи 389 Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее – ГК) договором присоединения признаётся договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могут быть приняты другой стороной не иначе как путём присоединения к предложенному договору в целом.

Пунктом 1 статьи 17 Закона РК «О туристской деятельности в Республике Казахстан» предусмотрено, что:

«Оказание туристских услуг осуществляется на основании договора. Договор на туристское обслуживание заключается в письменной форме, за исключением договоров,

¹ Зарегистрирован в Министерстве юстиции РК 1 апреля 2015 года № 10604.

закключаемых гидом и экскурсоводом, и должен соответствовать законодательству Республики Казахстан. Существенные условия договора на туристское обслуживание устанавливаются типовым договором, утверждённым Правительством Республики Казахстан».

Приказом Министра по инвестициям и развитию Республики Казахстан от 30 января 2015 года № 81 «Об утверждении типового договора на туристское обслуживание» утверждён типовой договор на туристское обслуживание.

В то же время главой 7 Типового договора предусмотрено, что допускается дополнение договора на туристское обслуживание иными условиями, не противоречащими действующему законодательству Республики Казахстан.

Таким образом, законодатель допускает внесение дополнений в типовой договор и, заключая договор на туристическое обслуживание, стороны подписывают уже другой отличающийся от типового договора документ. При этом необходимо учитывать способ заключения договора: если обычный договор заключается путём обмена письмами, согласования условий договора, то условия договора присоединения вырабатываются одной стороной и определяются в стандартных формах (бланк, формуляр и т. п.) Другая сторона не может вносить в договор никаких изменений. Если она это сделает, договор перестаёт быть договором присоединения и превращается в обычный договор.

Также следует учитывать, что главой 6 указанного Типового договора установлено, что *«споры, вытекающие из Договора, подлежат разрешению в соответствии с действующим законодательством Республики Казахстан».* Таким образом, в Типовом договоре предусмотрено разрешение споров в соответствии с законодательством, т. е. стороны имеют право на обращение в суд общей юрисдикции за защитой своих прав и законных интересов.

Главой 7 утверждённого Типового договора установлено, что:

«При заключении договора на туристское обслуживание не допускается исключение положений, предусмотренных в Типовом договоре, утверждённом приказом Министра по инвестициям и развитию Республики Казахстан от 30 января 2015 года № 81. Допускается дополнение договора на туристское обслуживание иными условиями, не противоречащими действующему законодательству Республики Казахстан. Все дополнения и (или) изменения к Договору составляются письменно путём заключения дополнительного соглашения, подписываются обеими Сторонами и являются неотъемлемой частью Договора».

Таким образом, исключение из типового договора на туристское обслуживание положения о порядке рассмотрения споров судом и замена данного условия на арбитражную оговорку является нарушением условий, установленных приказом Министра по инвестициям и развитию Республики Казахстан от 30 января 2015 года № 81 «Об утверждении типового договора на туристское обслуживание».

В соответствии с пунктом 1 статьи 157 ГК сделка недействительна по основаниям, установленным настоящим Кодексом или иными законодательными актами, в силу признания её таковой судом (оспоримая сделка), либо по основаниям, прямо предусмотренным законодательными актами, независимо от такого признания (ничтожная сделка). Сделка относится к оспоримой, если её ничтожность не предусмотрена законодательными актами.

Согласно пункту 2 статьи 157 ГК сделка признается недействительной при нарушении требований, предъявляемых к форме, содержанию и участникам сделки, а также к свободе их волеизъявления по основаниям, установленным настоящим Кодексом или иными законодательными актами.

В соответствии с пунктом 1 статьи 158 ГК сделка, содержание которой не соответствует требованиям законодательства, а также сделка, совершённая с целью, заведомо противоречащей основам правопорядка, является оспоримой и может быть признана судом недействительной, если настоящим Кодексом и иными законодательными актами Республики Казахстан не установлено иное.

Статья 161 ГК предусматривает возможность признания судом недействительной не всей сделки, а только какой-либо её незаконной части, без которой сделка сохранит своё значение для сторон. Так, недействительность части сделки не влечёт за собой недействительности прочих её частей, если можно предположить, что сделка была бы совершена и без включения недействительной её части.

Таким образом, суд на основании пункта 1 статьи 158 ГК в соответствии со статьёй 161 ГК по иску заинтересованного лица может признать недействительной ту часть типового договора на туристское обслуживание, которая касается порядка разрешения споров, в связи с её несоответствием требованиям законодательства.

Кроме того, поскольку арбитражная оговорка, даже включённая в текст договора в качестве «одного из его условий», по своей правовой природе является самостоятельной гражданско-правовой сделкой, юридическая судьба которой, в силу предусмотренного подпунктом 7) статьи 5 и пунктом 1 статьи 20 Закона об арбитраже принципа автономности арбитражного соглашения, не зависит от юридической судьбы договора, обращаем внимание на следующее.

Согласно пункту 4 статьи 8 Закона об арбитраже, арбитражное соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путём присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действи-

тельно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска.

Арбитражная оговорка, будучи включённой в текст договора присоединения, фактически лишает присоединяющуюся сторону свободы волеизъявления.

Таким образом, арбитражная оговорка, включённая в Типовой договор на туристское обслуживание до возникновения оснований для предъявления иска, может быть признана недействительной в соответствии с пунктом 1 статьи 158 ГК как сделка, содержание которой не соответствует требованиям законодательства об арбитраже.

Однако суды нередко возвращают исковые заявления со ссылкой на подпункт 7) пункта 1 статьи 152 и подпункт 5) статьи 279 ГПК, несмотря на недействительность арбитражного соглашения, включённого в договор на туристское обслуживание до возникновения оснований для предъявления иска.

В данной ситуации существует два пути решения проблемы:

1) если истец при подаче иска на разрешение спора по существу не заявляет в суд самостоятельных требований о признании арбитражного соглашения, включённого в договор на туристское обслуживание до возникновения оснований для предъявления иска, недействительным, то суд должен применить статьи 10 Закона об арбитраже и рассмотреть спор по существу. В этом случае функция суда *ex officio* (то есть в силу служебного долга самостоятельно) заключается в том, что суд усматривает недействительность такой арбитражной оговорки;

2) если истец при подаче иска на разрешение спора по существу одновременно заявляет требование о признании арбитражного соглашения, включённого в договор на туристское обслуживание до возникновения оснований для предъявления иска, недействительным, то суд должен на-

править стороны в арбитраж на основании статьи 20 Закона об арбитраже.

Так, согласно пункту 1 статьи 20 Закона об арбитраже, арбитраж самостоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии у него полномочий (юрисдикции) рассматривать переданный на его разрешение спор, в том числе в случаях, когда одна из сторон возражает против арбитражного разбирательства по причине недействительности арбитражного соглашения. Для этой цели арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, толкуется как соглашение, не зависящее от других условий договора. Вынесение арбитражем решения о недействительности договора не влечёт за собой недействительности арбитражной оговорки.

В том случае, если арбитраж неверно принял решение относительно наличия своей компетенции относительно рассмотрения спора из договора на туристское обслуживание при наличии недействительной арбитражной оговорки в соответствии с пунктом 4 статьи 8 Закона об арбитраже суд может отказать в принудительном исполнении такого арбитражного решения (п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже) либо отменить его (подп. 2) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже).

Так, согласно пункту 2 статьи 52 Закона об арбитраже, арбитражное решение отменяется судом в случае определения, что спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Казахстан.

Спор не может быть предметом арбитражного разбирательства, если, во-первых, отсутствует арбитражное соглашение, оно недействительно, утратило силу или не может быть исполнено (согласно п. 1 ст. 8 Закона об арбитраже, спор может быть передан на рассмотрение арбитража при наличии заключённого между сторонами арбитражного соглашения) и, во-вторых, арбитраж не вправе рассматривать

определённую категорию споров (п. п. 8 и 9 ст. 8 Закона об арбитраже).

Аналогичная норма предусмотрена в подпункте 2) пункта 1 статьи 57 Закона об арбитраже.

При этом судам необходимо иметь в виду, что, согласно пункту 2 статьи 20 Закона об арбитраже, сторона вправе заявить об отсутствии у арбитража полномочий рассматривать переданный на его разрешение спор до представления ею первого заявления по существу спора.

Таким образом, если сторона, заявляющая о недействительности арбитражного соглашения, одновременно с этим заявляет требования по существу спора, возникшего из договора на туристское обслуживание, который был заключен в виде договора присоединения, то такая сторона фактически признаёт компетенцию арбитража, и в силу пункта 2 статьи 9 Закона об арбитраже стороны фактически заключают арбитражное соглашение после возникновения оснований для предъявления иска путём обмена иском и отзывом на иск.

2. Детализация отдельных условий арбитражного соглашения

Как отмечает О. Ю. Скворцов:

«...в практике заключения соглашений о передаче споров на разрешение международного коммерческого арбитража зачастую встаёт вопрос о толковании воли сторон вследствие неточности формулирования наименования третейского учреждения, на рассмотрение которого должен быть передан спор. Как правило, коммерческие арбитражи расширительно толкуют соответствующие условия третейских соглашений. Даже в том случае, если стороны неправильно указали наименование третейского суда, глав-

ным критерием подведомственности спора конкретному суду служит выявление истинной воли сторон»¹.

На практику расширительного толкования международными коммерческими арбитражами условий подобных арбитражных соглашений также обращает внимание Ю.Г. Басин, который пишет, что:

«...наиболее важным из элементов арбитражной оговорки является обозначение избранного сторонами арбитража или признаков, непосредственно индивидуализирующих его, либо точно определяющих метод такой индивидуализации... Но отсутствие такой степени индивидуализации арбитражного суда не лишает арбитражную оговорку юридической силы. Индивидуализацию завершают компетентные на это органы, обозначенные в конвенциях, иных международных договорах, регламентах арбитражных судов либо непосредственно в тексте оговорки»².

Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже, подписанная в г. Женеве 21 апреля 1961 года (далее – Европейская конвенция), содержит детальный механизм индивидуализации арбитражного суда в том случае, если стороны не указали конкретный арбитраж.

К сожалению, в судебной и арбитражной практике Казахстана Европейская конвенция применяется не так широко, как могла бы, поскольку суды мало знают о ней.

В этом году в Арбитражную палату Казахстана поступил запрос относительно определения арбитрабельности спора из Договора поставки продукции, заключённого между индивидуальным предпринимателем «И» (продавец, РК) и

¹ См.: Скворцов О.Ю. Третьейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. Москва: Волтерс Клувер, 2005. С. 358-359.

² См.: Басин Ю. Г. Порядок разрешения споров между участниками внешнеэкономических сделок // Право и внешнеэкономическая деятельность в Республике Казахстан / Отв. ред. М. К. Сулейменов. Алматы: КазГЮА, 2001. С. 419.

ООО «Г» (покупатель, РФ), со следующей арбитражной оговоркой:

«Споры по данному Договору подлежат урегулированию путём переговоров, претензии рассматриваются в течение 10 дней, а при не достижении соглашения сторон по спорным вопросам подлежат передаче на рассмотрение в Арбитраж».

На первый взгляд, оговорка представляется неисполнимой. Однако проиллюстрируем на её примере, каким образом можно детализировать отдельные условия арбитражного соглашения, применив основные положения Европейской конвенции.

1) Относительно детализации условий арбитражного соглашения

Арбитражная оговорка, включённая в Договор поставки, не содержит указаний относительно места проведения арбитражного разбирательства, вида арбитража (арбитраж *ad hoc* или постоянный арбитражный орган), правил арбитражного разбирательства, права, применимого к арбитражному соглашению, а также права, применимого к разрешению спора по существу.

Детализировать вышеназванные условия арбитражного соглашения можно на основании соответствующих положений Европейской конвенции.

В соответствии с подпунктом а) пункта 1 статьи 1 Европейской конвенции, она применяется к арбитражным соглашениям как физических, так и юридических лиц, которые на момент заключения такого соглашения имеют постоянное местожительство или соответственно своё местонахождение в различных договаривающихся государствах, о разрешении в порядке арбитража споров, возникающих при осуществлении операций по внешней торговле.

Республика Казахстан присоединилась к Европейской конвенции о Внешнеторговом арбитраже в соответствии с Указом Президента Республики Казахстан от 4 октября 1995 года № 2484 «О присоединении Республики Казахстан к Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже, принятой в городе Женеве 21 апреля 1961 года». Для Казахстана Конвенция вступила в силу 18 февраля 1996 года.

21 июля 2014 года при Национальной палате предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен» был образован Центр арбитражного и третейского разбирательства (ныне – Арбитражный центр), о чём было направлено сообщение в ООН, как это предусматривает статья 10 Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже. Постоянное представительство Казахстана в ООН своим письмом от 11 сентября 2014 года сообщило о том, что «функции, изложенные ст. IV Европейской конвенции, осуществляются Арбитражным центром НПП РК».

СССР ратифицировал Европейскую конвенцию 27 июня 1962 года. Российская Федерация участвует в этой конвенции как правопреемник СССР. Согласно Приложению к Европейской конвенции, органом, который может действовать в качестве «компетентного органа», являлась Торгово-промышленная палата СССР. В настоящее время в России таким компетентным органом является Торгово-промышленная палата Российской Федерации.

В соответствии с пунктом 6 статьи IV Европейской конвенции:

«Если в арбитражном соглашении не содержится указаний относительно того, каким из видов арбитража – постоянно действующим или ad hoc – должен быть решён спор между сторонами, и если стороны не пришли к соглашению по этому поводу, то истец сможет направить просьбу о решении этого вопроса в соответствии с положениями пункта 3 настоящей статьи. Председатель или

Специальный комитет может либо отослать стороны к постоянному арбитражному органу, либо им предписать назначить своих арбитров в срок, указанный председателем или Специальным комитетом, и принять в этот же срок меры, необходимые для осуществления арбитражного процесса. В последнем случае применяются пункты 2, 3 и 4 настоящей статьи».

Согласно пункту 2 статьи IV Европейской конвенции:

«Если стороны предусмотрели передать могущие возникнуть между ними споры на рассмотрение в арбитраж ad hoc и если в течение 30 дней с даты извещения ответчика о передаче дела в арбитраж одна из сторон не назначила своего арбитра, то, если стороны не предусмотрели в арбитражном соглашении иного, арбитр этой стороны назначается, по просьбе другой стороны, председателем компетентной торговой палаты страны, в которой на момент подачи просьбы о передаче дела в арбитраж проживает или имеет свое местонахождение не назначившая арбитра сторона. Этот пункт равным образом применяется к замещению арбитров, назначенных одной из сторон или председателем вышеуказанной торговой палаты».

В соответствии с пунктом 3 статьи IV Европейской конвенции:

«Если стороны предусмотрели передать могущие возникнуть между ними споры на рассмотрение в арбитраж ad hoc, состоящий из единоличного арбитра или из нескольких арбитров, но если в арбитражном соглашении не содержится необходимых для осуществления арбитражного процесса данных, упомянутых в пункте 1 настоящей статьи, то, если стороны не пришли к соглашению на этот счёт и с оговоркой относительно случая, указанного в пункте 2, соответствующие меры будут приняты уже назначенными арбитром или арбитрами. Если стороны не договорились о назначении единоличного арбитра или если

назначенные арбитры не могли достигнуть договорённости о мерах, которые должны быть приняты, истец должен будет обратиться с просьбой о принятии этих мер в том случае, если стороны договорились о месте арбитража, по своему выбору либо к председателю компетентной торговой палаты места арбитража, согласованного сторонами, либо к председателю компетентной торговой палаты того места страны ответчика, в котором на момент подачи просьбы о передаче дела в арбитраж он проживает или имеет своё местонахождение; если стороны о месте арбитража не договорились, то истец может обратиться по своему выбору либо к председателю компетентной торговой палаты того места страны ответчика, в котором на момент подачи просьбы о передаче дела в арбитраж он проживает или имеет своё местонахождение, либо к Специальному комитету, состав и характер деятельности которого определены в приложении к настоящей Конвенции. Если истец не воспользовался правами, предоставленными ему настоящим пунктом, этими правами могут воспользоваться ответчик или арбитры».

При этом согласно пункту 4 статьи IV Европейской конвенции:

«Председатель или Специальный комитет, к которому направлена просьба, может, в зависимости от характера просьбы: а) назначить единоличного арбитра, если это было согласовано сторонами, арбитра-председателя, суперарбитра или третьего арбитра; б) произвести замещение арбитра (или арбитров), назначенных в ином порядке, чем это предусмотрено в пункте 2 настоящей статьи; в) устанавливать местонахождение арбитражного суда, причём решением арбитров может быть избрано другое место арбитража; д) устанавливать либо непосредственно, либо путём ссылки на регламент какого-либо постоянного арбитражного органа правила процедуры, которых должны придерживаться арбитры, если последние, за

отсутствием договорённости между сторонами, сами не установили правил своей процедуры».

Таким образом, если стороны не достигнут соглашения относительно детализации условий арбитражного соглашения для разрешения возникшего между сторонами спора из Договора поставки, и истцом будет являться ИП «И» (продавец, РК), то он имеет право обратиться к Председателю Торгово-промышленной палаты Российской Федерации как органу по месту нахождения ответчика – ООО «Г» (покупатель, РФ), компетентному в соответствии со статьей IV Европейской конвенции с просьбой определить, каким из видов арбитража – постоянно действующим или *ad hoc* – должен быть решён спор между сторонами.

И, соответственно, если истцом будет являться ООО «Г» (покупатель, РФ), то он вправе обратиться с аналогичной просьбой к руководителю Арбитражного центра Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен» как компетентному органу по месту нахождения ответчика – ИП «И» (продавец, РК).

2) Относительно права, применимого к разрешению спора по существу

В соответствии с пунктом 1 статьи VII Европейской конвенции:

«Стороны могут по своему усмотрению устанавливать с общего согласия право, подлежащее применению арбитрами при решении спора по существу. Если не имеется указаний сторон о подлежащем применению праве, арбитры будут применять закон, установленный в соответствии с коллизионной нормой, которую арбитры сочтут в данном случае применимой. В обоих случаях арбитры будут руководствоваться положениями контракта и торговыми обычаями».

Учитывая национальную принадлежность сторон, определить право, применимое к разрешению спора по существу, можно на основании коллизионной нормы *lex venditoris* (право страны продавца в договоре купли-продажи, включая поставку), которая применяется в большинстве юрисдикций мира.

Согласно подпункту 1) пункта 1 статьи 1113 Гражданского кодекса РК, таким правом будет право Республики Казахстан, поскольку продавцом в договоре поставки является казахстанское ИП. В Гражданском кодексе Российской Федерации предусмотрена аналогичная коллизионная привязка.

3) Относительно права, применимого к арбитражному соглашению

Право, применимое к арбитражной оговорке, можно определить на основании подпункта а) пункта 1 статьи IX Европейской конвенции, в соответствии с которым недействительность арбитражного соглашения при отсутствии указания сторон относительно такого права определяется по закону страны, где решение было вынесено.

Данная норма основана на общепризнанной в международной практике коллизионной норме *lex arbitri*, которая применяется для определения права, регулирующего арбитражную оговорку гражданско-правовой сделки, осложнённой иностранным элементом. Таким правом, согласно *lex arbitri*, будет право страны, где вынесено или будет вынесено арбитражное решение, разрешающее спор, охваченный объёмом арбитражного соглашения.

К ВОПРОСУ ОБ АРБИТРАБИЛЬНОСТИ СПОРОВ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УЗБЕКИСТАНА

*Иноятова Сохиба Фазиловна**

Первичным требованием к рассмотрению и разрешению спора в международном коммерческом арбитраже является арбитражное соглашение, заключённое между спорящими сторонами¹. Форма, содержание арбитражного соглашения, его действительность, сила и исполнимость подчиняются закону, которому стороны его подчинили, либо, при отсутствии такового, закону страны, где вынесено арбитражное решение (*lex arbitri*)².

Вопросы правовой природы, значения арбитражного соглашения остаются за рамками настоящей статьи, так как исходя из выбранной тематики, целесообразно непосредственно обсудить другое, исходящее из арбитражного соглашения правовое явление, а именно – арбитрабельность предмета спора³. Ведь составленное и заключённое по всем

* К.ю.н., доцент кафедры гражданского права ТГЮУ; с автором можно связаться по электронной почте: s.gafarova@list.ru

¹ Более подробно см.: Отахонов, Ф. Х. Этапы создания правовых основ международного коммерческого арбитража в Узбекистане / Ф. Х. Отахонов, А. К. Расулев // Актуальные проблемы гражданского права. – 2020. – № 2(16). – С. 162-173.

² Подпункт А, п. 1. ст. V Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год).

³ Термин «арбитрабельность» взят из английского слова *arbitrability*, тем не менее в юридической литературе встречается и «арбитрабельность». Оба термина признаны равнозначными. См. об этом подробнее Карабельников Б. Международный коммерческий арбитраж. Учебник. Инфотропик, 2013. - С. 141.

предъявляемым требованиям арбитражное соглашение, с одной стороны, сведётся к нулю, если в нём будет предусмотрена передача спора, который не подпадает под компетенцию арбитража. А с другой стороны, вопрос о спорах, которые могут (либо не могут) быть рассмотрены арбитражем¹, представляет собой интерес и для государственных судов при рассмотрении дел о признании и приведении в исполнение арбитражных решений в силу статьи 31 Экономического процессуального кодекса² (далее – ЭПК), а также в силу статьи 29 данного кодекса. Безусловно, в контексте сказанного усматривается теоретическая и практическая актуальность изучения вопроса об арбитрабельности споров – возможности передачи спора на рассмотрение и разрешение в арбитраж.

Как нормы международного права, так и нормы законодательства Узбекистана не содержат в себе термин «*арбитрабельность*». Как известно, данный институт представлен как «предмет арбитражного разбирательства» (п. а, ч. 2. ст. 5 Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (далее – Нью-Йоркская конвенция)³.

Как отмечается в юридической литературе, в разных системах права степень участия государства в отношениях между частными лицами различна, поэтому один и тот же вопрос в одной стране может признаваться арбитрабельным, а в другой – нет. Очевидно, что чем более либеральный, рыночный характер носит экономика государства, тем мень-

¹ Более подробно см.: Рустамбеков И. Р. Международный коммерческий арбитраж. Учебник. – Т.: ТГЮУ, 2018 – 90-97 с.

² Национальная база данных законодательства, 25.01.2018 г., № 02/18/ЭПК/0623.

³ <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/new-york-convention-r.pdf>

ше вероятность того, что предмет спора будет признан в этой стране неарбитрабельным¹.

По общим правилам, и как это вытекает из части 2 статьи 4 Закона Республики Узбекистан «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон), арбитрабельными в Узбекистане признаются споры, вытекающие из всех отношений коммерческого характера, включая договорные² и не договорные обязательства. Как видно из приведённой нормы, даётся широкий круг правоотношений, направленных на извлечение прибыли, возникающих между субъектами гражданского оборота: физическими лицами, юридическими лицами, государством. Такое широкое понимание взято из ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (далее – Типовой закон)³.

Безусловно, стоит согласиться, что круг таких отношений чрезмерно широк, перечисление их через запятую вряд ли возможно, хотя в Типовом законе сделана такая попытка. Автор считает целесообразным, не повторяя текст сноски к ст. 1 Типового закона, быть солидарным с данным перечнем споров, которые могут быть переданы в арбитраж. Все указанные споры или споры подобные таковым могут быть рассмотрены и разрешены в арбитраже по законодательству Республики Узбекистан.

¹ Минина А. И. Трактовка и применение норм об арбитрабельности предмета спора при признании и исполнении решений международного коммерческого арбитража в зарубежных странах / А. И. Минина // Актуальные проблемы российского права. – 2012. – № 1(22). – 280 с.

² См. также ст. 36 Закона Республики Узбекистан «О договорно-правовой базе деятельности хозяйствующих субъектов» от 29.08.1998 г. № 670-1 / Национальная база данных законодательства, 30.01.2018 г., № 03/18/463/0634.

³ https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/mal_rus.pdf

Также споры, связанные с:

- осуществлением торгов крипто-активами на крипто-бирже¹;
- осуществлением фьючерсных торгов на товарно-сырьевых биржах и организацией электронного логистического торгового портала услуг по транспортировке продукции автотранспортом² в частности, и с биржевыми сделками в целом³;
- реализацией высоколиквидных и монопольных товаров⁴;
- деятельностью товарно-сырьевых бирж⁵;
- осуществлением электронной коммерции⁶;

¹ Приказ директора Национального агентства перспективных проектов Республики Узбекистан «Об утверждении Правил осуществления торгов крипто-активами на крипто-бирже», зарегистрирован 15.08.2022 г, рег. номер 3379 / Национальная база данных законодательства, 15.08.2022 г, № 10/22/3379/0743.

² Постановление Кабинета Министров Республики Узбекистан «О мерах по внедрению фьючерсных торгов на товарно-сырьевых биржах и организации электронного логистического торгового портала услуг по транспортировке продукции автотранспортом» от 27.12.2021 г. № 777 / Қонунчилик маълумотлари миллий базаси, 28.12.2021 й., 09/21/777/1199-сон.

³ Постановление Кабинета Министров Республики Узбекистан «О дополнительных мерах по упорядочению биржевой и выставочно-ярмарочной торговли» от 17.01.2018 г. № 33 / Национальная база данных законодательства, 19.01.2018 г, № 09/18/33/0597.

⁴ Постановление Президента Республики Узбекистан «О мерах по дальнейшему внедрению рыночных механизмов в процессы реализации высоколиквидных и монопольных товаров» от 17.03.2021 г. № ПП-5031 / Национальная база данных законодательства, 18.03.2021 г, № 07/21/5031/0220.

⁵ Постановление Кабинета Министров Республики Узбекистан «О дополнительных мерах по внедрению передовых информационных технологий в деятельности товарно-сырьевых бирж и последовательному развитию электронной коммерции» от 18.03.2020 г. № 170 / Қонун ҳужжатлари маълумотлари миллий базаси, 19.03.2020 й., 09/20/170/0336-сон.

⁶ Постановление Президента Республики Узбекистан «О мерах по ускоренному развитию электронной коммерции» от 14.05.2018 г. № ПП-3724 / Национальная база данных законодательства, 15.05.2018 г, № 07/18/3724/1261.

- договорами о внешних заимствованиях¹

могут быть рассмотрены и разрешены посредством арбитражного разбирательства.

Вместе с тем, хозяйствующие субъекты могут передать на рассмотрение и разрешение спор в арбитраж, даже если их отношения не вытекают из договорных обязательств, к примеру, когда речь идёт о защите деловой репутации, о причинении вреда и др.

В контексте настоящей статьи, считаем целесообразным рассмотреть некоторые категории популярных споров, которые, как в доктрине, так и в арбитражной практике, вызывают дискуссии и сомнения относительно их арбитрабельности, то есть возможности их передачи на рассмотрение и разрешение в международный коммерческий арбитраж.

Корпоративные споры. Корпоративные споры отнесены к подсудности экономических судов на основании статьи 25 ЭПК. В статье 30 данного кодекса даётся неисчерпывающий перечень дел данной категории. Представляется, что данные виды корпоративных споров разработаны на основе многолетней судебной практики и являются часто встречающимися в правовой действительности Узбекистана. Это и споры, связанные с созданием, реорганизацией и ликвидацией юридических лиц, и споры, связанные с акциями, долями, паями, и споры участников о недействительности сделок, совершённых юридическим лицом, и споры, связанные с эмиссией ценных бумаг, и споры о созыве общего собрания, и споры об обжаловании решений органов управления юридического лица и др. Корпоративные споры представляют собой массив споров относительно возникновения, изменения и прекращения гражданских прав и обязанностей в рамках конструкции юридического лица,

¹ Закон Республики Узбекистан от 29.08.1996 г. № 263-I «О внешних заимствованиях» / Национальная база данных законодательства, 24.07.2018 г. № 03/18/486/1559.

созданного двумя или более лицами. К примеру, когда речь идёт о признании договора купли-продажи автотранспортного средства недействительным со стороны покупателя в силу несоблюдения требования, предъявляемого к форме подобных сделок на основании статьи 115 Гражданского кодекса Республики Узбекистан (далее – ГК)¹, то данный спор не является корпоративным в силу возникновения его между различными, самостоятельными лицами – участниками гражданско-правовых отношений, которые не связаны между собой. В случае же, когда участник общества с ограниченной ответственностью подаёт иск о признании договора купли-продажи автотранспортного средства недействительным на основании статьи 125 ГК, то данный спор является корпоративным.

По смыслу статьи 10 ГК корпоративные споры могут быть переданы на рассмотрение и разрешение в арбитраж. И статья 25 ЭПК не может привести к ошибочному мнению, что данные споры могут быть рассмотрены только лишь экономическими судами. Такое указание в процессуальном кодексе даёт лишь основание для определения подсудности дел экономическим судам, но никак не приводит к выводу, что они не могут быть рассмотрены в международном коммерческом арбитраже. При том, что пункт 1 части 1 статьи 25 ЭПК содержит в себе споры, которые безусловно подпадают под компетенцию арбитража, то есть являются арбитрабельными.

Примером возможности передачи корпоративного спора в арбитраж является непосредственное упоминание в законодательстве о том, что договор купли-продажи государственной доли в уставном капитале ООО «Ферганский нефтеперерабатывающий завод» должен, помимо иных положений, включать положения, предусматривающие защиту

¹ Ведомости Олий Мажлиса Республики Узбекистан, 1996 г., приложение к № 2.

нового собственника от экспроприации и разрешение споров посредством международного арбитража¹.

Как было справедливо отмечено в литературе, регулирование вопросов арбитрабельности может различаться от страны к стране, в том числе трансформироваться с течением времени. Однако неизменным остаётся основной принцип их толкования – *favor arbitri*. Применение данного принципа означает, что, во-первых, существует общая презумпция в пользу признания коммерческих споров, включая корпоративные споры, арбитрабельными; во-вторых, существует тенденция к расширению сферы арбитража и перечня вопросов, которые могут быть переданы на рассмотрение в третейский суд².

Инвестиционные споры. К инвестиционным спорам относятся, к примеру, споры с иностранными инвестициями и возникающие при осуществлении инвестиционной деятельности иностранного инвестора на территории Республики Узбекистан. Казалось бы, тут вопросов не возникает. Какой спор будет арбитрабельным, если не инвестиционный?! Ведь здесь налицо участие иностранного элемента, такого близкого по духу к международному арбитражу. Тем более что статья 63 Закона Республики Узбекистан «Об инвестициях и инвестиционной деятельности» прямо предусматривает возможность рассмотрения данных споров в арбитраже³. Однако здесь краеугольным камнем представляется иное. Из смысла статьи 63 усматривается урегули-

¹ Постановление Кабинета Министров Республики Узбекистан «О мерах по реализации государственной доли в уставном капитале ООО «Ферганский нефтеперерабатывающий завод» от 25.05.2019 г. № 431 / Национальная база данных законодательства, 27.05.2019 г., № 09/19/431/3187.

² Балеевских Л. С. Арбитрабельность корпоративных споров: конституционно-правовой аспект / Л. С. Балеевских // Вестник международного коммерческого арбитража. – 2012. – № 2(6). – 21 с.

³ Закон Республики Узбекистан «Об инвестициях и инвестиционной деятельности» от 25.12.2019 г. № ЗРУ-598 / Национальная база данных законодательства, 26.12.2019 г., № 03/19/598/4221; 07.06.2022 г.

рование инвестиционных споров сначала путём медиации, и только затем в арбитраже.

Арбитражной практике известны различные виды классификации арбитражного соглашения. Так, по критерию процессуального механизма арбитражные соглашения делятся на прямые и мультимодальные¹. Как правило, типовые арбитражные оговорки являются прямыми, так как обращение в арбитраж возможно прямо, непосредственно, без каких-либо предварительных процедур. Мультимодальные же арбитражные соглашения предусматривают необходимость проведения обязательных процедур досудебного урегулирования спора. Для разрешения инвестиционного спора в международном коммерческом арбитраже из смысла статьи 63 вышеупомянутого закона усматривается заключение именно такого мультимодального арбитражного соглашения.

Необходимо также отметить, что в Положении о порядке заключения, изменения, прекращения и реализации инвестиционных договоров между Правительством Республики Узбекистан и иностранными инвесторами предусматривается, что споры между сторонами инвестиционного договора, связанные с положениями инвестиционного договора, могут быть переданы в международный коммерческий арбитраж². Тут же приводится типовой инвестиционный договор, где в статье 11 (Разрешение споров) рекомендовано включение арбитражной оговорки и упоминание об институциональном арбитраже – Ташкентском международном арбитражном центре (ТИАС)³.

¹ Карабельников Б. Международный коммерческий арбитраж. Учебник. Инфотропик, 2013. - С. 186.

² Постановление Кабинета Министров Республики Узбекистан «О внесении изменений в Постановление Кабинета Министров от 2 августа 2005 г. № 180 «О мерах по реализации Указа Президента Республики Узбекистан «О дополнительных мерах по стимулированию привлечения прямых частных иностранных инвестиций»» от 30.04.2020 г. № 264 / Национальная база данных законодательства, 01.05.2020 г., № 09/20/264/0530.

³ <https://www.tiac.uz/>

Наряду с вышеизложенным, споры, вытекающие из соглашений о разделе продукции, также могут быть переданы на рассмотрение и разрешение в арбитраж¹.

Для арбитражной практики инвестиционные споры представляют отдельный интерес. На этот счёт действует Конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами (далее – Вашингтонская конвенция), к которой Республика Узбекистан присоединилась в соответствии с Постановлением Верховного Совета Республики Узбекистан от 7 мая 1993 года № 881-ХІІ². На основе Вашингтонской конвенции был учреждён Международный центр по урегулированию инвестиционных споров³, являющийся авторитетным институциональным арбитражем современности.

Говоря о практике рассмотрения и разрешения инвестиционных споров в международном коммерческом арбитраже, стоит вспомнить упоминание об этом в законодательстве. К примеру, отмечается, что в течение всего периода деятельности совместного предприятия «Ангрен Голд Компани» споры между Республикой Узбекистан, её субъектами, или узбекской стороной, и данным совместным предприятием, Ньюмонтом или Мицуи, разрешаются международным арбитражным разбирательством с исполнением его решений в соответствии с Конвенцией о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами, подписанной Республикой Узбекистан⁴.

¹ Закон Республики Узбекистан «О соглашениях о разделе продукции» от 07.12.2001 г. № 312-II / Национальная база данных законодательства, 12.10.2021 г., № 03/21/721/0952.

² Ведомости Верховного Совета Республики Узбекистан, 1993 г., № 6, ст. 265.

³ <https://icsid.worldbank.org/>

⁴ Постановление Кабинета Министров Республики Узбекистан «О создании и условиях деятельности совместного предприятия «Ангрен Голд Компани» от 19.08.1997 г. № 407.

Споры о банкротстве (о неплатёжеспособности). По смыслу статьи 6 Закона Республики Узбекистан «О неплатёжеспособности»¹ дела о банкротстве рассматриваются экономическим судом по правилам, предусмотренным ЭПК. Это, пожалуй, единственный случай, когда законодательство Узбекистана указывает на отсутствие компетенции у международного коммерческого арбитража. Такой механизм разрешения спора встречается во многих странах. Вместе с тем, возможны следующие моменты в арбитражной практике, связанные со спорами о неплатёжеспособности.

К примеру, если в экономическом суде возбуждено дело о неплатёжеспособности и к этому моменту вынесено решение международного коммерческого арбитража, то выданный на его основе исполнительный лист может служить доказательством в деле о неплатёжеспособности, наряду с другими исполнительными документами.

Другой пример: дело о неплатёжеспособности возбуждено в экономическом суде, но иск с участием субъектов спора уже рассматривается в международном коммерческом арбитраже. В этом случае состав арбитража оставляет заявление без рассмотрения. Как усматривается из смысла закона (статья 12), со дня принятия к производству экономическим судом заявления о возбуждении дела о неплатёжеспособности в отношении должника кредиторы не вправе обращаться к должнику с целью удовлетворения своих требований в индивидуальном порядке. Соответственно, все требования к должнику рассматриваются в экономическом суде.

Споры, связанные с недвижимостью. Данная категория споров представляет собой особый интерес, так как правовой режим недвижимого имущества, вытекающий из смысла части 1 статьи 84 ГК о государственной регистрации сделок и права собственности на недвижимое имущество,

¹ Закон Республики Узбекистан от 12.04.2022 г. № ЗРУ-763 / Национальная база данных законодательства, 13.04.2022 г., № 03/22/763/0306.

может привести к заблуждению относительно арбитрабельности споров, связанных с таковым. Сделки, связанные с недвижимостью, также являются договорными обязательствами и в принципе подпадают под часть 2 статьи 4 Закона, если это не отношения административно-правового характера, если стороны равны и могут заключить гражданско-правовой договор и арбитражное соглашение, а значит, являются арбитрабельными.

В контексте рассматриваемого целесообразно рассмотреть пункт второй части 1 статьи 240 ЭПК, указывающий, что к исключительной компетенции экономических судов относятся дела с участием иностранных лиц по спорам, предметом которых является недвижимое имущество, если такое имущество (либо имущественное право на него) находится на территории Узбекистана. Данная норма устанавливает исключительную компетенцию государственных судов по рассмотрению споров, связанных с недвижимостью, по отношению к иностранным государственным судам, и никак не относится к компетенции международного коммерческого арбитража. ЭПК разделяет понятия иностранный суд и арбитраж, что вытекает из главы 33, по смыслу же главы 31, где находится статья 240, арбитраж не предполагается. ЭПК по логике и по смыслу не может содержать в себе нормы относительно неарбитрабельности предмета спора, так как закрепляет в данной главе компетенцию национальных судов, входящих в судебную систему относительно судов иностранного государства, также входящего в судебную власть отдельного государства. Здесь не затрагиваются и не могут быть затронуты негосударственные суды.

Наряду с этим, требование о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок относительно их не является препятствием к рассмотрению спора в международном коммерческом арбитраже. Ведь переход права собственности на недвижимое имущество по спору осуществляется на основании решения суда либо постановле-

ния государственного исполнителя¹. Соответственно, получение исполнительного листа на арбитражное решение в этом случае представляется обязательным для государственной регистрации сделки либо имущественного права. Однако, целесообразно совершенствовать данную сферу законодательства путём закрепления в нём возможности регистрации прав на недвижимое имущество при наличии согласия обеих сторон арбитражного разбирательства, то есть добровольного исполнения арбитражного решения.

Споры, связанные с защитой интеллектуальной собственности и нематериальных благ. Все категории данных споров (защита авторского права, смежных прав, товарного знака, фирменного наименования, полезных изобретений, промышленного образца, модели, деловой репутации, чести и достоинства др.) считаются арбитрабельными при условии, что относительно них есть возможность заключить арбитражное соглашение. Наряду с этим, в юридической литературе есть точный подход, что споры, затрагивающие статус регистрируемых объектов интеллектуальной собственности (например, споры об охраноспособности изобретения, о правомерности регистрации или отказа в регистрации), являются неарбитрабельными, так как основной противостоящей стороной этих споров будет госорган как лицо, действия и решения которого оспариваются, даже если в качестве заявителя (истца) выступает не правообладатель, а третье лицо².

В данный момент в целях дальнейшего развития сферы интеллектуальной собственности ведётся изучение деятельности Центра по арбитражу и посредничеству Всемирной

¹ Постановление Кабинета Министров Республики Узбекистан «О мерах по совершенствованию порядка государственной регистрации прав на объекты недвижимости» от 29.12.2018 г. № 1060 / <https://lex.uz/ru/pdfs/4135060>

² Трусова Е. А. Изменение критериев арбитрабельности на примере споров, связанных с недвижимостью и интеллектуальной собственностью / Е. А. Трусова, Н. А. Беломестнова // Вестник международного коммерческого арбитража. – 2012. – № 2(6). – 34 с.

организации интеллектуальной собственности (ВОИС) и целесообразности её внедрения в Узбекистане¹.

Споры с участием органов государственного управления. В силу части 2 статьи 5 Закона Республики Узбекистан «О третейских судах»² органы государственной власти и управления не могут быть сторонами третейского соглашения. Аналогичной нормы в Законе «О международном коммерческом арбитраже» нет. Однако необходимо иметь в виду, что административно-правовые отношения, равно как и налоговые, трудовые, семейные правоотношения по аналогии с законом «О третейских судах» являются неарбитрабельными на территории Узбекистана.

Споры с участием физического лица. Относительно рассмотрения и разрешения споров с участием физического лица в международном коммерческом арбитраже нет никакого запрета. Арбитражное законодательство Узбекистана апеллирует термином «стороны». Сторонами спора, вытекающего из договорных или внедоговорных обязательств, могут быть как физические, так и юридические лица и государство. Соответственно, споры с участием физического лица являются арбитрабельными. Однако тут возникает вопрос в другом. Дело в том, что рассмотрение и разрешение спора в международном коммерческом арбитраже отличаются относительной дороговизной, нежели в государственных судах, даже с учётом отсутствия вышестоящих инстанций. К стоимости арбитражных расходов (сбор, издержки, расходы на юристов, дорожные расходы и т. п.) не каждое физическое лицо готово. В связи с чем в доктрине арбитражного разбирательства зачастую данный вопрос рассматривается как непонимание, заблуждение

¹ Постановление Президента Республики Узбекистан «О дополнительных мерах по дальнейшему развитию сферы интеллектуальной собственности» от 26.04.2022 г. № ПП-221 / Национальная база данных законодательства, 26.04.2022 г., № 07/22/221/0357, 23.08.2022 г., № 06/22/194/0766.

² Закон Республики Узбекистан от 16.10.2006 г. № ЗРУ-64 / Национальная база данных законодательства, 21.03.2019 г., № 03/19/531/2799.

физического лица во время заключения и подписания арбитражного соглашения¹. То есть данное лицо не осознавало суть включённой в договор арбитражной оговорки. Такое толкование может привести и к признанию арбитражного соглашения недействительным, так как сторона – физическое лицо – было в заблуждении, когда подписывало арбитражное соглашение.

На сегодняшний день законодательство Узбекистана в сфере арбитража претерпевает серьёзные изменения. Однако почва для применения альтернативного разрешения спора, в том числе и международного коммерческого арбитража, подготавливалась не один десяток лет. Республика Узбекистан и узбекские компании успели побывать на арене арбитражного разбирательства неоднократно, и современные реалии указывают на необходимость дальнейшей либерализации законодательства в данной сфере. Целесообразно предусмотреть осуществление государственной регистрации сделок, связанных с недвижимостью, и прав на неё на основании арбитражного решения при наличии обоюдного заявления сторон арбитражного соглашения и внесения об этом изменений и дополнений в Постановление Кабинета Министров Республики Узбекистан «О мерах по совершенствованию порядка государственной регистрации прав на объекты недвижимости» от 29 декабря 2018 г. № 1060. Хотя споры, связанные с неплатёжеспособностью неарбитрабельны, однако целесообразно на законодательном уровне дать право кредиторам обращаться с иском о взыскании долга в международный коммерческий арбитраж до определённых процедур банкротства, к примеру, до внешнего управления. Подобного рода совершенствование законодательства повысит привлекательность применимого права Узбекистана и даст хороший импульс в поддержку института международного коммерческого арбитража.

¹ Карабельников Б. Международный коммерческий арбитраж. Учебник. Инфотропик, 2013. - С. 80.

АРБИТРАЖНЫЕ КАЧЕЛИ (НА ПРИМЕРЕ РАЗВИТИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ АРБИТРАЖЕ ФРАНЦИИ)

*Хвале́й Влади́мир Влади́мирович**

1 января 2013 года вступили в силу изменения в Налоговый кодекс Кыргызской Республики, которые позволили передавать на разрешение третейских судов налоговые споры. Несмотря на спорную юридическую технику, которой были оформлены данные изменения, сама по себе инициатива, безусловно, является прогрессивной и даже в некотором смысле революционной.

Традиционно считается, что третейские суды могут разрешать споры только гражданско-правового характера. Однако это не везде так.

Законодательство в большинстве стран прямо указывает на то, что предметом третейского разбирательства может быть любой спор, относительного которого стороны могут заключить мировое соглашение¹. И это логично: если сторо-

* Юридическая фирма Мансорс, член Наблюдательного совета МТС ТПП; с автором можно связаться по электронной почте: vladimir.khvalei@mansors.com

¹ Данный принцип содержится в законодательстве Франции (статья 2059 Гражданского кодекса), Швейцарии (СГА, art. 5), Германии (статья 1030 ГПК Германии), Швеции. Статья 1 Закона Швеции 1999 года об арбитраже гласит: «Споры, касающиеся вопросов, которые стороны вправе урегулировать между собой, могут на основании соглашения быть переданы на разрешение одному или нескольким арбитрам. Такое соглашение может относиться к будущим спорам о правоотношении, указанном в соглашении. Спор может касаться существования определённого обстоятельства. Стороны вправе предоставить арбитрам право восполнить пробелы в договоре, которые не могут быть устранены путём его толкования. Арбитры вправе рассма-

ны вправе заключить соглашение по какому-либо вопросу, то почему третейский суд, который, по сути, является своего рода «продолжением» соглашения сторон о порядке разрешения между ними разногласий, не может сделать то же, то есть создать для сторон обязательства, о которых они вправе сами договориться? В силу этого принципа законодательство во многих странах (например, в штатах США) допускает передачу на разрешение третейских судов, например, трудовых споров, которые по общему правилу не арбитрабельны на территории постсоветского пространства.

Поскольку законодательство во многих странах допускает заключение мирового соглашения также с налоговыми органами в отношении размера подлежащих уплате налогов, то теоретически в таких странах возможна также передача на разрешение третейских судов и налоговых споров.

Вместе с тем нужно признать, что практические примеры разрешения налоговых споров в третейских судах достаточно сложно найти. Именно поэтому инициатива Парламента Кыргызстана действительно революционная.

Наряду с этим к возможности разрешения споров в третейских судах нужно подходить достаточно осторожно, ведь если в этой сфере появятся злоупотребления, это может негативно сказаться не только на разрешении налоговых споров в третейских судах, но и, в принципе, на самом третейском разбирательстве.

Так, кыргызские коллеги помнят период, когда Конституционный суд в одном из решений указал, что третейские суды не входят в систему судов страны, как не поименованные в Конституции, а потому должны рассматриваться как чрезвычайные, то есть незаконные. Данная проблема, впрочем, разрешилась после того, как 21 октября 2007 года в Конституцию Кыргызской Республики была введена

тривать вопросы о гражданско-правовых последствиях законодательства о конкуренции в том, что касается сторон».

статья, прямо указывающая на возможность разрешения гражданско-правовых споров третейскими судами, однако не хотелось бы повторения этой негативной ситуации¹.

В связи с этим интересно посмотреть на Францию, где в истории развития арбитража также были «качели», когда законодательство о третейских судах качалось от суперлиберального до суперконсервативного.

Так, первым законодательным актом, регулирующим третейское разбирательство во Франции, стал эдикт, изданный Франциском II в 1560 году. Этим законом предписывалось разрешение коммерческих споров принудительно тремя или более, если потребуют обстоятельства, третейскими судьями. Вместе с тем в тот период времени арбитраж не получил широкого распространения.

Ситуация изменилась с принятием Торгового ордонанса, изданного Людовиком XIV в 1673 году. Этот закон устанавливал принудительный третейский суд между коммерсантами. В частности, устанавливалось, что каждый торговый цех должен был иметь в своём уставе положение о том, что все споры между членами данного цеха рассматриваются в третейском суде. При этом при возникновении спора, если сторона уклонялась от назначения арбитра, такое назначение производилось судом. Арбитры должны были судить без всяких формальностей на основании документов, переданных им сторонами. После этого суд утверждал вынесенное решение, даже в том случае, если сторона не участвовала в разбирательстве².

¹ Статья 38 Конституции Кыргызской Республики: «Для внесудебного разрешения споров, возникающих из гражданских правоотношений, граждане Кыргызской Республики вправе учреждать третейские суды. Полномочия, порядок образования и деятельность третейских судов определяются законом».

² Волков А. Ф. Торговые третейские суды, Третейский суд, № 2, 2000. Текст статьи доступен на сайте журнала «Третейский суд» по ссылке: <http://www.arbitrage.spb.ru/jts/2000/2/art10.html>

Первое национальное собрание, созданное после революции 1789 года, заявило в декрете от 24 августа 1790 года, что третейский суд является *«самым рациональным средством окончания споров между гражданами»* и что законодатели не должны *«делать каких-либо распоряжений, которые могли бы уменьшить значение и действительность компромисса»*¹. Знаменитая Декларация прав человека прямо указала, что *«право граждан окончательно разрешать свои споры посредством третейского суда не должно подвергаться никакому посягательству со стороны законодательной власти»*.

Таким образом, французский законодатель того времени считал третейское судопроизводство идеальной формой разрешения спора, и требовал передачи на разрешения третейских судей любых споров, даже споров о наследовании внебрачных детей. При этом считалось, что любой неподготовленный человек может и должен быть третейским судьёй в каком-нибудь споре. Подобное отношение привело к тому, что *«домашний третейский суд... стал самым пагубным из новшеств»*²:

«Судиться даром являлось приманкой; между судьёю и стороной происходила торговля; количество споров росло бесконечно; в дело вмешались грязные люди. Крючкотворство и козни ничем более не обуздывались; страсть судиться овладела гражданами, и во всех уголках Франции происходила юридическая борьба. Не было деревни, не было семьи, для которой не функционировал бы свой суд, свои адвокаты, свои стороны. Заседания происходили обыкновенно в кафе или корчмах. Здесь заключали договоры судья,

¹ Волков А. Ф. Торговые третейские суды, Третейский суд, № 4, 2000. Текст статьи доступен на сайте журнала «Третейский суд» по ссылке: <http://www.arbitrage.spb.ru/jts/2000/4/art04.html>

² Волков А. Ф. Торговые третейские суды, Третейский суд, № 4, 2000. Текст статьи доступен на сайте журнала «Третейский суд» по ссылке: <http://www.arbitrage.spb.ru/jts/2000/4/art04.html>

истец и ответчик, приговоры этих судов влекли за собою глубочайшую ненависть, злобу, вражду и ужасную месть».

В результате утраты доверия к институту третейского разбирательства Гражданский процессуальный кодекс¹, принятый в 1806 году, резко ужесточил требования к арбитражу, побуждая стороны и арбитров соблюдать формы и сроки разбирательств по делу, установленные для государственных судов. Кодекс также требовал, чтобы арбитры выносили решения на основании норм закона².

Таким образом, французское законодательство об арбитраже в тот период времени развивалось довольно противоречиво. Так, например, в 1798 году был введён принудительный арбитраж для товариществ, который был отменён только лишь в 1856 году. В течение достаточно длительного периода времени запрещалась передача на разрешение международного арбитража споров некоммерческого характера.

Также законодательство Франции об арбитраже запрещало заключение арбитражного соглашения в отношении будущих споров. И хотя это правило было отменено во второй половине XX века, и сегодня традицией французского арбитража является подписание так называемого акта о полномочиях арбитров, в котором определяются как арбитры, разрешающие спор, так и поставленные перед ними вопросы³.

Франция стала одной из первых стран Западной Европы, модернизировавшей своё законодательство об арбитраже в 1980-х годах прошлого века. Вначале было изменено законодательство о внутреннем арбитраже, а затем был введён специальный режим применительно к международному арбитражу.

¹ Фр. - Code de procedure civile.

² Волков А. Ф. Торговые третейские суды, Третейский суд, № 1, 2001, стр. 58-59.

³ Эта традиция также нашла своё отражение, в частности, в Арбитражном регламенте ICC.

Декретом от 12 мая 1981 года во Франции стал специальный режим для международного арбитража, при этом статья 1492 Гражданского процессуального кодекса определяла арбитраж как «международный» в случае, если он включал в себя интересы международной торговли, легализуя таким образом определение, ранее принятое кассационным судом (который во Франции является высшей судебной инстанцией)¹. Таким образом, под данное определение попадал достаточно широкий круг споров.

В 1980-1981 годах в рамках реформы Гражданского процессуального кодекса также были внесены изменения, касающиеся арбитража. При этом считалось, что вопросы международного арбитража не должны регулироваться в кодексе, и суды при возникновении вопросов должны были руководствоваться только лишь международными договорами, а также сложившейся судебной практикой².

Таким образом, Франция стала первой страной, которая «денационализовала» международный арбитраж, установив, что вопросы как процедуры арбитражного разбирательства, так и существа спора должны регулироваться прежде всего намерениями сторон, а французское законодательство о внутреннем арбитраже должно применяться только subsidiarily, то есть когда стороны или арбитры решили его применять³.

Что же касается существа спора, то арбитры получили право применять любые нормы права, которые были выбраны сторонами, а при отсутствии таких договорённостей – лю-

¹ «Считается общепринятым, что данное определение включает в себя движение товаров или денег из одной страны в другую, при этом большое значение имеют также другие элементы, такие как национальная принадлежность сторон, место заключения контракта и прочее» - Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, J. Martin, H. Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, (Oxford University Press 2009).

² Emmanuel Gaillard and John Savage (eds), Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, (Kluwer Law International 1999) pp. 63-64.

³ Статья 1495 ГПК Франции.

бые нормы права, которые они посчитают применимыми. При этом в любом случае во внимание должны приниматься торговые обычаи¹.

ГПК Франции также содержал достаточно ограниченный перечень оснований для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения. В частности, такое основание для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного решения, установленное Нью-Йоркской конвенцией, как отмена арбитражного решения в стране его вынесения, отсутствовало в новом ГПК. Отсутствие данного положения позволило исполнить во Франции несколько решений, отмененных в государстве их вынесения.

Франции принадлежит также первенство введения в международный оборот понятия «международный публичный порядок». Новый ГПК установил, что французский суд вправе отказать в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения не в случае нарушения «публичного порядка» (как указано в Нью-Йоркской конвенции), а только «международного публичного порядка»², содержание которого гораздо уже, чем «национальный публичный порядок».

Декретом от 13 января 2011 году во Франции была проведена очередная арбитражная реформа, и положения нового Гражданского процессуального кодекса, касающиеся международного арбитража, были приняты в новой, ещё более либеральной, редакции.

Некоторые из внесённых изменений (например, относительно самостоятельного арбитражного соглашения) узаконили существовавшую до этого судебную практику по вопросам арбитража, некоторые содержали принципиально новые положения.

¹ Статья 1496 ГПК Франции.

² Статья 1502 ГПК Франции.

Во-первых, закон установил очень либеральные требования в отношении формы арбитражного соглашения. Так, нынешний ГПК вообще не устанавливает каких-либо требований относительно формы арбитражного соглашения¹.

Во-вторых, в ГПК остались только два императивных положения, касающихся процедуры арбитражного разбирательства: о том, что арбитры должны гарантировать равенство между сторонами и надлежащее разбирательство².

В-третьих, закон установил, что стороны могут отказаться от обжалования арбитражного решения. Однако, если законодательство Бельгии, Швейцарии и Швеции предоставляет такое право только лишь в случае, если ни одна из сторон не имеет домицилия в стране решения, то ГПК Франции представляет такое право и в случае, если одна из сторон арбитража является французской компанией. Вместе с тем отказ от обжалования не применяется в случае выдачи так называемой экзекватуры³.

Таким образом, законодательство об арбитраже Франции прошло тернистый путь, на котором было много запретов, но, в конечном итоге, эти запреты были сняты, поскольку сформировалась культура арбитража, а также были выработаны иные способы борьбы со злоупотреблениями (например, правила профессиональной этики адвокатов).

Французский опыт следует всегда иметь в виду, когда появляется либеральная идея, поскольку «арбитражные качели» могут качнуться как в одну, так и в другую сторону.

¹ Статья 1507 ГПК Франции.

² То, что именуется в английском языке “due process”.

³ Или, пользуясь привычной терминологией, исполнительного листа.

АРБИТРАЖ ПО НАЛОГОВЫМ СПОРАМ В КЫРГЫЗСТАНЕ: ВОЗМОЖНОЕ РЕШЕНИЕ ИЛИ НАДВИГАЮЩИЙСЯ ПРОВАЛ*

*Алénкина Наталья Борисовна**
Тайчаев Ханнепес Оразнепесович****

В 2019 году в одном из наших блогов мы рассказывали о том, как в Кыргызстане расширяется круг арбитражных споров¹. Эта тенденция получила продолжение после недавней реформы Налогового кодекса, согласно которой с 1 января 2023 года налоговые споры могут рассматриваться в арбитраже². Такое развитие событий отражает усилия

* Статья была опубликована 7 июля 2023 г. на английском языке в Kluwer Arbitration Blog <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/07/07/tax-dispute-arbitration-in-kyrgyzstan-a-potential-cure-or-a-looming-failure/> (доступно 18 сентября 2023 г.)

** Доцент программы международного и бизнес права Американского университета Центральной Азии, член суда Международного арбитражного суда ICC (Париж); с автором можно связаться по электронной почте: alenkina_n@mail.ru

*** Помощник редактора Kluwer Arbitration Blog по Восточной и Центральной Азии; с автором можно связаться по электронной почте: t.hannepes@gmail.com

¹ Alenkina N., Taychayev H. Arbitration in Kyrgyzstan: Evolution and Next Steps Ahead, 22 февраля 2019/ <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/02/22/arbitration-in-kyrgyzstan-evolution-and-next-steps-ahead/> (доступно 18 сентября 2023 г.)

² Налоговый кодекс КР от 18 января 2022 года №3 / <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/112340>; Закон КР от 18 января 2022 года №4 «О введении в действие Налогового кодекса Кыргызской Республики» / <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/112342?cl=ru-ru>

Правительства Кыргызстана по устранению недостатков судебной системы путём передачи функции отправления правосудия по отдельным спорам частным учреждениям. Данный шаг призван устранить предвзятость судебной системы в пользу государства и способствовать повышению прозрачности и беспристрастности при разрешении налоговых споров¹.

В связи с этим возникают как теоретические, так и практические проблемы, связанные с налоговыми спорами и арбитражем. В теоретическом плане вопрос о том, являются ли налоговые споры предметом арбитража, до сих пор остаётся дискуссионным. Налогообложение рассматривается как суверенная прерогатива, представляющая собой поток денежных средств, формирующей жизненную силу всех современных политических коллективов². На практическом уровне могут возникнуть опасения по поводу способности арбитров разобраться в сложном налоговом законодательстве и возможного отсутствия последовательности в арбитражных решениях.

В этой статье представлен обзор основных новелл, введённых новым Налоговым кодексом, проблем, связанных с ними, и потенциальных последствий для арбитража в Кыргызстане в более широком контексте.

Изменения в налоговом законодательстве

В Налоговый кодекс внесено несколько ключевых изменений. Во-первых, налогоплательщики могут оспорить решения налоговых органов как в третейском суде, так и в административном государственном суде. Во-вторых, закон прямо закрепляет согласие налоговых органов на арби-

¹ См. приложение №5 <https://www.gov.kg/ru/npa/s/3287> (доступно 18 сентября 2023 г.)

² L. Mistelis, S. Brekoulakis (eds), *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, 2009, p.179-180.

траж¹. До недавнего времени такое заранее данное согласие на арбитраж в Кыргызстане существовало только в инвестиционном законодательстве². В-третьих, третейский суд, рассматривающий налоговый спор, должен просуществовать не менее 60 месяцев, прежде чем в него можно будет подать иск. Таким образом, данное положение исключает возможность передачи налоговых споров на рассмотрение трибуналам *ad hoc*³.

¹ Интересный нюанс: безоговорочное согласие налоговых органов на арбитраж предусмотрено только в русской версии закона о введении в действие Налогового кодекса и статье 46-1 Закона «О третейских судах в КР». В кыргызской версии указано, что подача иска в суд должна быть одобрена налоговыми органами. Принимая во внимание, что согласно части 3 статьи 6 Закона «О нормативных правовых актах КР», текст закона на государственном (кыргызском) языке является оригиналом, данное несоответствие (допущенное случайно или преднамеренно) только добавляет интригу к судьбе налогового арбитража в Кыргызстане / от 20 июля 2009 года № 241.

² Закон КР от 9 августа 2022 года № 90 «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Кыргызской Республики (в законы Кыргызской Республики «Об инвестициях в Кыргызской Республике», «О третейских судах в Кыргызской Республике»)» / <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/112420?cl=ru-ru>

³ В Кыргызстане в настоящее время зарегистрированы четыре институциональных третейских суда: МТС ТПП КР (создан в 2002 году), Джалал-Абадский областной третейский суд (2013 г.), Центрально-Азиатский арбитражный суд (2015 г.) и Бишкекский международный третейский суд по недрам и коммерции (2019 г.)

Закон устанавливает требование о том, что арбитражное учреждение должно функционировать в течение 60 месяцев, чтобы иметь возможность рассматривать налоговые дела. Если термин «функционирование» интерпретировать как означающий, что арбитражное учреждение должно быть зарегистрировано и существовать, то все четыре учреждения, за исключением Бишкекского международного третейского суда, соответствуют этому требованию. Однако, если «функционирование» подразумевает реальную оперативную деятельность, то, возможно, что только первое учреждение – МТС ТПП КР – будет соответствовать установленным критериям. Это вызывает беспокойство по поводу способности других учреждений эффективно разрешать налоговые споры.

Стоит отметить, что в настоящее время в Кыргызстане не существует требований по аккредитации международных арбитражных учреждений. Следовательно, при едином применении законов, регулирующих как внутренний, так и международный арбитраж, в настоящее время не существует

По мнению депутатов парламента, одной из основных причин таких изменений является заметное увеличение количества исков, подаваемых налогоплательщиками по оспариванию решений ГНС по начислению налогов. Проведённый в 2018 году анализ судебной практики показал, что более 90% судебных решений по заявлениям налогоплательщиков о признании недействительными решений налоговых органов были вынесены в пользу ГНС, зачастую с грубым нарушением налогового законодательства¹. Такой перекоc в результатах вызывает обеспокоенность в справедливости и целостности системы.

Проблемы арбитрабельности налоговых споров в других юрисдикциях и потенциальные проблемы в Кыргызстане

Арбитрабельность публичных споров — сложный вопрос, подходы к решению которого различаются в зависимости от юрисдикции. Во многих странах арбитраж в основном ограничивается гражданскими или частными спорами. Арбитраж налоговых споров является скорее исключением, чем нормой.

В 2011 году Португалия разрешила налоговый арбитраж Декретом-Законом 10/2011². Португальское законодательство не налагает строгих ограничений на арбитрабельность только частных споров³. Закон учредил специ-

правовых барьеров, препятствующих рассмотрению международным арбитражным учреждением налогового спора в соответствии с законодательством Кыргызской Республики.

¹ См. приложение №5 <https://www.gov.kg/ru/npa/s/3287>

² https://www.plmj.com/xms/files/v1_antigos_anteriores_a_abr2019/newsletters/2011/Junho/TAX_ARBITRATION_IN_PORTUGAL.pdf (доступно 18 сентября 2023 г.)

³ José Miguel Júdece The New Portuguese Arbitration is on the Right Track / Spain arbitration review: revista del Club Español del Arbitraje, ISSN 1888-4377, №. 15, 2012, págs. 5-14 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4057808>

альные налоговые арбитражные суды, которые состоят из коллегии профессиональных налоговых арбитров и действуют по индивидуальным процедурам, специально разработанным для публичных споров. Одним из примечательных аспектов португальской модели является включение установленных законом ограничений на объём налоговых споров, подлежащих рассмотрению в арбитраже. Таким образом обеспечивается чёткая и определённая сфера арбитражного процесса.

В Кыргызстане ситуация иная: правовая база вообще не предусматривает арбитрабельности публично-правовых споров. Согласно части 3 статьи 61 Конституции Кыргызской Республики¹, альтернативными методами разрешения споров могут разрешаться только споры, возникающие из гражданских правоотношений. Преодолевая это ограничение, Жогорку Кенеш Кыргызстана изменил характер взаимоотношений между налогоплательщиками и налоговыми органами, включив в часть 7 статьи 1 Налогового кодекса положение о том, что вопросы, связанные с исчислением, уплатой налогов, перечислением в бюджет и взысканием налоговой задолженности, относятся к гражданским правоотношениям².

Несмотря на то, что данное законодательное изменение направлено на расширение круга споров, подлежащих рассмотрению в третейском суде, оно вызывает определённые опасения. В частности, вызывает беспокойство отход от общепринятого понимания отношений между налоговыми органами и налогоплательщиками как относящихся к сфере публичного права. Переклассификация этих отношений указывает на потенциальное стирание границы между частным и публичным правом либо свидетельству-

¹ Конституция Кыргызской Республики, принята 11 апреля 2021 года / <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/112213?cl=ru-ru>

² Налоговый кодекс КР от 18 января 2022 года №3 / <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/112340>

ет о непонимании кыргызскими законодателями данного вопроса.

При определении пригодности спора для арбитража важно учитывать способность сторон к достижению мирового соглашения. В некоторых правовых системах этот критерий играет ключевую роль при определении арбитрабельности споров. Например, согласно статье 1 шведского Закона «Об арбитраже» (1999 г.), арбитражу подлежат только те споры, которые могут быть урегулированы по взаимному согласию сторон¹. Аналогичным образом, в Канаде использование арбитража для разрешения налоговых споров наталкивается на препятствия, связанные с ограниченными полномочиями налоговых органов по урегулированию подобных дел². Это ограничение обусловлено требованием, согласно которому налоги должны начисляться на основе законодательно установленных критериев, а любое отклонение от них считается незаконным. В этой связи отсутствие в Кыргызстане механизма мирного урегулирования споров между налогоплательщиками и налоговыми органами также создаёт проблемы для эффективности новой системы.

Внедрение в Кыргызстане налогового арбитража не является беспрецедентным среди стран бывшего СССР. Например, в 2005 году Грузия уже предпринимала такую попытку. Опыт Грузии даёт представление о дополнительных проблемах, с которыми может столкнуться Кыргызстан.

¹ The Swedish Arbitration Act (SFS 1999:116) https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjx1dKJy_P_AhVNs6QKHazPDMsQFnoECAgQAw&url=https%3A%2F%2Fwww.newyorkconvention.org%2F11165%2Fweb%2Ffiles%2Fdocument%2F1%2F6%2F16329.pdf&usg=AOvVaw2xo4-lk3z_egiL6kDNq9I&opi=89978449

² Chris Jaglowitz. Mediation in Federal Income Tax Disputes, University of Windsor, 1999, https://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/hosted/17454-mediation_tax.pdf#page=4 (доступно 18 сентября 2023 г.)

В то время как статья 164 (1) Налогового кодекса Грузии (2005 г.) предусматривала принцип «*расходы следуют за событием*» для распределения арбитражных расходов, новый Налоговый кодекс Кыргызстана ничего не говорит о распределении расходов на арбитраж¹. Государственная налоговая служба в Кыргызстане освобождена от оплаты судебных издержек в государственных судах². Неясно, будет ли такое же освобождение распространяться на арбитраж.

В отличие от Грузии, в Кыргызстане отсутствует процедура отмены (*set aside*) решений третейских судов. Отсутствие такой процедуры лишает проигравшую сторону права оспорить решение, если в ходе третейского разбирательства были допущены нарушения. Единственная возможность заявить о таких нарушениях появляется в ходе исполнения арбитражного решения выигравшей стороной, однако не все арбитражные решения требуют принудительного исполнения.

Грузинский подход столкнулся с теми же проблемами, которые можно наблюдать и в новом Налоговом кодексе Кыргызстана³. Среди них – игнорирование частноправовой природы арбитража и отсутствие у налогового органа полномочий по урегулированию споров. В конечном итоге грузинский эксперимент не удался. Положение, разрешающее налоговый арбитраж, было отменено всего через четыре месяца после введения. За это время в арбитраже было рассмотрено всего три налоговых спора⁴.

¹ <https://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/arch/geo/TCE.pdf#page=93> (доступно 18 сентября 2023 г.)

² Кодекс КР «О неналоговых доходах» от 10 августа 2018 года № 90, ст. 141(17), <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111820>

³ Горадзе Г. Частный арбитраж в урегулировании налоговых споров / Третейский суд, №5, 2007 / [http://arbitrage.spb.ru/jts/2007/content5\(53\).html](http://arbitrage.spb.ru/jts/2007/content5(53).html) (доступно 18 сентября 2023 г.)

⁴ Там же.

Потенциальные последствия для арбитража в Кыргызстане

Неадекватное внедрение налогового арбитража в Кыргызстане представляет собой риск для успеха этой инициативы.

Парадоксально, но, несмотря на первоначальный скептицизм в отношении подхода Кыргызстана к устранению недостатков судебной системы с помощью арбитража, важно признать потенциальные положительные последствия, которые он несёт для развития арбитража в стране. Правительство развернуло кампанию¹, которая позиционирует арбитраж как эффективный способ разрешения налоговых споров и подчёркивает, что налоги - это вопрос, волнующий всех граждан. Повышенный общественный резонанс способен повысить интерес и осведомлённость населения об арбитраже как об эффективном механизме разрешения споров, что может послужить катализатором позитивных реформ в системе третейского разбирательства.

Заключительные замечания

Перспективы успеха кыргызского эксперимента с налоговым арбитражем остаются неясными. На сегодняшний день существуют несколько потенциальных подводных камней, которые могут поставить под угрозу его эффективность и результаты. Вдохновляясь словами Хосе Мигеля Худиса², попытку Кыргызстана решить проблемы судебной системы путём передачи их на аутсорсинг частным арбитражным институтам можно метафорически сравнить со вступлением во второй брак, когда надежда, несмотря на прошлый опыт, берёт верх. Проведение данной реформы обусловлено острым кризисом судебной системы, в частности, в сфере

¹ О создании новых возможностей рассмотрения налоговых споров в досудебной и судебной стадиях / <https://mineconom.gov.kg/ru/post/6069>

² José Miguel The New Portuguese Arbitration Law, ASA Bulletin, Volume 30, No. 1, 2012, p.12.

разрешения налоговых споров. Однако к подобным реформам следует подходить с осторожностью, поскольку популистские эксперименты, не имеющие экономического обоснования и прочной теоретической базы, могут подорвать доверие общества к арбитражу. Тщательный анализ долгосрочных последствий и проведение реформ, основанных на прочных принципах, необходимы для обеспечения эффективности и доверия к арбитражному процессу.

НЕОБХОДИМ ЛИ МЕХАНИЗМ ПЕРЕСМОТРА ПО ВНОВЬ ОТКРЫВШИМСЯ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАМ В АРБИТРАЖЕ?

*Сабиров Нурбек Нурканович**

Институт арбитража, включая отношение общества и практикующих юристов к данному институту, находятся на этапе своего развития в Кыргызской Республике. Не секрет, что есть критика в отношении арбитража в части окончательности его решения. К примеру, а как быть, если после вынесения решения выяснились существенные для дела обстоятельства, которые могли повлиять на исход дела?

При рассмотрении данной тематики, очень важно отделить два вопроса:

- Допускает ли действующее законодательство, регламент арбитражного разбирательства возможность пересмотра дела по вновь открывшимся обстоятельствам?
- Необходим ли механизм пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам в арбитраже?

Это два разных вопроса. В рамках данной статьи планируется рассмотреть более концептуальный вопрос: в целом необходим ли такой институт в арбитраже или нет? Дело в том, что первый вопрос – решаемый. В том плане, что, если

* Партнёр юридической фирмы Kalikova&Associates, магистр права (LL.M, Университет Цинциннати, США); с автором можно связаться по электронной почте: nsabirov@ka.legal

даже закон содержит нормы, запрещающие или препятствующие этому, его можно изменить. То же самое с регламентом арбитражного разбирательства. Другим словами, гораздо важнее разобраться в целом, нужен ли такой механизм в арбитраже или нет.

Однако для целей дискуссии, я хотел бы коротко остановиться на вопросе о том, что наличие в законе нормы об окончательности арбитражного решения не является ограничением внедрения механизма по пересмотру дела по вновь открывшимся обстоятельствам, и далее уже рассмотреть основной вопрос.

1. Норма закона об окончательности арбитражного решения не является ограничением внедрения механизма по пересмотру дела по вновь открывшимся обстоятельствам.

Закон КР «О третейских судах в Кыргызской Республике» от 30 июля 2002 года предусматривает, что решение третейского суда является окончательным и обжалованию не подлежит¹. Однако данная норма об окончательности и невозможности обжалования арбитражного решения не ограничивает пересмотр дела в третейском суде, а выполняет совершенно иную функцию (исключение обжалования в государственный суд по существу).

Для разрешения данного вопроса целесообразно обратиться к Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (далее – «Типовой закон ЮНСИТРАЛ»), как к базовому документу, который преследует цель гармонизации и совершенствования национальных законов² и может

¹ Статья 28 Закона КР «О третейских судах в Кыргызской Республике».

² Генеральная Ассамблея ООН в своей резолюции 40/72 от 11 декабря 1985 года рекомендовала «всем государствам должным образом принимать во внимание Типовой закон о международном торговом арбитраже, имея

быть применим не только к международному арбитражу, но и к внутреннему третейскому разбирательству¹.

(а) Статья 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ устанавливает, что обжалование в суде арбитражного решения может быть произведено только путём подачи ходатайства об отмене по определённым основаниям. Здесь уместно процитировать Пояснительную записку к Типовому закону ЮНСИТРАЛ²:

«Статья 34 предусматривает возможность обращения только в суд (то есть в орган судебной системы государства). Вместе с тем стороне не запрещено обращаться в арбитражный суд второй инстанции, если такая возможность была согласована сторонами (как это обычно имеет место в некоторых товарных сделках)».

(б) Как показывает практика применения Типового закона ЮНСИТРАЛ в различных юрисдикциях, принцип окончательности арбитражного решения установлен для государственных судов:

«Суды постоянно подчёркивали, что окончательность решений (арбитражных) была одной из основных целей Модельного закона и соответствующих национальных законов, основанных на нём, поэтому решения (арбитража) не могут быть отменены (государственным судом) легко. Таким образом, считалось, что целью соответствующего

в виду желательность единообразия закона о процедурах арбитража и конкретные потребности практики международного торгового арбитража”.

¹ Хотя Типовой закон разрабатывался применительно к международному торговому арбитражу, он предусматривает свод общих правил, которые сами по себе приемлемы для любого другого вида арбитража. В этой связи государства могут счесть целесообразным распространить действие Типового закона и на внутренние споры, как это уже сделали некоторые принимающие Типовой закон государства (Пункт 10 Пояснительной записки Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже 1985 года с изменениями, принятыми в 2006 году).

² Пункт 45 Пояснительной записки Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже 1985 года с изменениями, принятыми в 2006 году.

стандарта для рассмотрения арбитражного решения, согласно статье 34, было сохранить автономию арбитражного разбирательства и минимизация судебного вмешательства».¹

(в) То есть окончательность арбитражного решения установлена для государственных судов в целях минимизации их вмешательства в арбитражное решение по существу:

«Окончателность решения (арбитражного) и принцип res judicata рассматриваются как элемент публичного порядка. Когда стороны согласовали повторно провести арбитраж по спору для того, чтобы привлечь третью сторону к разбирательству, это не нарушает публичный порядок и принцип окончательности в арбитраже для целей принудительного исполнения арбитражного решения, вынесенного во втором разбирательстве, поскольку сторона, которая выиграла первый арбитраж, отказалась от каких-либо прав, вытекающих из первого решения (арбитражного), передав спор второму арбитражу».²

Таким образом, норма Закона о третейских судах об окончательности и невозможности обжалования арбитражного решения:

- исключает обжалование в государственный суд, но не пересмотр дела в третейском суде, и если стороны выбирают пересмотр дела в третейском суде, это не является нарушением принципа окончательности арбитражного решения;
- не регулирует порядок третейского разбирательства, а определяет статус арбитражного решения для государственных судов в рамках осуществления ими соответствующего судебного контроля. В свою очередь, третей-

¹ Сборник прецедентного права по Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже, 2012, стр. 139-140, пункт 24.

² Сборник прецедентного права по Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже, 2012, стр. 184, пункт 56.

ское разбирательство и его этапы могут быть определены соглашением сторон, и многочисленные нормы Закона о ТС это подтверждают¹.

Здесь хотелось бы добавить, что, к примеру, Регламент МТС ТПП² не предусматривает пересмотр дела по вновь открывшимся обстоятельствам. Регламент МТС ТПП устанавливает два важных принципа о том, что порядок разрешения споров определяется Регламентом МТС ТПП³, и, если стороны передают спор на разрешение МТС ТПП, значит, они соглашаются с Регламентом МТС ТПП⁴. В свою очередь, Регла-

¹ Статья 4 Закона КР «О третейских судах в Кыргызской Республике»:

«1. Порядок образования и деятельности разового третейского суда определяется соглашением сторон, а в части, не урегулированной соглашением сторон, - настоящим Законом.

2. Деятельность постоянно действующих третейских судов регулируется применимыми правилами, а в части, не урегулированной применимыми правилами, - законодательством Кыргызской Республики».

Статья 6 Закона КР «О третейских судах в Кыргызской Республике»:

«Третейский суд осуществляет разбирательство по правилам, указанным в третейском соглашении, а в случае отсутствия такого указания - по правилам, выбранным либо установленным самим третейским судом».

Статья 16 Закона КР «О третейских судах в Кыргызской Республике»:

«1. В разовом третейском суде стороны могут по своему усмотрению определить порядок третейского разбирательства. Если сторонами этот порядок не определён, третейский суд самостоятельно определяет его в соответствии с настоящим Законом.

2. Порядок третейского разбирательства постоянно действующим третейским судом осуществляется по применимым правилам этого третейского суда, если иное не установлено соглашением сторон».

² Международный Третейский суд при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики.

³ Пункт 2.7. статьи 2 Регламента МТС ТПП: «Порядок разрешения споров третейским судом определяется настоящим Регламентом либо иным Регламентом МТС ТПП. До обращения в МТС ТПП стороны вправе договориться, что спор будет рассматриваться в МТС ТПП в соответствии с действующим Регламентом ЮНСИТРАЛ».

⁴ Пункт 3.5. статьи 3 Регламента МТС ТПП: «Заключение сторонами третейского соглашения о передаче спора на разрешение в МТС ТПП означает со-

мент МТС ТПП устанавливает определённый приоритет, то есть его положения не могут быть изменены соглашением сторон, за исключением диспозитивных положений Регламента МТС ТПП¹. Следовательно, наличие или отсутствие полномочий третейского суда прежде всего подлежит анализу с точки зрения Регламента МТС ТПП, который не предусматривает пересмотра дела по вновь открывшимся обстоятельствам.

2. Необходим ли механизм пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам в арбитраже?

На мой взгляд, институт пересмотра дела по вновь открывшимся обстоятельствам является излишним для арбитража в силу следующих причин.

(а) Разные цели и задачи

Производство по вновь открывшимся обстоятельствам – это одна из форм проверки законности и обоснованности судебных актов, вступивших в законную силу, целью которой является проверка правильности вынесенного судом акта в свете вновь открывшихся или новых обстоятельств².

Вышеуказанная цель проистекает из основной цели гражданского судопроизводства - защита нарушенных или оспа-

гласие сторон с настоящим Регламентом, его дополнениями и изменениями, действующими на момент подачи искового заявления».

¹ К примеру, статьи 13.4, 15, 16.1., 25.1, 26.1. Регламента МТС ТПП.

² Проект постановления Верховного суда КР «О порядке рассмотрения заявлений о пересмотре судебных актов по вновь открывшимся и новым обстоятельствам по административным, гражданским и экономическим делам».

<http://sot.kg/post/postanovlenie-plenuma-verhovnogo-suda-kyrgyzskoj-respubliki-o-poryadke-rassmotreniya-zayavlenij-o-peresmotre-sudebnyh-aktov-po-vnov-otkryvshimsya-i-novym-obstoyatelstvam-po-administrativnym-grazhdansk>

риваемых прав, свобод и охраняемых законом интересов лиц, охрана общественных интересов. Гражданское судопроизводство должно обеспечивать правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел, вынесение законных судебных актов, их исполнение, способствовать укреплению законности, правопорядка и предупреждению правонарушений¹.

Таким образом, суд и судопроизводство преследуют глобальные цели на уровне государства, такие как охрана общественных интересов, укрепление законности, правопорядка, предупреждение правонарушений и т. д. Эти цели достигаются в том числе за счёт проверки законности и обоснованности судебных актов путём обжалования в вышестоящие инстанции, а также пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам.

Другими словами, пересмотр дела по вновь открывшимся обстоятельствам является одним из инструментов для достижения глобальных целей гражданского судопроизводства.

В свою очередь, третейский суд имеет более специфическую цель. Он создаётся для внесудебного разрешения споров, возникающих из гражданских правоотношений². Соответственно, третейский суд на основании имеющихся доказательств, приведённых сторонами доводов и применимого права разрешает спор. То есть мандат третейского суда строго ограничен, так как после рассмотрения дела его мандат действует на короткий срок для строго определённых целей (вынесение дополнительного решения, разъяснение решения, исправление ошибок),³ после истечения которого мандат третейского суда прекращает своё действие.

Таким образом, в силу специфики самой природы третейского суда, его целей и задач, институт пересмотра дела по

¹ Статья 3 ГПК КР.

² Часть 3 статьи 63 Конституции КР.

³ Статья 32-34 Закона КР «О третейских судах в Кыргызской Республике».

вновь открывшимся обстоятельствам представляется излишним, нежели органично встраиваемым в систему арбитражного разбирательства.

(б) Состязательность и равное отношение

Само арбитражное разбирательство основано на принципах состязательности и равенства¹.

Арбитражное разбирательство не является инквизиционным процессом, где суд активно принимает участие в расследовании фактов и обстоятельств. Наоборот, это состязательный процесс. В свою очередь, это требует от сторон надлежащей подготовки к разбирательству, поиска и сбора доказательств, установления всех обстоятельств, имеющих значение для рассмотрения дела, и т. д.

Соответственно, если какая-либо из сторон ненадлежащим образом подготовилась к разбирательству, то именно такая сторона несёт все риски, связанные с этим.

Принцип отказа от права на возражение² - яркий пример того, что на стороны возлагается ответственность за под-

¹ Преамбула Закона о третейских судах:

«Основными принципами третейского разбирательства являются равенство сторон перед законом и третейским судом, состязательность и обязательность исполнения решения третейского суда».

Статья 18 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже:

«Сторонам обеспечивается равное отношение, и каждой стороне должны быть предоставлены все возможности для изложения своей позиции».

² Статья 15 Закона о третейских судах:

«Если сторона, которая знала или должна была знать о том, что какие-либо положения настоящего Закона или третейского соглашения, применяемые по усмотрению сторон, не были соблюдены, в установленные сроки, а когда они не указаны - в разумные сроки, не заявила возражений против такого несоблюдения и продолжала участвовать в третейском разбирательстве, то она в будущем лишается права заявлять такое возражение».

готовку к разбирательству, за надлежащую защиту своих интересов. В свою очередь, в гражданском судопроизводстве отсутствует такой принцип и, более того, допущенные нарушения могут быть основанием для отмены судебного акта вышестоящими судебными инстанциями¹.

Следует отметить, что могут быть диспуты относительно того, что не все участники третейского разбирательства могут позволить привлечь к делу профессиональных юристов для представления своих интересов, соответственно, должна быть возможность для пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам дела, рассмотренного третейским судом. Однако это другая проблематика и инструменты её решения находятся в другой плоскости. То есть, если существуют категории и виды споров, где одна из сторон может быть уязвимой в финансовом отношении по сравнению с другой стороной и, соответственно, не сможет оплатить арбитражные расходы, нанять себе юристов и как следствие не сможет эффективно и надлежащим образом защитить свои интересы в арбитраже, то такая проблематика решается за счёт определения перечня неарбитрабельных споров (но не путём внедрения механизма пересмотра дела по вновь открывшимся обстоятельствам). То есть законодатель может определить категорию и виды споров, которые не могут быть переданы на рассмотрение в третейские суды, соответственно, они подведомственны государственным судам.

Резюмируя, следует отметить, что арбитражное разбирательство путём вынесения решений, которые не могут быть пересмотрены по вновь открывшимся обстоятельствам, не подлежат обжалованию по существу в государственном суде, способствует стабильности гражданского оборота. Ведь разрешив спор в арбитраже, участники данного разбирательства, а также другие субъекты, которые вступают

¹ Статьи 339, 341, 368 ГПК КР.

с ними в гражданские правоотношения, исходят из того факта, что спор был разрешён. Соответственно, страница перевёрнута и жизнь продолжается.

Конечно, могут быть доводы, что, к примеру, арбитражное разбирательство в Международном центре по разрешению инвестиционных споров (далее - МЦУИС) предусматривает пересмотр дела по вновь открывшимся обстоятельствам¹. Однако в МЦУИС есть свои особенности, которые оправдывают наличие такого института:

- Отсутствует судебный контроль над решением трибунала, которое подлежит исполнению государствами-участниками данной конвенции так же, как если бы это было окончательное решение судебного органа этого государства².
- В МЦУИС, как правило, рассматривается вопрос о международной правовой ответственности государства, то есть суверена. В делах такого уровня, когда речь идёт об ответственности целой нации, естественно, предъявляются повышенные требования в целях исключения принятия необоснованного решения.

Вопрос пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам неизбежно вызывает вопрос о пересмотре решения арбитража путём апелляции. Хотелось бы отметить, что

¹ Статья 51 (1) Вашингтонской конвенции 1965 года о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами:

«Каждая из сторон может потребовать изменения решения путём письменного заявления, направляемого Генеральному секретарю, в случае, если ей стало известно о новых фактах, которые могли бы оказать существенное влияние на решение Арбитража, при условии, что эти факты не были известны Арбитражу и заявителю в момент вынесения решения, а также если незнание заявителя о таких фактах не являлось результатом его небрежности».

² Статья 53 и 54 Вашингтонской конвенции 1965 года о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами.

апелляционное обжалование арбитражного решения в третейском суде может быть реализовано в определённом формате (исключая злоупотребление) и при наличии согласия сторон. Но это предмет другой дискуссии и другой статьи, которая ранее была мною опубликована¹.

¹ См.: Сабиров Н. Перспективы внедрения института апелляции в третейском разбирательстве / Третейское разбирательство в Кыргызской Республике: современные вызовы и пути решения. – Б.: Турар, 2020, с.8-33.

НЕМНОГО ОБ ЭТИКЕ И НЕ ТОЛЬКО...

*Асель Шербото**

Любая профессиональная деятельность регулируется не только правовыми, но и этическими нормами. Следовательно, с некоторыми оговорками, применительно к каждой профессии можно говорить о наличии профессиональной этики. При этом есть профессии, которые в силу своей специфики требуют принятия специальных деонтологических норм. Безусловно, что профессия юриста относится к такому, и понимание этого возникло далеко не сегодня, так, вопросы этики в юриспруденции поднимались ещё в Древнем Риме¹. И это вполне оправданно, учитывая, что деятельность юриста направлена на укрепление правопорядка и законности, служит укреплению авторитета права как такового. В большинстве стран мира и на международном уровне уделяется особое внимание деонтологии юридических профессий.

В сфере международного коммерческого арбитража вопросы профессиональной этики также занимают существенную часть регламентирующих норм, как, например, The IBA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes², IBA

* Арбитр МТС ТПП; с автором можно связаться по электронной почте: aselsherboto@yahoo.com

¹ Макаров С. Ю. Вечность проблем адвокатской этики на примере деятельности адвокатов Древнего Рима // Адвокатская практика. 2010 г.

² <https://www.americanbar.org>

Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration¹
и т. д.

1 апреля 2022 года решением Наблюдательного совета Международного третейского суда при ТПП КР был создан Комитет по этике Международного Третейского суда. Были утверждены Положение о Комитете по этике МТС ТПП и Кодекс профессиональной этики арбитра МТС ТПП², на основании которых и начал свою деятельность Комитет по этике.

Создание Комитета стало естественным шагом в эволюции третейского суда, что обусловлено высокими ожиданиями от деятельности института как со стороны клиентов, так и самого третейского суда. Как известно, статус арбитра третейского суда зиждется прежде всего на его репутации и профессионализме, и создание механизма саморегуляции в виде Комитета является важным элементом нашей профессиональной деятельности и маркером зрелости института.

Кодекс устанавливает правила поведения, определяет принципы и стандарты профессиональной этики. Примечательно, что Кодекс обязателен к применению не только арбитрами, входящими в список арбитров МТС ТПП, но также арбитрами *ad hoc*, в том числе и не находящимися в списке, осуществляющими разбирательство согласно применимым правилам МТС, а также лицами, осуществляющими функции арбитров в составе Малого жюри, избранными сторонами из числа лиц, не находящихся в списке, при реализации своих обязанностей в процессе урегулирования споров.

Комитет осуществляет деятельность по оценке соответствия общепризнанным этическим нормам и Кодексу дей-

¹ <https://www.ibanet.org>

² Утверждены решением Наблюдательного совета Международного Третейского суда при ТПП КР. Протокол № 60 от 1 апреля 2022 года (в редакции от 16 сентября 2022 года).

ствий/бездействий арбитров при выполнении ими своих профессиональных обязанностей в ходе участия в третейском разбирательстве.

Думается, что в рамках настоящей публикации нет необходимости подробно пересказывать все нормы Кодекса и Положения, так как эти документы есть в общем доступе на сайте МТС ТПП¹.

Гораздо важнее остановиться на тех моментах, которые требуют, как оказалось исходя из практики деятельности Комитета, некоторого разъяснения. И прежде всего, остановимся на том, в каких случаях Комитет не может принимать к рассмотрению жалобы сторон.

Комитет не рассматривает жалобы в следующих случаях:

- 1. Жалоба подана на основании сведений, основанных на действиях (бездействии) арбитра, если они не связаны с исполнением им профессиональных обязанностей арбитра.*

Например, не могут являться предметом рассмотрения Комитета вопросы в сфере семейных отношений (родители-дети, супруги), вопросы уплаты алиментов, бытовые конфликты, личные долговые обязательства арбитра (если только это не является рычагом давления при исполнении им функций арбитра) и т. п.

Все арбитры ведут активную профессиональную деятельность вне стен МТС, занимаются бизнесом и множеством проектов, имеют огромное количество личных коммуникаций, могут являться кредиторами и заёмщиками, имеют разного рода личные обязательства, что не может быть предметом рассмотрения в рамках деятельности Комитета, даже несмотря на то, что, по мнению заявителя, это свидетельствует о его некоем моральном облике. Это кажется очевидным, но история деятельности Комитета включает

¹ http://arbitr.kg/web/index.php?act=view_cat&id=17

в себя и такие жалобы. И этот факт, как мне видится, свидетельствует о том, что добровольно возлагая на себя полномочия принимать решения, окончательно определяющие судьбы спорных правоотношений, а значит, де-факто функции судьи, каждый из нас берёт на себя некие дополнительные ограничения в поведении и вне деятельности арбитража, включая, но не ограничиваясь, стремлением избегать, по возможности, любых репутационных рисков.

- 2. При наличии решения Комитета по спору между теми же участниками по тому же предмету и основанию.*

Думается, что данный пункт – это классический случай оснований для отказа, понятный не только для юридического сообщества.

- 3. В случае истечения одного календарного месяца, с момента, когда соответствующей стороне стали известными обстоятельства нарушения арбитром профессиональной этики.*

Представляется, что установленный месячный срок для подачи жалобы коррелируется с положениями о сохранении статуса арбитра по делу в течение 60 дней с момента вынесения решения по делу, чтобы подача и рассмотрение жалобы находились в этих временных рамках. К тому же, важное значение имеет и возможность для всех сторон воссоздания всех обстоятельств дела доподлинно и сбора заявителем необходимых доказательств.

- 4. В случае, когда жалоба подана по предмету, затрагивающему существо третейского разбирательства по делу.*

Данный случай является наиболее распространённым заблуждением заявителей. По всей видимости, в некоторых случаях проигравшая спор сторона рассматривает Комитет, как некую инстанцию, которая может пересмотреть или

инициировать пересмотр решения. Но важно напомнить, что Комитет ни в коей мере не может и не должен влиять на решение арбитра по существу спора. Арбитр является лицом процессуально независимым и только он несёт бремя вынесения решения.

Например, сторона, против которой вынесено решение, считает, что этот факт непременно свидетельствует о том, что другая сторона и арбитр состояли в сговоре, а значит, решение незаконное. Между тем, на практике большинство разбирательств завершаются выигрышем одной и проигрышем другой, недовольной таким решением, стороны.

5. *В случае, когда жалоба была ранее подана с нарушением правил, установленных в Положении, возвращена заявителю для приведения в соответствие, но, тем не менее, при повторной её подаче, жалоба вновь не соответствует требованиям п. 5.2. Положения.*

Согласно пункту 5.2. Положения, жалоба может быть подана на государственном или официальном языках в трёх экземплярах и должна содержать:

- фамилию, имя, отчество, контактную информацию заявителя или надлежащим образом уполномоченного представителя;
- описание конкретных действий (бездействии) арбитра, в которых, по мнению заявителя, выразилось нарушение им профессиональной этики;
- обстоятельства, на которых заявитель основывает свою жалобу с обязательным приложением надлежащих доказательств, подтверждающих эти обстоятельства.

Жалоба, не соответствующая требованиям, указанным в пункте 5.2., возвращается заявителю для приведения её в соответствие.

Эта норма имеет большое значение, так как весьма часто заявители не считают необходимым соблюдать указанные требования. Между тем, во-первых, за каждой поданной жалобой стоят люди - это и секретариат МТС, и члены Комитета, и такой весьма ценный ресурс, как их время. Во-вторых, Комитет не имеет доступа к делам, находящимся в производстве либо в архиве МТС ТПП, в том числе к делу, по которому поступила жалоба. Комитет не имеет полномочий даже запрашивать материалы дела. Следовательно, именно заявитель, будучи заинтересованной стороной, должен не просто сослаться на решение или какие-то обстоятельства, имевшие место в ходе слушаний, а подкрепить заявление соответствующими доказательствами. Например, приложить решение, видео- или аудиозапись слушания, документы, которые бы подтверждали указанные в заявлении обстоятельства. В противном случае Комитет возвращает жалобу без рассмотрения. При этом необходимо помнить про месячный срок для подачи жалобы, так как возврат жалобы по вышеуказанным обстоятельствам не прерывает установленный срок, поскольку заявитель по собственному усмотрению не приложил доказательства и не выполнил требования Положения. В случае же, когда и повторная подача жалобы произведена с нарушением п. 5.2. Положения, она не подлежит рассмотрению вовсе.

Если же жалоба была подана с соблюдением всех требований и нет обстоятельств, исключающих её принятие, то Комитет принимает её к рассмотрению и имеет право:

- пригласить стороны (заявителя и арбитра) на заседание Комитета;
- запросить у заявителя дополнительные документы и/или информацию;
- предложить арбитра (арбитрам) представить письменный отзыв на жалобу;

- рассмотреть поступившие документы без участия сторон.

Если заявитель в установленные Комитетом сроки не предоставит дополнительно запрошенные документы или информацию, то это не будет являться препятствием для принятия Комитетом решения по жалобе. Арбитр также может по собственному желанию предоставить отзыв на жалобу, который будет рассмотрен Комитетом.

По результатам рассмотрения жалобы Комитет выносит решение в форме постановления:

- подтверждающее нарушение арбитром общепринятых этическим норм и Кодекса;
- о прекращении рассмотрения жалобы в случае её необоснованности.

В случае, если Комитет находит, что арбитр действительно допустил нарушение этических норм и положений Кодекса, то к арбитру могут быть применены следующие меры воздействия:

- замечание;
- предупреждение;
- рекомендация Наблюдательному совету МТС ТПП об исключении арбитра из Списка арбитров МТС.

Думаю, все согласятся, что работа в Комитете не только ответственна, но и весьма сложна: чтобы давать оценку действиям коллег, необходимо, чтобы собственный нравственный компас показывал строго на север. Тем более в условиях, когда нельзя ни в каких кодексах прописать в виде чётких правил все этические стандарты, так как жизнь намного сложнее и шире наших представлений, а многое будет уточняться уже в дисциплинарной практике и в каждом конкретном случае, что в ходе деятельности Комитета и происходит. И если говорить о практике, то, повторюсь, что

львиная доля всех жалоб поступает в Комитет именно по существу спора, от стороны, проигравшей спор. Между тем очень важно не допустить, чтобы деятельность Комитета могла каким-либо образом влиять на ход, а тем более на исход дела, превратиться в инструмент давления или необоснованного влияния на репутацию как отдельного арбитра, так и института в целом.

Разрешение спора в третейском суде требует от всех сторон высокой этики отношений, и это касается не только арбитров, требования к которым в принципе высоки, но и к сторонам и их представителям. Необходимо понимание того, что стороны добровольно приняли решение о том, что спор будет разрешен на площадке, где нет механизмов государственного принуждения, а есть добрая воля и стремление всех участников к законному и обоснованному разрешению спорного правоотношения. Соответственно, обращаясь в третейский суд, участники правоотношений должны способствовать скорому и законному разрешению спора, не допуская злоупотребления правом, быть открытыми и активно отстаивать свою позицию, своевременно и должным образом приводя доказательства. При этом, по сложившейся мировой практике, позиция арбитра может и не быть столь активной, как по аналогии с государственными судами ожидают от него стороны, так как именно на стороны возложена обязанность доказывать свои доводы, а арбитр на основании приведённых доказательств оценит, проведёт анализ и примет окончательное решение. Безусловно, арбитр для исполнения столь ответственной миссии обязан обладать рядом качеств, которые позволят ему, вкупе с его образованием, профессиональными знаниями и опытом, вынести законное и обоснованное решение.

Надо признать, что принятие любых юридических решений требует большого напряжения моральных сил, мобилизации опыта и знаний, глубокого понимания степени ответственности. Арбитр же в своей деятельности, принимая,

как в ходе разбирательства, так и при его завершении, весьма важные для сторон решения, должен не просто придерживаться общепринятых этических норм, как, например, быть вежливым, а владеть целой системой разрешающих, обязывающих, запрещающих и рекомендательных норм. Так, культура речи, конфликтологическая компетентность, коммуникативная культура, этическая культура, психологическая культура, культура морали и нравственности, эстетическая культура являются составными частями юридической деонтологии. И исходя из этого, можно сказать, что арбитр, рассматривая каждое дело, должен стремиться:

- (1) создать доверительную атмосферу, оказывая успешное воздействие на стороны, организовать эффективное разбирательство посредством коммуникативной культуры;
- (2) минимизировать деструктивные формы уже возникшего конфликта (спора) посредством конфликтологической компетентности;
- (3) учитывая особенности собственной психики и психики сторон и их представителей, суметь достичь самоконтроля и взаимодействия участников разбирательства посредством психологической культуры;
- (4) вести разбирательство высокопрофессионально, проявляя это как вербально через культуру речи, так и не вербально через эстетическую культуру (интонация, мимика, жесты, умение слушать и слышать, взгляд, внешний вид и т. п.);
- (5) руководствоваться, в том числе, принятыми системами моральных и нравственных требований, норм этики;
- (6) своевременно, грамотно и эстетично оформлять все документы и т. д.

Деятельность судей государственных судов в этом отношении более регламентирована и, так сказать, каждодневна, что, вероятно, значительно упрощает выработку поведенческих паттернов. Да и в целом в государственных судах есть действенные механизмы, вынуждающие всех участников процесса соблюдать определённые нормы поведения. Например, не позволяющие проявлять неуважение к суду, срывать заседания и вести себя некорректно. К сожалению, в практике третейского суда нередко сталкиваемся с ситуацией, когда поведение какой-либо стороны или представителя стороны далеко от профессиональной этики. Понятно, что арбитр не обладает властными полномочиями, но, думаю, что стороны должны понимать и принимать тот факт, что арбитр наделён их доверием и является лицом, обладающим процессуальной независимостью. Между тем случается, что одна из сторон в процессе придерживаются чрезмерно эмоциональной, а порой и провокативной линии поведения, что значительно повышает градус конфликтности.

В этом контексте насущной видится необходимость проработки механизмов ответственности не только арбитров, но и сторон. И, как мне кажется, можно ожидать, что следующим шагом в деонтологической саморегуляции третейского арбитража в Кыргызстане должно быть принятие Кодекса этики для сторон и их представителей, тем более что мировая практика уже в этом вопросе довольно обширна, взять, например, *General Guidelines for the Parties' Legal Representatives (Annex to the LCIA Rules)*¹, *IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration*² и т. д. В противном случае арбитры будут подвержены неприемлемому риску стать заложниками ситуации, когда любой участник разбирательства может срывать слушания, провоцировать

¹ https://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx

² <https://www.ibanet.org/MediaHandler>

и вынуждать арбитра выступать уже стороной конфликта, а в последующем подать жалобу в тот же Комитет. Способствовать в урегулировании таких моментов можно посредством сотрудничества третейского суда с профессиональными сообществами адвокатов, которые имеют собственные механизмы воздействия на своих членов, создания совместных обучающих площадок и т. п. В конечном счёте все мы являемся представителями единого юридического сообщества, коллегами, которые не должны допускать поведения, наносящего ущерб отправлению правосудия.

МЕЖДУНАРОДНЫЙ АРБИТРАЖ: ОСОБЕННОСТИ В ПОДХОДАХ К ИСТРЕБОВАНИЮ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В РАЗЛИЧНЫХ СИСТЕМАХ ПРАВА И ПРЕДЛАГАЕМЫЕ ПУТИ РЕШЕНИЯ

*Орузбаев Айдар Болотбекович**

Я на протяжении более десяти лет веду практику в сфере международного арбитража и неоднократно сталкивался с различными проблемами допустимости доказательств, методов их истребования и различными подходами в их предоставлении, применяемыми как международными институциональными арбитражами, так и арбитражами *ad hoc*. Данная статья основана скорее на личном опыте, а уже потом на доктринальных исследованиях и мнениях зарубежных коллег.

Самый первый большой кейс, над которым я лично работал, был подан бывшим инвестором на Правительство Кыргызской Республики после событий апрельской революции 2010 года. Стоит ли говорить о том, что юристы, нанятые стороной инвестора, были обучены и вели свою практику в стране с системой общего права, характеризующейся тем, что источником права в ней признаётся судебный прецедент. Как следствие, подход к предоставлению и раскрытию доказательств, предложенных стороной инвестора, также

* Арбитр МТС ТПП, юрист, глава арбитражной практики юридической фирмы «Акстон»; с автором можно связаться по электронной почте: oguzbaev.law@gmail.com

был более широким, чем мы привыкли в нашей правовой системе. Наша команда представляла интересы правительства в данном споре, и с самого начала мы столкнулись с множеством трудностей как раз в части предоставления информации, запрашиваемой представителями истца.

Исходя из своего профессионального опыта, сразу могу сказать, что предмет запросов в таких ситуациях может быть очень объёмным, как и было в рассматриваемом кейсе. Например, юристы истца настаивали, среди прочего, на предоставлении документов, которые имелись только у генеральной прокуратуры Кыргызской Республики. Понятно, что многие из этих документов носили гриф секретности, и имелись в распоряжении у последней в рамках расследуемого ею уголовного дела. Как и сам арбитражный трибунал, так и судебные представители противоположной стороны были удивлены, что мы не смогли предоставить некоторые запрашиваемые документы. Тут сразу хочется сделать ремарку для читателя, и я к этому вернусь дальше по тексту, что общим правилом у наших западных коллег является предоставление даже тех документов, которые могут негативно сказаться на позиции стороны, предоставляющей их, а также обязанность всех лиц в содействии предоставления доказательств по запросу суда.

Возникали большие трудности и с предоставлением документов, хранившихся в Национальном банке Кыргызской Республики, так как именно он ввёл временный режим администрирования в ряде коммерческих банков. Многие документы, которые истребовала сторона истца, не могли быть предоставлены ввиду наличия в них банковской тайны, а также по ряду политических причин, происходящих на тот момент в стране. Да и смысла в предоставлении многих документов мы не видели и не понимали, так как запросы зачастую имели сугубо косвенный характер.

Было потрачено очень много времени и сил на разбор каждого запроса о предоставлении информации, объяснение трибуналу причин, почему тот или иной запрос не мог быть выполнен. Всё это осложнялось тем, что официальный ответ мы получали с большими задержками, и хотя многие истребуемые доказательства формально относились к требованиям противоположной стороны, они охватывали те части, в которых они пытались обнаружить предполагаемые факты. Наши западные коллеги называют это фишинговой экспедицией (*fishing expedition*), иными словами, подбором компрометирующих материалов. С данной проблемой может столкнуться каждый практикующий международный юрист или арбитр, поэтому я считаю большим преимуществом быть как минимум осведомлённым в этом вопросе.

Арбитражные законы в целом не затрагивают процесс сбора доказательств подробно. Законодательство Кыргызской Республики в данном вопросе ограничивается положениями 23-й статьи Закона о третейских судах¹, а именно, что доказательства предоставляются сторонами самостоятельно и каждая из сторон должна сама доказать те обстоятельства, на которые она ссылается. Отдельная благодарность законотворцам, что наделили третейский суд правом предложить сторонам представить дополнительные доказательства в случае, если он сочтёт представленные доказательства недостаточными. Из этого следует довольно широкое толкование того, что же входит в круг обязанностей арбитра в данном вопросе, притом что понятие и виды доказательств не определены самим законом.

Различные арбитражные правила также не предусматривают детальных процедур сбора доказательств. Даже в арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ закреплена очень высокая степень усмотрения арбитражного суда в процедурных вопросах, в том числе касающихся предоставления

¹ Закон Кыргызской Республики «О третейских судах в Кыргызской Республике» от 30 июля 2002 года №135.

доказательств. Отсутствие в правилах международного арбитража чётких указаний в отношении раскрытия информации может свести на нет определённые предполагаемые преимущества, такие как более высокая эффективность и минимизация издержек¹. В основном они позволяют трибуналу только лишь применять необходимые меры. Это делает степень раскрытия информации напрямую зависимой от выбранного трибунала, который будет самостоятельно решать, как будут выполняться и использоваться правила. Вот почему определение состава арбитражного трибунала так важно для прогнозирования объёма раскрытия, поскольку сам арбитражный суд, как правило, имеет широкую свободу действий в определении объёма раскрытия при отсутствии соглашения между сторонами. Я имел дело с десятками, если не сотнями арбитражных соглашений, и ни в одном ещё не встречал положений о порядке предоставления документов или доказательств в случае проведения арбитражного разбирательства.

Специально для целей настоящей статьи я поднял статистику тех лет, когда напрямую столкнулся с таким подходом западных юристов и арбитров, на тот момент, казавшийся мне очень непонятным и даже агрессивным, как описано выше. По вполне понятным причинам я не могу раскрыть конкретные детали всех этих запросов, но складывалось ощущение, что они пытались охватить буквально всё, начиная от личных переписок отдельных должностных лиц, засекреченных сведений, политически значимой информации, заканчивая сведениями, составляющими банковскую тайну, а также выяснением обстоятельств, явно выходящих за пределы рассматриваемого спора.

Для того, чтобы представить общую картину того, как часто представителям двух правовых систем приходилось на тот момент иметь дело с запросами арбитражного суда о предо-

¹ Steven J. Stein and Daniel R. Wotman, *The Arbitration Hearing*, International Commercial Arbitration in New York. p. 88-89.

ставлении документов хотя бы в целом, я обратился к международному арбитражному опросу, проведённому как раз в 2012 году (год подачи иска)¹. 62% респондентов сообщили, что более чем в трети производств с их участием имело место требование о раскрытии доказательств (*disclosure*). Кроме того, в исследовании утверждается, что раскрытие документов чаще всего встречается в системе общего права: 74% респондентов из стран общего права подтвердили, что 75 - 100% арбитражей, в которых они участвовали, заявляли о таких требованиях. Юристы из континентальной системы получили довольно скромный результат - 21%.

Вышеуказанная статистика показывает, насколько велика разница в требованиях к раскрытию информации в разных правовых системах. Я глубоко убеждён на сегодняшний день, что одной из основных целей международного арбитража является наличие справедливой процедуры для обеих сторон, чтобы стороны могли и желали следовать одним и тем же руководящим принципам. С тех пор я отслеживаю изменения в этом вопросе и могу точно сказать, что ситуация не сильно изменилась за последние 10 лет.

Спустя несколько лет, когда я работал в отделе международного арбитража одной из крупнейших юридических фирм в США, я на личном опыте убедился, что это просто особенность адвокатов, обученных в системе общего права. Вполне логично, по каким причинам они пытаются дальше внедрить знакомые им практики в международный арбитражный процесс. Более того, по их законам и правилам сторона просто обязана предоставить суду все соответствующие и допустимые документы, имеющиеся в её распоряжении, а не только те, которые поддерживает её дело, и несоблюдение постановления о раскрытии информации в

¹ School of International Arbitration, 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process.

ходе судебного разбирательства может привести к суровым санкциям¹.

Каковы же мнения прародителей международного арбитража и признанных экспертов в вопросах раскрытия и предоставления доказательств? Профессор Раешке-Кеслер считает, что, в принципе, арбитражные правила и законы об арбитраже, даже в странах континентального права, включая те, которые внедрили Типовой закон ЮНСИТРАЛ, допускают использование раскрытия доказательств². Однако, стороны должны прямо согласиться на это или это должно требоваться в соответствии с процессуальным законодательством этой страны.

По мнению А. Редферна и М. Хантера, если в императивных нормах процессуального права (*lex arbitri*) или в соглашении сторон не указано иное, процедура раскрытия не распространяется на международный арбитраж³. Более того, я лично задавал этот вопрос профессору Мартину Хантеру в 2015 году на конференции в г. Майами и получил утвердительный ответ на данный вопрос. По моему мнению, в идеале так и должно быть, что процедура раскрытия не должна распространяться на международный арбитраж, однако сами же арбитры склонны применять знакомые им принципы и процедуры, и этот вопрос по сей день остаётся открытым и зависит от конкретного случая. Вот почему сторона, особенно из страны континентального права, должна быть очень осторожной, прежде чем подписывать что-либо, что может привести к использованию широкого

¹ Dr. Frans Hendra Winarta. Discovery of Documentary Evidence in International Commercial Arbitration. Статья доступна на: http://www.legal500.com/assets/images/stories/firmdevs/frans_paper.pdf

² Raeschke-Kessler. Discovery in International Commercial Arbitration, German Institution of Arbitration (DIS) Series, Vol. 26. p. 45. 2019.

³ Redfern and Hunter on International Arbitration – Fifth Edition Edited by Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, and Martin Hunter. Oxford University Press, p.904. 2009.

раскрытия информации в случае арбитражного разбирательства, включая процессуальное право страны.

Не стоит забывать и о том, что это трудоёмкий и в некоторых случаях дорогостоящий процесс, который при неправильном применении может занять большое количество времени, либо может быть использован одной из сторон для намеренного затягивания процесса. Более того, стороны могут получить больше возможностей для оспаривания решений арбитров, а также это может негативно сказаться на стремлении сторон сохранить высокий уровень конфиденциальности определённых вопросов. На самом деле, можно и дальше перечислять многочисленные доводы в пользу неприменения или полной отмены данного подхода, но лучше, наверное, попытаться найти оптимальное решение, так сказать, золотую середину, чтобы судебные представители и арбитры обеих систем могли следовать одним и тем же правилам.

Какие варианты имеются на сегодняшний день? Самым успешным примером на сегодняшний день считаю Правила МАЮ по получению доказательств в международном арбитраже (IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration)¹, и так считаю не только я, а это, наверное, уже как устоявшийся признанный эталон в международном арбитраже. Несмотря на то, что Правила МАЮ не имеют обязательной силы и носят рекомендательный характер, если их использование будет согласовано сторонами, они будут иметь практическую силу.

Многие специалисты-практики ссылаются на них как на соответствующие руководящие принципы ведения разбирательства. Следует отметить, что даже в преамбуле к Правилам МАЮ присутствует открытый американский мента-

¹ The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. 2020. Правила доступны на сайте МТС ТПП КР: <http://www.arbitr.kg/web/documents/materials/142.pdf>

литет. В Преамбуле 3 говорится: «Получение доказательств осуществляется в соответствии с принципом, по которому каждая Сторона должна действовать добросовестно и вправе в разумный срок до проведения Слушания по доказательствам, а равно принятия решения по какому-либо факту или существу дела, ознакомиться с доказательствами, на которые ссылаются другие Стороны»¹. Формулировки, использованные в статье 3 (1) Правил МАЮ, подтверждают эту открытость, содержащуюся в Преамбуле: «В пределах установленного Составом арбитража срока каждая Сторона представляет Составу арбитража и другим Сторонам все имеющиеся в её распоряжении Документы, на которые она ссылается, включая официальные Документы и Документы из открытых источников, за исключением Документов, уже представленных другой Стороной».

Однако следует признать, что запрос на предоставление документов в соответствии с Правилами МАЮ должен быть гораздо более подробным, чем запрос американских судебных документов. Он должен содержать описание запрашиваемого документа, достаточное для его идентификации, или достаточно подробное описание узкой и конкретной запрашиваемой категории документов, существование которых считается обоснованным. Правила МАЮ также требуют, чтобы запрашивающая сторона включала в свой запрос дополнительную информацию о том, насколько запрошенные документы актуальны и существенны для исхода дела, и почему запрашивающая сторона считает, что документы находятся в распоряжении другой стороны.

Но даже когда запросы на раскрытие информации сформулированы узко и правильно, они всё равно могут потребовать от стороны просмотра и предоставления тысяч документов, таких как протоколы или обмены электронной почтой. Справедливости ради следует отметить, что

¹ Правила МАЮ по получению доказательств в международном арбитраже. 2020.

использование Правил МАЮ является лучшей альтернативой использованию широкого раскрытия информации, поскольку оно прямо допускает ряд возражений, в том числе основанных на недостаточной релевантности и существенности, необоснованном бремени предъявления запрошенных доказательств, включает в себя такие основания, как утеря или уничтожение документа, конфиденциальность и многие др.¹

Моей настоятельной рекомендацией для практикующих юристов и арбитров, в случае если стороны договорятся об использовании Правил МАЮ, будет включение в арбитражную оговорку следующего или аналогичного текста: «Стороны соглашаются, что в дополнение к «выбранным арбитражным правилам» арбитраж будет проводиться в соответствии с Правилами МАЮ о получении доказательств в международном арбитраже». Такое же положение может быть включено в соглашение сторон о порядке проведения арбитражного разбирательства уже после начала самого процесса. Также стороны и арбитражный суд могут принять эти правила за основу и отредактировать их или использовать в качестве руководства при разработке собственных процедур.

Я также хочу отметить растущее применение Пражских правил эффективной организации процесса в международном арбитраже² из года в год. И хотя с момента разработки и принятия Пражских правил прошло всего лишь около пяти лет, многие практики, особенно в континентальной системе права, успешно их используют. Особенностью Пражских правил является отказ от представления документов, а также предоставление проактивной роли арбитражному суду.

¹ Правила МАЮ по получению доказательств в международном арбитраже. Статья 9. 2020.

² Правила эффективной организации процесса в международном арбитраже (Пражские правила). 2018. <https://praguerules.com/upload/medialibrary/443/44329e359e3111b0abca6f3b1be20412.pdf>

Наверное, об этих правилах мне следует написать более подробную отдельную статью, я лишь хотел привести их в пример для того, чтобы указать на наличие успешных аналогов Правилам МАЮ.

Эта сфера постоянно развивается и растёт, и нам, как практикующим судебным представителям, экспертам и арбитрам, необходимо идти в ногу со временем, отслеживая самые последние тренды в международном арбитраже. Я очень надеюсь, что данная статья была вам полезной.

РАЗВЕДКА И АРБИТРАЖ: ДОПУСТИМОСТЬ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ

*Мехтиева Камалия Намиковна**

Разведка и арбитраж. Эти два, на первый взгляд, не связанных между собой мира имеют точки соприкосновения. Данное научное исследование изучает взаимосвязь между этими двумя аспектами под призмой допустимости доказательств.

Неоспоримо то, что арбитражные суды наделены полномочиями по защите целостности арбитражного процесса путём различных процессуальных мер, а также решений о недопустимости доказательств, представленных той или иной стороной процесса. Являются ли доказательства, полученные путём шпионажа, допустимыми в арбитражном процессе?

Прежде чем ответить на этот вопрос, необходимо пояснить, что охватывает исследование под понятием «шпионаж». Термин «шпионаж» можно толковать узко, рассматривая его лишь как деятельность государственных спецслужб или её результат. Однако в более широком восприятии шпионаж не ограничивается разведкой. В материальном смысле шпионаж — это любая деятельность, направленная на сбор конфиденциальной информации, независимо от того, кто

* Доктор юридических наук (Университет Сорбонна, Франция), профессор права (Университет Paris-Est Créteil), адвокат Парижской коллегии адвокатов, со-создатель юридической фирмы Barbier Mehtiyeva Law, арбитр; с автором можно связаться по электронной почте: kmehtiyeva@barbiermehtiyeva.law

является её источником — государство или частные экономические субъекты. В качестве примера последнего можно привести промышленный шпионаж.

Отвечая на вопрос, являются ли доказательства, полученные в результате шпионажа допустимыми, следует выделить две гипотезы: либо доказательства, полученные таким путём являются результатом деятельности одной из сторон арбитражного разбирательства (1), либо одна из сторон, в целях защиты своей позиции, опирается на документы, полученные путём шпионажа третьим лицом (2).

1. Допустимость доказательств, полученных одной из сторон процесса путём шпионажа

Арбитры наделены полномочиями по всем процессуальным вопросам во время арбитражного процесса, в том числе для того, чтобы исключить из разбирательства доказательства, способные нарушить целостность арбитражного процесса, или, напротив, признать доказательства допустимыми, несмотря на сомнения в их законности и доказательственной силе. В этой связи национальные законы¹, типовые законы², а также правила арбитражных институтов³

¹ Например, ст. 1467 Гражданского процессуального кодекса Франции; ст. 1042 (4) Гражданского процессуального кодекса Германии; ст. 47 (3) Постановления об арбитраже Гонконга.

² Например, статья 19(2) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже от 21 июня 1985 года: «...полномочия, предоставленные арбитражному суду, включают полномочия по определению допустимости, относимости, существенности и веса любого доказательства».

Статья 27(4) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ гласит, что «арбитражный суд определяет допустимость, относимость, существенность и вес представленных доказательств».

Статья 9 Правил ИВА о получении доказательств в международном арбитраже: «Арбитражный суд определяет допустимость, относимость, существенность и вес доказательств».

³ Статья 13 Арбитражного регламента ICC: «Трибунал решает вопрос о допустимости любого представленного доказательства и о его доказательной силе».

прямо указывают на дискреционные полномочия арбитров по рассмотрению вопросов, связанных с доказательствами.

Сложность, однако, заключается в неопределённости правового статуса шпионажа. Однозначного ответа по поводу правомерности шпионажа не существует. Шпионаж во внутреннем праве трактуется иначе, чем шпионаж в международном праве: во внутреннем праве он наказывается, а в международном - допускается, при этом в международном праве не существует установленного правового режима этого явления; кроме того, вопрос не одинаков, если речь идёт о шпионаже в мирное или в военное время. В арбитражных делах, связанных со шпионажем, часто высказываются соображения о том, что цель оправдывает средства.

Таким образом, шпионаж в арбитраже всегда рассматривается косвенно под призмой других принципов. Вместо того чтобы отказывать в допустимости доказательств по причине их незаконности, арбитражные суды подходят к вопросу с точки зрения нарушения общих процессуальных требований, таких как справедливость, добросовестность, равенство сторон, а также адвокатская тайна.

В этой связи одним из наиболее показательных дел о шпионаже в арбитраже является дело *Libananco Holdings против Турции*. Компания Libananco, кипрский инвестор двух турецких компаний, заключивших концессионные соглашения с правительством Турции, подала инвестиционный иск против Турции о расторжении соглашений. В ходе арбитражного разбирательства инвесторы заявляли о слежке со стороны Турции за свидетелями в арбитраже и адвокатами. Инвесторы требовали раскрытия документов, полученных таким путём. До какой-то поры Турция отрицала эти обвинения, пока не выяснилось, что Турецкая сторона следила

Статья 14 Регламента LCIA: «(...) Арбитражный суд может решить (vi) (...) применять или не применять какие-либо строгие правила доказывания в отношении допустимости, относимости или веса любого материала, представленного стороной по любому вопросу факта или заключения эксперта (...)».

за перепиской истцов и их адвокатов. После этого Турция стала утверждать, что слежка не велась с целью сорвать арбитражное разбирательство или получить преимущества в нём, а лишь в рамках расследования преступлений, что является частью её суверенных полномочий.

Трибунал счёл, что *«стороны обязаны вести арбитраж честно и добросовестно и арбитражный суд обладает неотъемлемой юрисдикцией для обеспечения выполнения этого обязательства. Этот принцип применяется во всех арбитражных разбирательствах, включая инвестиционные, и ко всем сторонам, включая государства (даже при осуществлении ими своих суверенных полномочий)»*¹.

Ещё одним примером доказательств, полученных с помощью шпионажа, является инвестиционный спор *Methanex Corp против США*. Компания Methanex, крупнейший канадский производитель метанола, подала инвестиционный иск против США в Трибунал *NAFTA*. США настаивали на признании недопустимыми некоторых доказательств, якобы собранных в нарушение требований добросовестности. Трибунал рассмотрел аргументы ответчика в отношении его процессуальной защиты и постановил следующее:

«Таким образом, в качестве общего принципа, как было бы неправильно со стороны США ex hypothesis использовать свои разведывательные средства для шпионажа за компанией Methanex (и её свидетелями) и представлять в качестве доказательств полученные материалы в данном арбитраже, так и со стороны Methanex было бы неправильно представлять доказательственные материалы, полученные компанией Methanex незаконным путём.

(...) Трибунал также решил, что было бы неправильно позволить компании Methanex представить эту документацию в рамках данного разбирательства в нарушение её

¹ Либананко, § 78.

общей обязанности проявлять добросовестность и, более того, что поведение компании Methanex, совершенное в ходе данного арбитражного разбирательства, нарушает основные принципы справедливости и честности, предъявляемые ко всем сторонам в каждом международном арбитраже»¹.

Приведённые выше прецеденты показывают, что шпионаж в ходе арбитражного разбирательства рассматривается через призму нарушения других принципов. Арбитры склонны оценивать контекст, в котором доказательства были получены одной из сторон для того, чтобы определить, не пострадали ли от этого основные принципы, такие как справедливость или адвокатская тайна, и принять решение о недопустимости доказательств.

Если такие принципы, как равенство сторон, лояльность и процессуальная справедливость, применимы к участникам процесса, то третьи лица ими не связаны. Отсюда возникает вопрос о допустимости доказательств, полученных в результате шпионажа третьими лицами.

2. Допустимость доказательств, полученных третьим лицом путём шпионажа

Актуальным примером данной гипотезы являются доказательства, полученные от *Wikileaks*. Напомним, что в 2010 году *WikiLeaks* обнародовал более 250 тысяч дипломатических депеш из посольств, консульств и дипломатических миссий по всему миру, тем самым опубликовав самый большой набор конфиденциальных документов, когда-либо попадавших в открытый доступ. Данная утечка стала причиной преследований ряда лиц за нарушение американского Закона о шпионаже 1917 года, который предусматривает

¹ Methanex Corporation против Соединённых Штатов Америки, Окончательное решение от 3 августа 2005 г., NAFTA, 44 International Legal Materials (2005), 1345, § 54, 59.

уголовную ответственность за распространение информации теми, кто владеет ею на законных основаниях или не имеет к ней доступа.

Таким образом, строго говоря, телеграммы *WikiLeaks* представляют собой незаконно полученные доказательства, поскольку нарушают действующее законодательство¹. Однако, всегда ли незаконность ведёт к недопустимости? Порой незаконность должна быть сбалансирована с доступом к материалам, необходимым для доказательства дела, и, в более общем смысле, с доступом к правосудию².

Некоторые прецеденты показывают, что в международном судопроизводстве императив полного установления фактов взял верх над доказательственной строгостью. Следуя по стопам Международного суда ООН в немалоизвестном деле о *канале Корфу*, международные суды³ обращают внимание не столько на законность, сколько на весомость и надёжность доказательств, что особенно актуально для доказательств, полученных из утечки документов⁴.

¹ Среди многих других научных работ, посвящённых этому вопросу, см. Ch. J. Markham, "Punishing the publishing of classified materials: the espionage act and Wikileaks", 23 *B.U. Pub. Int. L. J.* 1 (2014).

² См. M. Reisman и E. Freedman, "The Plaintiff's Dilemma: Illegally Obtained Evidence and Admissibility in International Adjudication", *Yale Faculty Scholarship Series*, 1982, 730.

³ На основании дела о канале Корфу доказательство, полученное незаконным путём, может быть допустимым, даже если способ его получения запрещен. Международный суд ООН, Дело о канале Корфу (Великобритания против Албании) (по существу), 1949 г., ICJ Rep 4.

⁴ В этой связи Суд Европейского союза подтвердил, что «единственным критерием, имеющим значение при такой оценке, является надёжность доказательства (*Dalmine v Commission*, 2004, ECR II-2405, § 72), и отметил, что «рассматриваемое доказательство является относительно достоверным, поскольку его подлинность не оспаривалась правительством Соединённых Штатов» (*Persia International Bank v Council*, § 95). См. также решения Европейского суда в деле *Bank Sederat Iran против Совета ЕС*, T-494/10 от 5 февраля 2013 г. и T-495/10 от 20 марта 2013 г.; а также в деле *Bank Mellat v Council*, T-496/10 от 29 января 2013 г. См. также *Fahed Mohamed Sakher Al Matri против Совета ЕС*, дело T-200, в качестве примера, где Суд Европейского союза опирается на данные *Wikileaks*.

К примеру, в этом отношении Суд Европейского союза в деле *Persia International Bank против Совет ЕС* прямо высказался в пользу допустимости и подлинности документов *Wikileaks*, основываясь на «беспрепятственной оценке доказательств», которая является «превалирующим принципом права Европейского союза»¹. Интересно, что Суд уделил некоторое внимание незаконности доказательств, полученных в результате утечки *Wikileaks*, заключив, что, поскольку банк-заявитель «не был вовлечён в раскрытие дипломатических телеграмм, возможный незаконный характер этого раскрытия не может быть поставлен ему в вину»².

В арбитражном процессе с доказательствами *Wikileaks* сталкиваются в основном инвестиционные арбитражные суды, что объясняется тем, что было раскрыто немало информации, связанной с иностранными инвестициями по всему миру. Практика показывает, что арбитражные суды не ставят вопрос о допустимости публикаций *Wikileaks* прямым образом. Последний возник в деле *ConocoPhillips против Республики Венесуэла*. 3 сентября 2013 года трибунал вынес решение по спору об экспроприации нефтегазовых активов при режиме Чавеса. Трибунал установил, что Венесуэла нарушила свои обязательства, недобросовестно ведя переговоры с целью достижения приемлемого для сторон соглашения о компенсации. Венесуэла оспорила решение, опираясь на переписку между дипломатическими сотрудниками посольства США в Каракасе и руководителями компании *ConocoPhillips*, которая, по мнению Венесуэлы, опровергает выводы Трибунала о её недобросовестности. Усилия Венесуэлы оказались тщетными. Трибунал, опираясь на принцип *res judicata*, постановил, что не имеет полномочий пересматривать решение, и, соответственно, не вы-

¹ Суд Европейского союза, *Persia International Bank v Council*, Case T-493/10.

² Суд Европейского союза, *Persia International Bank v Council*, § 95.

сказал мнения о допустимости доказательств, полученных через *Wikileaks*¹.

Похоже, что именно так обстоят дела в арбитраже ICSID в отношении документов *Wikileaks*². После арбитражного разбирательства по делу *Conoco Phillips* против Венесуэлы другие арбитражные суды ICSID воздержались от рассмотрения вопроса о допустимости доказательств *Wikileaks* и просто проигнорировали их наличие в материалах дела³.

Вскоре после дела *Conoco Phillips* арбитры дали шанс каблограммам *Wikileaks*. В арбитражном деле, возбужденном бывшими акционерами *ЮКОСа против Российской Федерации* в соответствии с Договором к Энергетической хартии, арбитражный суд при оценке гибели *ЮКОСа* прямо опирался на конфиденциальные дипломатические телеграммы Госдепартамента США, опубликованные *Wikileaks*⁴, тем самым косвенно разрешив рассматривать документы

¹ Conoco Phillips Petrozuata BV против Венесуэлы, ICSID № ARB/07/30, Decision on Respondent's Request for Reconsideration, Решение на запрос Ответчика о пересмотре (10 марта 2014), § 19. См. однако особое мнение Жоржа Аби-Сааба, утверждающего, что телеграммы *Wikileaks* «представляют неопровержимые доказательства того, что вывод большинства о добросовестности переговоров был ошибочным», § 2-3. «Это было бы эпистемическим замыканием в субъективном вымышленном мире, созданном им самим; виртуальной реальностью, чтобы отгородиться от возможной объективной реальности; юридической комедией ошибок в театре абсурда, не говоря уже о пародии на правосудие, которая высмеивает не только арбитраж, но и саму идею судебного разбирательства» (§ 66-67).

² Обзор различных подходов к доказательствам *Wikileaks* см. в статье С. Blair, E. Vida-Gojkovic, "WikiLeaks and Beyond: Discerning an International Standard for the Admissibility of Illegally Obtained Evidence", in Meg Kinnear and Campbell McLachlan (eds), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 2018, p. 235; J. O. Ireton, "The Admissibility of Evidence in ICSID Arbitration: Considering the Validity of Wikileaks Cables as Evidence", в Meg Kinnear and Campbell McLachlan (eds), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 2018, pp. 231-245.

³ ОПIC Karimum Corporation против Венесуэлы, дело ICSID № ARB/10/14, Решение по предложению о дисквалификации профессора Филиппа Сэндса (5 марта 2011 г.); Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi против Туркменистана, дело ICSID № ARB/10/1, Решение (2 июля 2013 г.).

⁴ Hulley Enterprises Limited против Российской Федерации, § 1218, § 1223.

Wikileaks в качестве допустимого доказательства в международном арбитраже.

Наконец, в деле *Caratube против Казахстана* трибунал ICSID должен был определить, являются ли допустимыми доказательства, ставшие публичными в результате взлома третьей стороной правительственных систем Казахстана, известной под названием *KhazakhLeaks*. Некоторые из этих документов были защищены адвокатской тайной. Трибунал признал допустимыми документы, за исключением тех, что были защищены адвокатской тайной¹.

Сопоставление дел *Caratube* и *Libananco* позволяет сделать вывод о том, что единого правового режима для доказательств, полученных в результате шпионажа, не существует. Арбитры рассматривают множество параметров. Например, в деле *Caratube* ни одна из сторон не являлась источником утечки информации, а просто использовала документы в свою пользу. Именно по этой причине арбитражный суд признал доказательства приемлемыми, за исключением документов, охраняемых адвокатской тайной. В деле *Libananco*, трибунал пришёл к противоположному выводу, так как слежка велась государством, являющимся стороной арбитражного разбирательства.

¹ Caratube International Oil Company LLP против Казахстана, ICSID № Arb/08/12, § 669, § 1259.

МАТЕРИАЛЬНЫЕ НОРМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖНОГО ПРАВА: СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ

*Хьюго Барбье**

Определение материальной нормы. Материальная норма, в широком смысле слова, может быть определена, как правило, предназначенное для регулирования конкретной ситуации с целью определения её правового режима. В частности, она противопоставляется – и концептуально предшествует – коллизионной норме, которая призвана определить материально-правовую норму, применимую к данной ситуации.

Однако в международном частном праве и в международном арбитраже материальная норма приобретает более узкое значение. Материальная норма не предшествует и не обозначается коллизионной нормой, она заменяет её. Вместо того чтобы через коллизионную норму прийти к материальной норме, содержащейся в праве того или иного государства, судья или арбитр непосредственно применяет материальную норму из внутреннего или международного источника. Следовательно, именно способность материальной нормы исключить коллизионную норму является чертой, определяющей её.

* Профессор права, арбитр, основатель юридической фирмы Barbier Mehtiyeva Law; с автором можно связаться по электронной почте: hbarbier@barbiermehtiyeva.law

Материальные нормы в международном арбитраже и материальные нормы международного арбитражного права. Настоящее исследование не ставит своей целью охватить все материально-правовые нормы в международном арбитраже. Арбитры ежедневно используют Венскую конвенцию международной купли-продажи товаров, *lex mercatoria* и т. д. для разрешения рассматриваемого ими спора, тем самым используя материально-правовые нормы международной торговли для разрешения существа спора. Предметом настоящего исследования являются только материальные нормы международного арбитражного права, то есть те материальные нормы, которые призваны регулировать арбитражное соглашение и арбитражное разбирательство, заменяя тем самым национальное законодательство, которое было бы обозначено коллизионной нормой.

Подход к исследованию. Материальная норма ни в коей мере не претендует на то, чтобы охватить всё международное арбитражное право. Именно поэтому в исследовании предлагается использовать не догматический, а казуистический подход к данному вопросу. После выявления условий возникновения материальных норм (1) в исследовании будет предпринята попытка предвидеть появление новых материальных норм, отвечающих этим условиям (2).

1. Условия создания материальной нормы

Двойное обоснование материальной нормы. Правомерность обращения к материальной норме вытекает, иногда по отдельности, а иногда в совокупности, из двух различных источников: либо содержание самой коллизионной нормы является неопределённым и, следовательно, несёт риск для правовой определённости международного арбитража (1.2); либо после введения в действие коллизионных норм, которые сами по себе являются удовлетворительными, обозначенные таким образом национальные законы, в

силу своего недоверия к арбитражу или несоответствия их содержания, угрожают предсказуемости международного арбитража (1.1). Исследование начнём со второй гипотезы, поскольку именно она чаще всего служит основанием для создания материальной нормы.

1.1 Непригодность норм, обозначенных коллизионной нормой

Пример независимости арбитражного соглашения по отношению к договору, являющемуся предметом спора. Независимость арбитражного соглашения, несомненно, наиболее устоявшееся материально-правовое правило международного арбитража. К примеру, прежде чем оно было закреплено практически во всех основных отечественных и международных источниках арбитражного права, во Франции оно возникло в постановлении *Госсе*, вынесенном кассационным судом в 1963 году: *«арбитражное соглашение, независимо от того, заключено ли оно отдельно или включено в правовой акт, к которому оно относится, всегда, за исключением исключительных обстоятельств, является полностью автономным в правовом отношении. Таким образом, на него не может повлиять никакая недействительность этого акта»*¹. Основное обоснование данной нормы заключается в том, чтобы не допустить того, чтобы коллизионная норма привела к созданию национального законодательства, непригодного и неблагоприятного для арбитража. При этом, как пишет наш коллега Профессор Гэри Борн о различных современных источниках принципа независимости, *«эти источники не диктуют обязательную норму международного арбитражного права»*². Многие иностранные законы позволяют сторонам

¹ Civ. 1re, 7 мая 1963 г., Gosset.

² G. Born, *International Commercial Arbitration*, (Международный коммерческий арбитраж, 3е изд., 2021, стр. 396. Цитата на английском: these sources do not dictate a mandatory rule of international arbitration law.

договориться иначе¹. Более того, нет никаких причин, по которым принцип независимости должен быть обязательным, поскольку он основан на предполагаемой воле сторон. Первоначально эта материальная норма была характерна для французского права², но, будучи быстро воспринятой и другими законодателями, а также арбитражной практикой, она стала *«транснациональной нормой международного коммерческого арбитража»*³.

Принцип компетенции-компетенции. Помимо арбитражного соглашения также очевидно, что принцип компетенции-компетенции находит своё материально-правовое обоснование в стремлении не допустить, чтобы коллизийная норма, применяемая национальным судом или арбитром, применяющим национальное право, обозначила право, которое не признаёт или даже отказывается признавать принцип компетенции-компетенции. Здесь необходимо провести различие между положительной стороной (арбитр должен объявить себя компетентным для того, чтобы рассмотреть вопрос о собственной юрисдикции) и отрицательной стороной принципа компетенции-компетенции (национальный суд должен объявить себя некомпетентным по вопросу юрисдикции арбитра).

¹ В английском праве - Закон об арбитраже 1996 г., §7. В американском праве - решения: *Buckeye Check Cashing, Inc. против Cardegna*, 546 U.S. 440 (U.S. S.Ct. 2006) и *Prima Paint Корстр против Flood & Conklin Mfg Co*, 388 U.S. 395, 402 (U.S. S.Ct. 1967): «за исключением случаев, когда стороны намерены иначе... арбитражные оговорки «отделимы» от договоров, в которые они встроены» (цитата на английском: *except where the parties otherwise intend... arbitration clauses are 'separable' from the contracts in which they are embedded*).

² Хотя французское право, несомненно, было пионером в чётком и последовательном формулировании этого принципа, первые его следы можно обнаружить в немецком и швейцарском праве: *Nussbaum, The «Separability Doctrine» in American and Foreign Arbitration*, 17 N.Y.U. L.Q. Rev. 609, 610-11 (1940) - G. Born, *supra*, стр. 385 et seq.

³ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, № 398.

Положительная сторона принципа компетенции-компетенции является субстантивной транснациональной нормой, присутствующей практически во всех национальных законодательствах и международных договорах, посвященных данному вопросу. Однако, отрицательная сторона данного принципа имеет значительное влияние, по общему признанию¹, но сталкивается с более сдержанными национальными подходами к *априорному* лишению судьи государства полномочий по оценке юрисдикции арбитров в начале арбитражного разбирательства².

Обязанности и полномочия арбитров в борьбе с коррупцией и отмыванием денег. В последнее время наблюдается развитие обязанностей арбитров в сочетании с расширением полномочий судьи по контролю за отменой или признанием арбитражного решения в рамках борьбы с коррупцией и отмыванием денег, что привело к созданию материально-правовых норм в этой области³. Являются ли эти нормы транснациональными по своей природе? Что касается норм, борющихся против коррупции, то в этом нет никаких сомнений. В 2014 году Пьер Лалив отметил, что *«арбитражное осуждение коррупции может быть охарактеризовано как применение общего принципа права, «признанного цивилизованными странами», или как признание «материального права необходимого применения», или как обращение к «транснациональному публичному порядку»; несмотря на разнообразие используемых ярлыков или выражений, фактически речь идет об одной и той же концепции»*⁴.

¹ V. E. Gaillard, «Actualité de l'effet négatif de la compétence-compétence», in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ, 2018, стр. 679.

² V. G. Born, *supra*, стр. 1141 et seq.

³ См. по этому вопросу: E. Gaillard, «La corruption saisie par les arbitres du commerce international», *Rev. arb.* 2017. 805, стр. 830 et seq.

⁴ P. Lalive, « Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration », («Транснациональная (или действительно международная)

1.2: Неопределённость самой коллизионной нормы

Пример материальной нормы, касающейся распространения действия арбитражного соглашения на стороны, не подписавшие его. Несомненно, именно вопрос о распространении арбитражного соглашения на стороны, не подписавшие соглашение, лучше всего иллюстрирует это второе обоснование материальной нормы, помимо других споров о содержании выявленной таким образом материальной нормы, которые, правда, иногда приводят к необоснованным расширениям. В этом вопросе и сегодня широко распространён коллизионный метод. Принятый некоторыми национальными судами, этот метод иногда приводит к применению материального права, регулирующего спорный договор, как это сделали английские судьи¹, иногда - к применению коллизионных норм места проведения арбитража, как это происходит в швейцарском праве, которое подчиняет вопрос о продлении арбитража праву, применимому к действительности арбитражного соглашения², а

государственная политика и международный арбитраж»), *Revista Brasileira de Arbitragem*, (Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB 2014, Volume XI Issue 41) стр. 173 - 230, n° 120, стр. 206. Цитата на английском: «Arbitral condemnation of corruption may thus be characterized as either the application of a general principle of law “recognized by civilized nations”, or as the recognition of a “substantive law of necessary application”, or as the resort to a “transnational public policy”; notwithstanding the variety of the labels or expressions used, the same concept is in fact involved».

¹ High Court, 4 февраля 2004 г., *Peterson Farms Inc. против C&M Farming Ltd*, 2004, EWHC 121, § 45 (Comm). См. также недавнее дело *Kout food*, где английские судьи (Апелляционный суд, 20 января 2020 г., [2020] EWCA Civ 6) применили закон о существе дела, следуя довольно извилистой линии рассуждений, которую выделил Профессор Эммануэль Гайяр, по сравнению с французским материально-правовым подходом: E. Gaillard, «Les vertus de la méthode des règles matérielles appliquées à la convention d'arbitrage (les enseignements de l'affaire Kout Food)», *Rev. Arb.* 2020, стр. 702.

² *rib. féd.*, 19 августа 2008 г., № 4A_128/2008, § 4.1.1; сравн. решение *E v Z*, ICA Z и Sté M от 15 сентября 1989 г., *Bull. ASA* 1990/3, стр. 270, рассматривая вопрос о продлении срока действия арбитражного соглашения отдельно от вопроса о его действительности и ища закон с наиболее тесной связью, применяя таким образом статью 187 LDICTP.

иногда - к применению права места исполнения арбитражного решения¹. Что касается арбитражных решений, то, помимо вышеуказанных связей, в них иногда прямо применяется право места проведения арбитража, либо потому, что оно считается косвенным выбором сторон², либо потому, что это право применимо к разбирательству³.

Именно поэтому арбитры всё чаще отдают предпочтение материально-правовой норме. основополагающее решение в этой области хорошо известно. Это решение по делу компании *Dow Chemical*⁴. Решая вопрос о распространении действия арбитражного соглашения на третье лицо, суд, учитывая право, выбранное сторонами в материальном договоре, указал, что «хотя в некоторых случаях это право и эти нормы права могут относиться к существу спора так же, как и арбитражная оговорка, вполне возможно, что в других случаях последняя в силу своей автономности - которая касается не только её действительности, но и сферы действия и последствий - может регулироваться своими собственными источниками права, отличными от тех, которые регулируют существо спора». Это решение положило начало длинному списку решений, придерживающихся аналогичного подхода⁵.

¹ Апелляционный суд (2-й округ), 14 апреля 2005 г., *Sarhank Group v. Oracle Corp*, 404 F. 3d 657.

² Арбитражное решение ICC, № 10758 (2000), *Journal du droit international* 2001, стр. 1171.

³ Арбитражное решение ICC, № 5730 (1988), *Journal du droit international* 1990, стр. 1029.

⁴ Арбитражное решение ICC № 4131 (1982), *Rev. arb.* 1984, стр. 137; *Journal du droit international* 1983, стр. 899, комм. Y. Derains.

⁵ Арбитражное решение ICC № 5103 (1988), *Journal du droit international* 1988, стр. 1212, комм. Y. Derains; Арбитражное решение ICC № 5721 (1990), Y. Derain; S. Jarvin, Y. Derains and J.-J. Arnaldez; ICC Bulletin 1986-1990, стр. 400; Арбитражное решение ICC № 8385 (1995), *Journal du droit international* 1997, стр. 1068, комм. Y. Derain; S. Jarvin, Y. Derains and J.-J. Arnaldez, стр. 474; Арбитражное решение ICC № 6610, J.-J. Arnaldez, Y. Derains, D. Hascher, ICC Bulletin 1991-1995, стр. 277 (1997); Арбитражные решения ICC № 7604 и 7610 (1995 и 1996), *Journal du droit international* 1998, стр. 1027, комм. Д. Хашер, 6 стр. 1053,

2. Генезис новых материальных норм

Рассмотрение всех возможностей материальной нормы выходит за рамки данного исследования. Однако следует отметить, что существуют области, в которых разрабатываются или, по крайней мере, могут быть предложены новые нормы для устранения недостатков некоторых областей международного арбитражного права.

2.1. Прекращение действия арбитражного соглашения

Расторжение арбитражного соглашения. На протяжении нескольких лет поднимается вопрос, который отнюдь не является теоретическим ввиду растущего числа арбитражных разбирательств, в которых он поднимается, о том, может ли сторона арбитража расторгнуть арбитражное соглашение, если на то есть причины, такие как неисполнение другой стороной данного арбитражного соглашения или неспособность арбитражного соглашения сыграть свою роль в разрешении спора в силу развития различных обстоятельств. Именно такой является позиция в некоторых странах, таких как Германия и Швейцария¹. Во Франции такая возможность расторжения не была закреплена во французском прецедентном праве, но нашла отклик в юридической литературе², причём настолько, что возникает вопрос:

комм. J.-J. Arnaldez; Арбитражное решение ICC № 10758 (2000), *Journal du droit international* 2001, стр. 1171, комм. J.-J. Arnaldez; Арбитражное решение ICC № 14753 (2008), *Journal du droit international* 2011, *chron.* 11, стр. 1257.

¹ См. о немецком и швейцарском праве: J.-F. Poudret и S. Besson, *Droit comparatif l'arbitrage international*, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2002, n° 381; S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2002, n° 381.

По швейцарскому праву более поздние научные труды: G. Kaufmann-Kohler and A. Rigozzi, *International Arbitration - Law and Practice in Switzerland*, OUP, 2015, *spec. no.* 3.186; D. Girsberger and N. Voser, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, Schulthess, 3rd ed., 2016, n° 539.

² V. C. Seraglini и J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, n° 719; авторы утверждают, что арбитражное соглашение «может, в конечном счёте, в силу собственных причин прекратить своё действие. Это произойдёт в том случае, если оно будет расторгнуто по уважительным причинам одной из сторон».

предпочтительнее ли оставить вопрос о расторжении арбитражного соглашения в руках национального законодательства, обозначенного коллизионной нормой, допускающей такой вид расторжения арбитражного соглашения, или же следует формировать специальную материально-правовую норму, вытекающую непосредственно из общих материально-правовых норм об автономности и действительности арбитражного соглашения? Можно предположить, что анализ, заключающийся в том, чтобы поместить арбитражное соглашение в общий режим договоров о сроке действия, в данном случае неприменим к международному арбитражу. Согласно этому принципу, арбитражное соглашение хотя и является по своей природе долгосрочным договором, не подпадает ни под один из государственных режимов, применяемых к долгосрочным договорам, поэтому расторжение по уважительной причине к нему неприменимо.

2.2. Полномочия судьи

Антиисковые запреты являются подходящей областью для размышлений о материально-правовых нормах. Коллизионные нормы в этой области неопределены и варьируются между процессуальным правом и *lex causae*.

Действительно, антиисковые запреты рассматриваются как разновидность обеспечительных мер, входящих в диапазон полномочий арбитра¹. Однако *запрет на подачу иска* может быть и окончательным², ведь, по сути, такой запрет являет-

¹ G. Born, *supra*, стр. 2501; L. Lévy, «Anti-Suit Injunctions Issued by Arbitrators», in *Anti-Suit Injunctions in International Arbitration*, Juris Publishing, 2005, стр. 121; Adde I. Golcuklu, *Anti-suit Injunctions in International Arbitration: JurisNet*, 2020, стр. 157.

² См. например, QBD, 20 Dec 2019, *Seniority Shipping Corporation S.A. v City Seed Crushing Industries Ltd (M.V. Joker)* (2019) EWHC 3541 (Comm).

Решение по Сингапуру: Апелляционный суд, 21 ноября 2014 г., R1 *International Pte Ltd v Lonstroff, AG* [2014] SGCA 56.

Арбитражное решение № ICC-FA-2020-237, по которому H. Barbier, A. Fessas, *Chronique des Sentences CCI, Journal du droit international* 2020, No. 6.

ся санкцией за нарушение арбитражного соглашения¹. Однако отделение судебного запрета от обеспечительных мер и определение его как санкции, защищающей арбитражное соглашение, приводит к применению права, применимого к арбитражному соглашению, которое должно регулировать не только наличие у арбитра полномочий на вынесение такого запрета, но и условия, необходимые для его вынесения (неправомерное процессуальное поведение, неизбежный ущерб и т. д.). Поскольку в ряде законов о международном арбитраже арбитражное соглашение, а также вытекающий из него принцип компетенции-компетенции регулируются материальными нормами, вполне возможно, что и запрет на подачу иска может регулироваться материальной нормой.

Содержание данной материальной нормы предстоит уточнить, однако её контуры уже можно частично определить. Во-первых, данная материальная норма устанавливает принцип, согласно которому арбитр имеет право выносить антиисковой запрет, как временный, так и окончательный, независимо от того, какие национальные законы, регулирующие спор, лишают его такого права. Таким образом, само существование полномочий арбитра гарантируется материальной нормой. Во-вторых, что касается порядка реализации этого полномочия, то запрет может быть вынесен на основании ряда критериев: целесообразности или даже необходимости этой меры для истца, срочности или даже надвигающегося непоправимого ущерба², отсутствия оснований для отказа в её вынесении³, а также того, располага-

¹ Это одно из следствий арбитражного соглашения: см. E. Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, in *International Arbitration 2006: Back to Basics*: ICCA International Arbitration Congress, Kluwer Law International, 2006, стр. 235, спец. стр. 238; см. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *supra*, n° 668.

² См. в этой связи: E. Gaillard, *Anti-suit Injunctions Issued by Arbitrators*, *supra*, стр. 265.

³ См. по этому последнему критерию: I. Golcuklu, *Anti-suit Injunctions in International Arbitration*, *JurisNet*, 2020, стр. 31 et seq.

ло ли лицо, ходатайствующее о вынесении запрета, достаточным временем для защиты в оспоренном параллельном разбирательстве¹.

В частности, в тех случаях, когда параллельное разбирательство только предполагается, но ещё не начато, серьёзность угрозы должна оцениваться прежде всего в свете общего процессуального поведения ответчика. В другом решении, вынесенном недавно под эгидой международной торговой палаты (ICC), именно отсутствие серьёзной угрозы возобновления параллельного производства, которое уже было прекращено, в сочетании с определённым процессуальным поведением ответчика (который участвовал в арбитражном разбирательстве) побудили арбитражный суд отказать в принятии искового запрета².

Помимо полномочий арбитра по защите своей юрисдикции с помощью *антиисковых запретов*, именно полномочия арбитра по урегулированию спора с помощью соответствующих мер требуют рассмотрения соответствующей роли коллизионной нормы и нормы материального права.

На самом деле, помимо компенсационных санкций, которые не представляют никаких сложностей, независимо от права, обозначенного коллизионной нормой, полномочия арбитра назначать другие виды мер являются предметом постоянных споров, будь то полномочия назначать принудительное исполнение договора, или полномочия присуждать штрафные санкции, или даже выносить декларативное решение.

¹ О значении этого аспекта для запретов, налагаемых государственным судьей для защиты арбитражных разбирательств в Лондоне по общему праву, см. Davies, V. Kirsey, *Anti-Suit Injunctions in Support of London Seated Arbitrations Post-Brexit: Are All Things New Just Well-Forgotten Past*, *Journ. Int. Arb.* 2016, стр. 501, спец. стр. 513.

² Арбитражное решение ICC-FA-2020-237, *Journal du droit international* 2020, хрон. № 2, комм. Н. Barbier and A. Fessas.

Декларативные решения хорошо известны в арбитражной практике¹. Однако, несмотря на их широкое распространение, до сих пор существует некоторая неопределённость в вопросе об источнике полномочий арбитра на их вынесение.

Лишь в редких случаях национальное арбитражное законодательство прямым образом наделяет арбитров правом выносить декларативные решения. Одним из заметных исключений является раздел 48(3) *английского Закона об арбитраже* 1996 года, следуя которому «*Арбитражный суд может сделать заявление по любому вопросу, подлежащему разрешению в ходе разбирательства*»². Однако так происходит не везде. Во французском праве, например, декларативный иск воспринимается сдержанно из-за защитного требования, связанного с наличием настоящего интереса в действии, хотя и находит всё большее выражение³. Учитывая то, что данный вопрос редко находит удовлетворительное регулирование в национальном законодательстве, отсутствие положений в международных конвенциях по данному вопросу, таких как Нью-Йоркская или Вашингтонская конвенции, непосредственно посвящённых декларативным решениям, кажется предпочтительнее не привязывать данный вопрос к национальному праву.

Таким образом, декларативное решение рассматривается как полномочие арбитра, то есть полномочие, вытекающее непосредственно из его функций судьи. Показательно, что доктрина наделяет арбитра такими полномочиями, не испытывая при этом необходимости обращаться для этого к национальному законодательству, применимому к кон-

¹ S. Leimgruber, Declaratory Relief in International Commercial Arbitration, ASA Bulletin, 2014, стр. 467 et seq.; СТР. Dunaud, M. Kostytska, Declaratory Relief in International Arbitration, J. Int'l Arb. 1 (2012), стр. 1.

² Ирландский Закон об арбитраже, §26.

³ См. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, Procédure civile, 34e éd., 2022, n° 186 ; L. Cadiet, E. Jeuland, Droit judiciaire privé, 11e éd., 2022, n° 308.

кретному арбитражу¹. Несмотря на отсутствие чёткой формулировки, такой подход наталкивает на мысль о том, что декларативные полномочия арбитра являются материальной нормой международного арбитража.

Существует ряд причин, по которым необходимо поддерживать материально-правовую норму, регулирующую производство декларативных решений в арбитраже. Что касается возможного содержания этой материальной нормы, то тенденция в прецедентном праве и доктрине настаивает на необходимости наличия «*фактического интереса*» для обоснования декларативного иска. Данный критерий представляется нам наиболее подходящим, чтобы предоставить арбитрам инструмент для принятия декларативных действий².

¹ См. также N. Blackaby, C. Partasides et al, Redfern and Hunter on International Arbitration, Kluwer Law International, Oxford University Press, 6-е изд. 2015 стр. 524; по этому вопросу: S. Leimgruber, Declaratory Relief in International Commercial Arbitration, ASA Bulletin, 2014, стр. 474.

² См. по этому критерию: Poudret, Besson, Droit comparé de l'arbitrage international, n° 572; см. также в этом смысле: S. Leimgruber, Declaratory Relief in International Commercial Arbitration, ASA Bulletin, 2014, стр. 482.

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ ПРИКАЗ № 1: ПРАКТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ И КЛЮЧЕВЫЕ ВОПРОСЫ

*Гияр Сажко Анна**
*Гурдова Ширин***

Процессуальный приказ № 1 (далее – ПП1)¹ играет важную роль на начальных стадиях арбитражного разбирательства, закладывая фундамент для всего арбитража. Этот документ устанавливает основные процессуальные правила и обеспечивает сторонам понимание ожидаемого порядка разбирательства. Кроме того, ПП1 предоставляет сторонам возможность договориться о тех процессуальных аспектах, которые не были включены в арбитражную оговорку.

Содержание ПП1 охватывает разнообразные процессуальные аспекты и включает в себя в том числе описание сторон, место и язык арбитража, порядок представления до-

* Независимый арбитр и советник, адвокат в Украине и Франции, соучредитель Тюркской Арбитражной Ассоциации (ТАА), член Комиссии Международной торговой палаты (ИСС) по арбитражу и альтернативным способам разрешения споров, член правления Украинской арбитражной ассоциации, соучредитель Nash Arbitrazh; с автором можно связаться по электронной почте: anna@agslegal.xyz

** Юрист в Derains & Gharavi (Париж), соучредитель Тюркской Арбитражной Ассоциации (ТАА), сопредседатель Young ICCA; с автором можно связаться по электронной почте: shirin.gurdova@mids.ch

¹ Под ПП1 мы понимаем первый процессуальный документ, вынесенный арбитражным трибуналом, устанавливающий процессуальные правила проведения арбитражного разбирательства.

казательств и вопросы конфиденциальности¹. Он также может включать в себя процессуальный график, в котором указываются ключевые даты, сроки и этапы арбитражного разбирательства.

Учитывая, что в арбитраже стороны часто представлены юристами из разных стран с разной правовой культурой и что каждое дело имеет свои особенности, ПП1 предоставляет сторонам возможность достичь согласия по ключевым процессуальным вопросам. Это способствует повышению эффективности арбитражного разбирательства путём сокращения возможных разногласий в процессуальных вопросах, которые могли бы стать источником конфликта между сторонами.

В данной статье мы рассмотрим некоторые практические аспекты, связанные с составлением ПП1, а также обсудим сложности, связанные с выбором наилучшего подхода.

1. Применимое право

Если арбитражная оговорка в договоре не указывает на применимое к ней право или содержит только информацию о праве, применимом к основному договору, у сторон на стадии составления ПП1 будет возможность исправить этот недочёт и закрепить право, которое будет применяться к самой арбитражной оговорке, процессу арбитража и месту арбитража. Важно отметить, что доктрина автономности (отделимости) подразумевает, что арбитражная оговорка не зависит от действительности основного договора и, следовательно, может регулироваться другим правом, отличным от права, применимого к основному договору. Кроме того, признание основного договора недействительным влечёт за собой и недействительность положения о приме-

¹ Чек-лист ICCA для ПП1 насчитывает 22 позиции для включения в ПП1. Доступно здесь: https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/07042015_icca_checklist_first_procedural_order_a5_qr_final.pdf

нимом праве. Однако, отдельное закрепление права, применимого к арбитражной оговорке, является залогом применения к ней права, выбранного сторонами. Таким образом, чтобы избежать неопределённости, лучше указать право, регулирующее арбитражную оговорку.

Также может быть полезным упомянуть законодательство страны или стран, где арбитражное решение, вероятно, будет приведено в исполнение. Таким образом, арбитражный трибунал сможет учитывать специфику законодательства этих стран при вынесении арбитражного решения для повышения шансов приведения его в исполнение.

2. Конфиденциальность

Конфиденциальность часто считается одним из основных преимуществ арбитража, особенно когда арбитраж затрагивает коммерческую тайну. При этом в национальных законодательствах и различных арбитражных регламентах нет единого подхода к определению и степени конфиденциальности, которую следует соблюдать участниками арбитража. ПП1 предоставляет сторонам возможность согласовать предпочтительный режим конфиденциальности. В рамках ПП1 может быть согласовано, какая информация должна оставаться конфиденциальной, как долго будет действовать обязательство о конфиденциальности, в каких обстоятельствах конфиденциальную информацию можно раскрывать, а также разрешены вопросы о публикации и публичном доступе к арбитражному решению.

Следует отметить, что некоторые институты, например, ICC (Международная торговая палата в Париже), в своей стандартной арбитражной оговорке указывают, что арбитражное решение не является конфиденциальным по умолчанию. При этом стороны могут заявить о своём несогласии с публикацией арбитражного решения. Однако, если стороны согласятся с публикацией арбитражного решения, они

могут договориться о том, какая информация будет анонимизирована или скрыта в арбитражном решении перед публикацией.

3. Адвокатская этика

В арбитражной практике часто возникают сложности, связанные с адвокатской этикой, в частности, в вопросах раскрытия информации и конфликта интересов, нередко ведущие к спорам о том, какую информацию следует раскрывать и в каком объёме. Правила Международной ассоциации юристов (ИВА) по получению доказательств в международном арбитраже часто применяются как международные стандарты в этих вопросах. Стороны спора могут договориться добавить правила ИВА или другие в ПП1 как обязательные правила арбитражного разбирательства или как рекомендационные правила.

Однако ещё следует учитывать, что адвокаты сторон должны также соблюдать правила адвокатской этики стран, где они имеют статус адвоката. И когда адвокаты одной из сторон имеют преимущество из-за менее строгих национальных этических правил, то это может привести к нарушению так называемого принципа «равенства оружия». Но стороны могут договориться, что в таких случаях адвокаты не должны получать преимущество, недоступное другой стороне, только из-за разных уровней запретов в национальных этических правилах.

4. Процессуальные составляющие, влияющие на установление процессуального графика

Среди ключевых процессуальных вопросов, которые могут возникнуть на начальных этапах арбитражного разбирательства и которые следует учесть при составлении процессуального графика, можно выделить бифуркацию¹ раз-

¹ Решение о разделении процесса на несколько этапов, например, отдельное

бирательства, обеспечительные меры и параллельные арбитражные или судебные разбирательства, которые имеют значение для рассмотрения дела по сути в арбитраже или могут каким-либо образом повлиять на ход арбитражного разбирательства. Также необходимо обратить внимание на возможность объединения нескольких арбитражных разбирательств в одно производство или присоединение участников со стороны истца или ответчика. Принятие во внимание этих аспектов и решений на их основе может помочь сократить длительность арбитражного разбирательства или предупредить разногласия между сторонами.

5. Окно для медиации

Для предоставления возможности сторонам урегулировать спор через медиацию стороны могут договориться о добавлении в процессуальный график окна для медиации после завершения какого-либо важного этапа арбитражного разбирательства. Например, его можно добавить после первого раунда обмена письменными пояснениями сторон, вынесения решения о юрисдикции, раскрытия документов или вынесения решения относительно обеспечительных мер.

6. Язык документов, представляемых сторонами, и язык показаний экспертов и свидетелей

В международном арбитраже язык разбирательства не всегда совпадает с языком, на котором говорят стороны, и с языком, на котором был составлен договор между сторонами¹. Согласование вопросов, связанных с переводом, играет важную роль на этапе составления ПП1.

Документы, предоставляемые сторонами в арбитраже, обычно включают в себя следующие категории: (i) прило-

рассмотрение вопросов юрисдикции, по существу дела, ответственности и компенсации.

¹ Зачастую языком арбитражного процесса является английский, особенно когда стороны в споре из разных стран и говорят на разных языках.

жения (фактические и/или юридические) к письменным пояснениям сторон, (ii) письменные показания свидетелей и заключения экспертов, (iii) документы, раскрываемые сторонами на этапе раскрытия документов.

Касательно документов первой категории рекомендуется переводить конкретный отрывок текста, на который ссылается данная сторона. Важно также обращать внимание, чтобы переведённые фрагменты не были вырваны из контекста. В определённых случаях по запросу другой стороны или по собственному решению арбитражный трибунал может распорядиться перевести другие части документов.

Документы второй категории переводятся полностью.

Как правило, стороны обязаны предоставить переводы одновременно с оригиналами текстов, чтобы у противной стороны была возможность проверить соответствие перевода оригиналу. Однако, в случае значительного количества документов, стороны могут договориться и отразить в ПП1, что перевод следует предоставить в течение трёх-пяти дней после подачи оригиналов.

Документы третьей категории обычно предоставляются стороной без переводов.

Для того чтобы избежать путаницы в ссылках на переводы, особенно когда номера страниц в документах и переводах отличаются, рекомендуется предварительно согласовать систему нумерации абзацев и страниц в переводе.

Что же касается показаний свидетелей или экспертов, то они могут давать устные показания на родном языке. В таком случае сторона, представляющая свидетеля/эксперта для дачи устных показаний, должна обеспечить устный (синхронный или последовательный) перевод показаний на язык арбитража. Сторона, которая собирается давать устные показания не на языке процесса, должна уведомить об этом арбитражный трибунал и противную сто-

рону заранее и обеспечить надлежащий устный перевод таких показаний.

7. Письменные пояснения сторон

При обсуждении сторонами и арбитражным трибуналом порядка представления письменных пояснений сторон, рекомендуется подробно описать в ПП1 следующие пункты: (i) количество обменов письменными пояснениями сторон, (ii) формат предоставления документов (бумажный или электронный), (iii) размер бумаги (A4 или A5), (iv) наименование и нумерацию приложений к документам стороны (v) ограничение по количеству страниц письменных пояснений сторон, и (vi) сопровождение этих письменных пояснений письменными свидетельскими показаниями и экспертными отчетами.

Кроме того, сторонам рекомендуется выбрать стиль представления письменных пояснений сторон: в английском стиле (когда письменные доказательства, показания свидетелей и отчёты экспертов следуют за письменными пояснениями сторон) или же в стиле *«международного арбитража»* (когда письменные доказательства, показания свидетелей и отчёты экспертов представляются вместе письменными пояснениями сторон).

8. Встреча трибунала и сторон перед слушанием

Для обсуждения арбитражного разбирательства и любых нерешённых или дополнительных вопросов, которые могут возникнуть в ходе арбитражного разбирательства до начала слушания, рекомендуется предусмотреть проведение процессуального совещания после завершения обмена письменными пояснениями сторон спора. С целью экономии времени и затрат такое совещание может быть проведено по телефону или в режиме видеосвязи. Преимущество проведения процессуального совещания заключается в

том, что арбитражный трибунал может обсудить логистику и график слушания. Сюда входят вопросы, касающиеся времени проведения слушания (начало и окончание каждого дня слушания), времени, отведённого на вступительные и заключительные выступления, порядка и процедуры допроса свидетелей и экспертов, записи слушания, перевода (при необходимости) и предоставления записи слушания сторонам по его завершению.

Также на этапе составления ПП1 сторонам и арбитражному трибуналу рекомендуется рассмотреть возможность проведения выездного заседания арбитражного трибунала, так называемого Reed Retreat.

Reed Retreat - это, по сути, встреча членов арбитражного трибунала в преддверии слушания для обсуждения предстоящего слушания и вопросов по существу спора. Такое совещание арбитражного трибунала способствует процессу принятия решений, формулированию конкретных вопросов и указаний сторонам спора. Выездное совещание ускоряет процесс, так как в итоге такой встречи адвокаты сторон смогут получить согласованные указания арбитражного трибунала, что, в свою очередь, приводит к значительной экономии средств¹.

9. Логистические вопросы, касающиеся слушания

Что касается слушания, на стадии составления ПП1 сторонам следует обсудить и детально описать в приказе, какая из сторон бронирует и оплачивает помещения для проведения слушания и в каком формате пройдёт слушание (вживую или по видеосвязи). Также важно достичь согласия, в каком городе будут проходить слушания.

¹ Lucy Reed, The Kaplan Lecture 2012, "Arbitral Decision-making: Art, Science or Sport?"; Paul Tan and Samuel Seow, "The Overview of Procedural Innovations in International Commercial Arbitration" International Arbitration Asia (9 December 2014).

10. Расходы

Вопрос расходов, связанных с арбитражным процессом, является одним из самых важных. На этапе обсуждения и составления ПП1 сторонам рекомендуется договориться о бюджете и методах ограничения расходов.

Часто ПП1 содержит общее положение, обязывающее стороны вести процесс экономно и эффективно, и что любое необоснованное и неразумное поведение и запросы будут учтены арбитражным трибуналом при принятии решения о распределении расходов. Примерами такого поведения сторон могут быть чрезмерные запросы о предоставлении документов, несоблюдение сроков и процессуальных предписаний.

Включение таких положений в ПП1 имеет большое значение, поскольку они формируют ожидания как сторон, так и арбитражного трибунала на ранней стадии разбирательства. Эти положения также служат напоминанием о возможных последствиях в случае недобросовестного поведения какой-либо стороной и действуют, как дополнительный стимул для обеспечения эффективности, экономии и сохранения ресурсов в ходе арбитражного процесса¹.

Закрепление вышеуказанных пунктов в ПП1 и их дальнейшее соблюдение сторонами спора содействуют эффективному, организованному и гармоничному ходу арбитражного разбирательства.

¹ Compendium of Arbitration Practice, IBA Arb40 Subcommittee, October 2017.

ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНАЯ МЕРА В АРБИТРАЖЕ В ОТНОШЕНИИ ГАРАНТА ИЛИ ПОРУЧИТЕЛЯ

*Давыденко Дмитрий Леонидович**

Большинство известных арбитражных регламентов предусматривают возможность вынесения составом арбитража (в российской терминологии – третейским судом) постановлений о принятии различного рода обеспечительных мер по заявлению заинтересованной стороны, как правило, истца.

Более того, многие арбитражные учреждения предусматривают также процедуру чрезвычайного арбитража: вынесение по заявлению заинтересованной стороны срочных обеспечительных мер ещё до формирования состава арбитража. Такие меры могут состоять, например, в запрете отчуждать имущество, которое является предметом спора, совершать платёж, исполнять обязательство, выполнять иные действия.

Вопрос о наличии у состава арбитража или чрезвычайного арбитра полномочий выносить такие постановления относительно прост, когда речь идёт об обеспечительных мерах в отношении стороны арбитражного разбирательства, пря-

¹ К.ю.н., доцент кафедры международного права факультета международных отношений Белорусского Государственного Университета, Арбитр НКІАС (Гонконг), Арбитражного центра Южного Китая (SCIA), МКАС и Морской арбитражной комиссии при ТПП РФ, Палаты арбитров (Минск), Казахстанско-го международного арбитража; с автором можно связаться по электронной почте: dmitridavydenko@gmail.com

мо связанной арбитражным соглашением, как правило, ответчика.

Более сложный вопрос возникает в случае, когда запрашиваемая мера касается запрета или обязанности совершать определённые действия, адресованного не стороне арбитражного разбирательства, а иному лицу. Таким лицом может выступать поручитель или банк или иная коммерческая организация (далее - гарант), которая предоставила гарантию исполнения стороной контракта, содержащего арбитражную оговорку в пользу другой стороны.

Так, согласно п. 1 ст. 368 и 370 Гражданского кодекса России, по независимой гарантии гарант принимает на себя по просьбе другого лица (принципала) обязательство уплатить указанному им третьему лицу (бенефициару) определённую денежную сумму в соответствии с условиями данного гарантом обязательства, независимо от действительности обеспечиваемого такой гарантией обязательства. Предусмотренное независимой гарантией обязательство гаранта перед бенефициаром не зависит в отношениях между ними от основного обязательства, в обеспечение исполнения которого она выдана, от отношений между принципалом и гарантом, а также от каких-либо других обязательств, даже если в независимой гарантии содержатся ссылки на них.

В частности, нередко бывают ситуации, когда гарант обязуется выплатить денежную сумму в определённых пределах в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения продавцом или покупателем своих обязательств.

В случае исполнения обязательств по гарантии права требования к принципалу могут перейти к банку в силу условий самой гарантии или закона. Такая замена стороны в споре может иметь неблагоприятные последствия для принципала, в том числе потому что сумма уже выплачена. На практике возникают случаи, когда сторона, чтобы избежать такой

ситуации, обращается в арбитражное учреждение с заявлением о вынесении срочной обеспечительной меры в виде запрета гаранту совершать выплаты по гарантии в порядке чрезвычайного арбитража, если состав арбитража ещё не сформирован. Либо, если состав арбитража уже сформирован, то подобное заявление подаётся на рассмотрение ему. В любом случае возникает вопрос о наличии полномочий по вынесению таких мер в свете того, что гарант как таковой не является стороной основного договора, в связи с которым возник спор.

В законодательстве этот вопрос прямо не урегулирован.

Данный вопрос следует рассматривать в контексте более общей проблемы распространения арбитражного соглашения на лиц, которые его не подписывали (далее -третьи лица).

Общее правило состоит в том, что арбитражное соглашение распространяется только на стороны, его подписавшие. В доктрине выражена позиция, что его распространение на третьих лиц подрывает «неотъемлемые принципы согласия и договорной природы арбитража»¹.

1. Толкование согласия третьего лица на подчинение условиям арбитражного соглашения

Из этого следует необходимость согласия третьего лица на то, чтобы добровольно подчиниться условиям арбитражного соглашения, а следовательно, юрисдикции соответствующего арбитражного органа.

Что касается российского права, то здесь следует вспомнить Постановление Конституционного Суда России о том, что если решением третейского суда затрагиваются права и ин-

¹ Brekoulakis S., *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford University Press, 2010.

тересы третьих лиц, которые «не участвовали в третейском разбирательстве и не давали на него согласия, то данное обстоятельство является основанием для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда», так как такое решение «содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы третейского соглашения, т. е. не соответствует закону»¹.

Однако возникает вопрос, должно ли такое согласие быть прямым, или оно может быть подразумеваемым и следующим из обстоятельств.

На этот счёт имеются различные теории.

Так, в шведской доктрине и судебной практике допускается, что в некоторых случаях действие арбитражной оговорки может быть распространено и на поручителей (гарантов), предоставивших обеспечение по обязательствам между должником и кредитором, заключившими между собой такое соглашение. Например, в деле об отмене решения по регламенту Арбитражного института ТПС (*E. Export Company Ltd (Israel), Asia House Ltd (Israel) v Kazakhstan*) в роли поручителя по сделке между казахстанской и израильской компаниями выступал Казахстан. Последний ссылался на отсутствие обязывающего для себя арбитражного соглашения, поскольку его не заключал². Третейский суд, однако, признал поручителя связанным условиями арбитражной оговорки в силу тесной предметной связи (между основным обязательством и гарантией), а также тесной субъектной связи между поручителем и должником, подобной связи между материнской и дочерней компаниями. Суд округа Свеа согласился с этим, сделав вывод о том, что осведомлённость и очевидная аффилированность между по-

¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 26.05.2011 № 10-П.

² Hassler Åke. *Skiljeförfarande*. Stockholm: Norstedt, 1966. P. 38–39. Цит. по Зыков Р. О. *Международный арбитраж в Швеции: право и практика*. Статут 2014. С. 16, 18 и 19.

ручителем и должником связывают поручителя условиями заключённого между кредитором и должником арбитражного соглашения.

Однако это особая ситуация, когда гарант прямо аффилирован со стороной арбитража. При этом данная позиция далеко не общепризнана: тут речь идёт о специфическом случае применения доктрины проникновения за «корпоративную вуаль». Даёт ли она основание для распространения на аффилированное лицо арбитражного соглашения – отдельный непростой вопрос.

Даёт ли она *per se* основание для распространения на аффилированное лицо арбитражного соглашения – отдельный непростой вопрос. Федеральный суд Германии в недавнем деле ответил на этот вопрос отрицательно¹.

Если таких фактических обстоятельств аффилированности нет, то, по общему правилу, гарант содержащейся в основном контракте сторон арбитражной оговоркой не связан.

Такой общий подход отражается в арбитражной практике. Например, в одном из дел состав арбитража МКАС при ТПП РФ рассмотрел ходатайство покупателя о привлечении в процесс по его иску к продавцу в качестве соответчика третьего лица, выдавшего гарантию возврата денежных средств, уплаченных покупателем продавцу, в случае непоставки товара. Состав арбитража отклонил это ходатайство, придя к заключению, что между покупателем и третьим лицом отсутствует арбитражное соглашение². Таким образом, в распространении действия арбитражной оговорки на третье лицо – гаранта по договору было отказано.

¹ Markus Altenkirch, Maria Barros Mota. German Federal Court of Justice on the extension of arbitration agreements to non-signatories (piercing of the corporate veil) - Global Arbitration News

² Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 37 // Розенберг М., Практика международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2005 г. // Статут. 2006. // СПС Консультант Плюс.

Однако у этого общего правила могут быть исключения, и этот вопрос подлежит исследованию при рассмотрении заявления о принятии (срочных) обеспечительных мер.

Как именно может быть исследован данный вопрос, далее продемонстрировано на примере обстоятельств одного недавнего конкретного дела.

2. Требование о запрете гаранту производить выплаты по банковской гарантии

Российская коммерческая организация (продавец, истец) обратилась в Российский арбитражный центр при Российском институте современного арбитража (далее – «РАЦ») с заявлением о принятии срочных обеспечительных мер в виде запрета банку производить выплаты по банковской гарантии по требованию российского покупателя (ответчика). В обоснование своего заявления истец сослался на следующие обстоятельства.

Истец заявил в арбитраж исковые требования к ответчику на основании арбитражной оговорки в договоре поставки оборудования. Предметом иска являлось признание недействительным требования ответчика к банку об уплате денежной суммы по независимой гарантии.

Банк выдал ответчику (бенефициару) независимую гарантию надлежащего исполнения истцом (принципалом) обязательств по возврату суммы авансового платежа, уплаченного по договору (далее - «Договор»).

Истец осуществил поставку оборудования. Ответчик, полагая, что у оборудования имеются недостатки по качеству, обратился к гаранту с требованием о выплате суммы (части авансового платежа) по независимой гарантии.

Истец просил в качестве срочной обеспечительной меры запретить гаранту производить выплаты по банковской га-

рантии по данному требованию ответчика. По мнению истца, исполнение гарантом требований ответчика по банковской гарантии приведёт к возникновению у гаранта спорных требований к истцу. Заявленная обеспечительная мера непосредственно связана с предметом спора, соразмерна заявленному требованию и направлена на сохранение существующего положения.

Также истец сослался на то, что принятие данных обеспечительных мер направлено на фактическую реализацию цели института таких мер – предотвращение причинения ущерба заявителю в случае удовлетворения иска. В случае непринятия обеспечительных мер покупатель получит денежные средства по банковской гарантии независимо от исхода дела, что в случае удовлетворения заявленных требований повлечет для истца дополнительные процедуры по восстановлению его нарушенного права, связанные с подачей новых исков, направленных, в частности, на возврат неосновательного обогащения ответчика за счёт истца.

Заявление о принятии срочных обеспечительных мер рассматривается чрезвычайным арбитром (п. 1 ст. 48 Арбитражного регламента РАЦ).

При рассмотрении данного заявления в первую очередь подлежит проверке наличие арбитражного соглашения между сторонами. В данном деле такое соглашение имелось: между истцом и ответчиком был заключён договор, включающий арбитражную оговорку о том, что любой спор, разногласие, претензия или требование, вытекающие из договора и возникающие в связи с ним, в том числе связанные с его нарушением, заключением, изменением, прекращением или недействительностью, разрешаются по выбору истца в том числе путём арбитража, администрируемого РАЦ.

Следующий вопрос состоит в том, допускается ли в принципе возможность принятия обеспечительных мер примени-

мым к арбитражу правом и арбитражным регламентом. В данном случае, действительно, в соответствии с п. 1 ст. 47 Арбитражного регламента РАЦ, при отсутствии соглашения сторон об ином, по заявлению любой стороны обеспечительные меры могут быть приняты до формирования состава арбитража. Они именуется срочными обеспечительными мерами.

Данное положение Арбитражного регламента основывается на ст. 17 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее – «Закон об арбитраже»).

Из материалов дела ничто не свидетельствовало о том, что между сторонами было заключено соглашение о том, что обеспечительные меры не могут быть приняты согласно применимому регламенту. В частности, не имелось положения об этом в Договоре. Следовательно, принципиальная возможность принятия по заявлению стороны обеспечительных мер в настоящем деле имелаась.

Чрезвычайный арбитр установил, что все процедурные требования Арбитражного регламента были соблюдены. С учётом этого у РАЦ имелись основания для принятия заявления о принятии срочных обеспечительных мер, а у чрезвычайного арбитра имелись основания для его рассмотрения.

3. Возможность принятия срочной обеспечительной меры по запрету гаранту производить выплаты по банковской гарантии

Как отмечено выше, арбитражное соглашение, по общему правилу, является необходимым условием для рассмотрения исковых требований третейским судом. Равным образом, по общему правилу, оно является необходимым условием для рассмотрения лицом, уполномоченным в соответствии с арбитражным регламентом, заявления о

принятии обеспечительных мер в связи с третейским разбирательством.

С учётом применения в данном деле законодательства России об арбитраже, действие арбитражного соглашения распространяется на лиц, которые его не заключали, только в исключительных случаях¹. Аналогичный подход применяется и в большинстве других развитых правовых систем.

В частности, если из гарантийного соглашения следует, что на гарантию распространяются условия об арбитраже, содержащиеся в форме оговорки основного договора, то гарант может считаться стороной арбитражного соглашения наряду со сторонами основного договора. Данная позиция нашла отражение в судебной практике².

В этой связи для целей выявления возможности принятия срочной обеспечительной меры в отношении гаранта прежде всего необходимо рассмотреть вопрос, имеются ли основания для распространения на гаранта арбитражной оговорки, содержащейся в основном договоре.

В соответствии с п. 5 ст. 7 Закона об арбитраже ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, представляет собой арбитражное соглашение, заключённое в письменной форме, при условии, что указанная ссылка позволяет считать такую оговорку частью договора.

В разъяснение данного положения Пленум Верховного Суда России указал:

«Ссылка в договоре на документ, содержащий арбитражную оговорку, представляет собой арбитражное соглашение, заключённое в письменной форме, при условии, что указанная ссылка позволяет считать такую оговорку ча-

¹ См., например, определение Арбитражного суда г. Москвы от 21.08.2020 по делу № А40-264409/19-68-1743.

² Постановление Арбитражного суда Московского округа от 09.08.2016 по делу № А40-217538/15.

стью договора (часть 5 статьи 7 Закона об арбитраже, пункт 6 статьи 7 Закона о международном коммерческом арбитраже), то есть суд устанавливает наличие воли сторон на распространение условий этого документа на отношения, возникшие из договора. В частности, ссылка в договоре на то, что все возникающие споры будут разрешаться в порядке, предусмотренном другим документом, в текст которого включена арбитражная оговорка (например, определённым типовым договором), делает соответствующую оговорку частью договора сторон»¹.

Применяя данное правило, по аналогии или напрямую, к независимой гарантии, следует выяснить, позволяет ли её ссылка на основной договор считать его арбитражную оговорку частью гарантии. В рассматриваемом деле в гарантии было лишь указано, что гарант извещён о заключении Договора и обязуется уплатить бенефициару денежную сумму в случае, если принципал не исполнит или исполнит ненадлежащим образом свои обязательства перед бенефициаром по возврату суммы авансового платежа, уплаченного по Договору.

Ключевым вопросом является, имеется ли в гарантии оговорка, которой гарант выразил волю на рассмотрение связанных с ней споров в арбитраже в соответствии с тем же регламентом, какой предусмотрен в основном договоре. Если такая оговорка имеется, тогда можно исходить из связанности всех участников правоотношений арбитражным соглашением и возможности рассматривать споры и выносить обеспечительные меры в отношении в том числе гаранта.

В рассматриваемом случае таковой не имелось: гарантия предусматривала, что споры, возникающие в связи с исполнением обязательств по гарантии, подлежат рассмотрению

¹ Постановление Пленума Верховного Суда России от 10.12.2019 № 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража» (п. 22).

в Арбитражном суде г. Москвы (несмотря на слово «арбитражный» речь идёт о государственном суде).

Следовательно, гарант не выражал в гарантии согласия на юрисдикцию арбитражного учреждения в отношении споров в связи с самой гарантией и договором, исполнение указанных в ней обязательств продавца по которому он обеспечивает.

Напротив, гарант выразил намерение в отношении споров, связанных с исполнением обязательств по банковской гарантии, быть связанным юрисдикцией иного органа – Арбитражного суда г. Москвы.

В этой связи воля гаранта на распространение арбитражной оговорки Договора на отношения, возникшие из гарантии, отсутствует.

Следующим шагом является выяснение, не заявлял ли гарант о присоединении к арбитражу по данному делу в качестве дополнительной стороны (п. 3(3) ст. 34 Арбитражного регламента) и не выражал ли он согласия на участие в арбитраже по делу иным образом. Также поступали ли от сторон заявления о присоединении гаранта к арбитражу в качестве дополнительной стороны в порядке, установленном Арбитражным регламентом.

В данном случае таких заявлений не имелось.

Следовательно, оснований для распространения на гаранта арбитражной оговорки, содержащейся в Договоре, не имеется: нет ни прямо выраженного, ни подразумеваемого согласия гаранта на это.

В такой ситуации следует сделать вывод о том, что юрисдикционные основания для принятия в отношении гаранта срочной обеспечительной меры отсутствуют, и в удовлетворении заявления о принятии срочных обеспечительных мер следует отказать, не рассматривая их обоснованность по существу.

Если бы гарант выразил любым образом согласие на участие в арбитраже, тогда имело бы значение, согласны ли стороны на такое участие. Думается, что такое их согласие может следовать из самого наличия гарантии, которая выдаётся по просьбе одной из сторон (принципала) в пользу другой стороны (бенефициару). Во всяком случае, тут можно говорить о подразумеваемом согласии принципала. Либо о том, что принципал выражает такое согласие (акцепт), когда подаёт заявление о вынесении обеспечительных мер к гаранту. Тогда *arguendo* есть основания считать, что между последним и гарантом есть арбитражное соглашение, которое связывает гаранта с основным договором таким образом, что обеспечительные меры, при наличии оснований, могут быть вынесены в отношении гаранта по заявлению принципала.

4. Заключение

Вопрос о распространении арбитражного соглашения на третьих лиц весьма деликатен. Отсутствие согласия лица на участие в арбитраже, в том числе в том, что касается обеспечительных мер, является основанием для вывода об отсутствии полномочий у третейского суда или, соответственно, чрезвычайного арбитра, на рассмотрение исковых требований или обеспечительных мер в отношении такого лица. Однако к оценке наличия такого согласия не следует подходить формально. Согласие может следовать из обстоятельств дела. Это вполне касается гарантов и поручителей.

ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ В МЕЖДУНАРОДНЫХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СПОРАХ

*Филиппов Иван Александрович**

В январе 2023 года международная юридическая фирма White & Case LLP и Британский институт международного и сравнительного права (BIICL) опубликовали второе эмпирическое исследование по обеспечительным мерам в международном инвестиционном арбитраже¹. Оно содержит анализ 160 опубликованных решений арбитражей и отражает изменения в международной арбитражной практике, произошедшие со времени подготовки первого исследования White & Case LLP и BIICL по данной теме, которое было опубликовано в ноябре 2019 года².

Настоящая статья обобщает и анализирует результаты второго исследования White & Case и BIICL об обеспечительных мерах.

* Юрист, White & Case LLP, Лондон; с автором можно связаться по электронной почте: ivan.philippov@whitecase.com

¹ David Goldberg, Yarik Kryvoi, Ivan Philippov. Provisional measures in investor-state arbitration, BIICL/White & Case, London, 2023. // Доступно по адресу: <https://www.whitecase.com/sites/default/files/2023-01/empirical-study-provisional-measures-in-investor%E2%80%91state-arbitration-2023.pdf>.

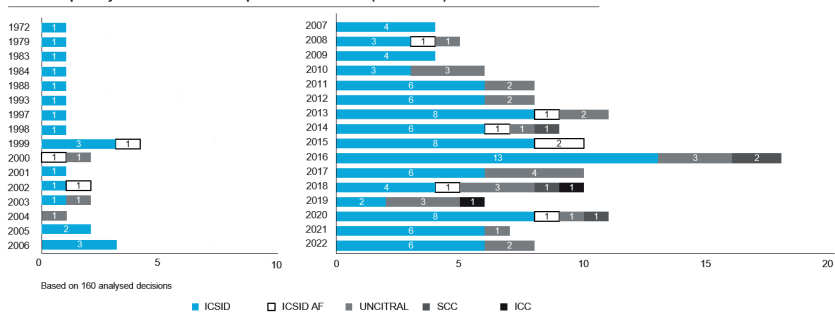
² David Goldberg, Yarik Kryvoi, Ivan Philippov. *Empirical Study: Provisional Measures in Investor-State Arbitration*, BIICL/White & Case, London, 2019. // Доступно по адресу: https://www.biicl.org/documents/78_isds-provisional-measures.pdf.

Обеспечительные меры в инвестиционных спорах

Обеспечительные меры – это временные меры, принятые арбитрами для того, чтобы сохранить спорное имущество или защитить другие права и интересы истца или ответчика до вынесения окончательного решения составом арбитража. Данная статья анализирует решения об обеспечительных мерах в международных инвестиционных спорах между иностранными инвесторами (истцами) и принимающими инвестиции государствами (ответчиками) на основе двух- и многосторонних договоров о защите инвестиций.

Статистика ведущих арбитражных институтов показывает значительный рост числа подобных решений. Так, арбитры вынесли (по данным на 31 сентября 2022 года) 112 решений по регламенту Международного центра по разрешению инвестиционных споров (МЦУИС, или *ICSID*), 31 решение по регламенту ЮНСИТРАЛ (*UNCITRAL*), 10 – по регламенту Дополнительного механизма МЦУИС (*ICSID Additional Facility*), 5 – по регламенту Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма (ТПС, или *SCC*) и 2 – по регламенту Международного арбитражного суда при Международной торговой палате (МТП, или *ICC*).

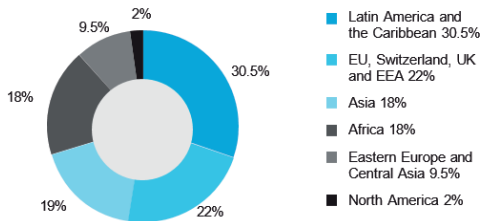
Number of publicly available decisions on provisional measures (1972 to 2022)



В почти 10% случаев ответчиком в таких спорах были государства из числа стран бывшего СССР (за исключением

стран Балтии), в том числе Украина, Казахстан, Молдова, Российская Федерация, Беларусь, Грузия и Туркменистан¹.

Regions of respondent states

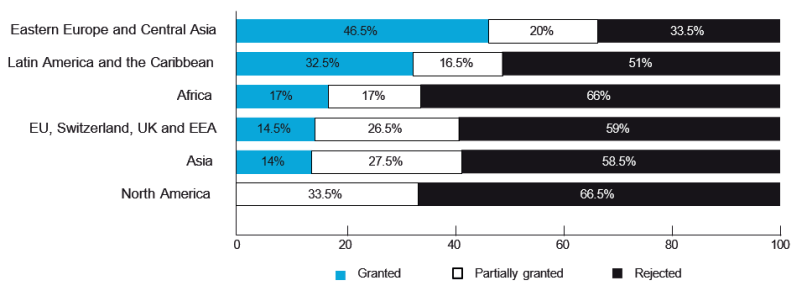


Based on 160 analysed decisions

¹ Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Procedural Order No. 1 (Provisional Measures), 1 July 2003; Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Procedural Order No. 3, 18 January 2005; Caratube International Oil Company LLP v. Republic of Kazakhstan (I), ICSID Case No. ARB/08/12, Decision Regarding Claimant's Application for Provisional Measures, 31 July 2009; TSIKinvest LLC v. Republic of Moldova, SCC Case No. EA 2014/053, Emergency Decision, 29 April 2014; Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan (II), ICSID Case No. ARB/13/13, Decision on the Claimants' Request for Provisional Measures, 4 December 2014; Evrobalt LLC v. Moldova, SCC Case No. EA 2016/082, Award on Emergency Measures, 30 May 2016; Kompozit LLC v. Republic of Moldova, SCC Case No. 2016/95, Emergency Award on Interim Measures, 14 June 2016; Sergei Viktorovich Pugachev v. the Russian Federation, UNCITRAL, Interim Award, 7 July 2017; Igor Boyko v. Ukraine, PCA Case No. 2017-23, Procedural Order No. 3 on Claimant's Application for Emergency Relief, 3 December 2017; OOO Manolium Processing v. the Republic of Belarus, PCA Case No. 2018-06, Decision on Claimant's Interim Measures Request, 7 December 2018; Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/18/35, Decision on the Respondent's Request for Security for Costs and the Claimant's Request for Security for Claim, 27 January 2020; Dirk Herzig as Insolvency Administrator over the Assets of Unionmatex Industrieanlagen GmbH v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/18/35, Procedural Order No. 5 on Claimant's Request for Reconsideration and Respondent's Request for Termination of the Proceedings, 9 June 2020; GRAND EXPRESS Non-Public Joint Stock Company v. Republic of Belarus, ICSID Case No. ARB(AF)/18/1, Procedural Order No. 4 (Decision on the Claimant's Application for Provisional Measures and Confidentiality Order), 28 December 2020; Nasib Hasanov v. Georgia, ICSID Case No. ARB/20/44, Procedural Order No. 3 (Claimant's Request for Provisional Measures), 15 April 2021; Nasib Hasanov v. Georgia, ICSID Case No. ARB/20/44, Decision on Claimant's Application for Provisional Measures, 14 June 2022.

Статистика по решениям об обеспечительных мерах показывает, что истцы получили или частично получили запрашиваемые решения об обеспечительных мерах в 66,5% дел с участием стран бывшего СССР. Это значительно выше, чем в делах с участием стран Латинской Америки (49%), Азии (41,5%), Европы (41%) и Африки (34%).

Chance of success based on the region of the respondent state

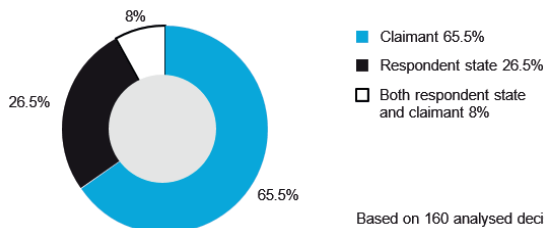


Based on 160 analysed decisions

Виды обеспечительных мер в инвестиционных спорах

В большинстве случаев обеспечительные меры были запрошены истцами (65,5%). Государства подавали подобные заявления только в 26,5% случаев. В 8% опубликованных решений обеспечительные меры были запрошены обеими сторонами.

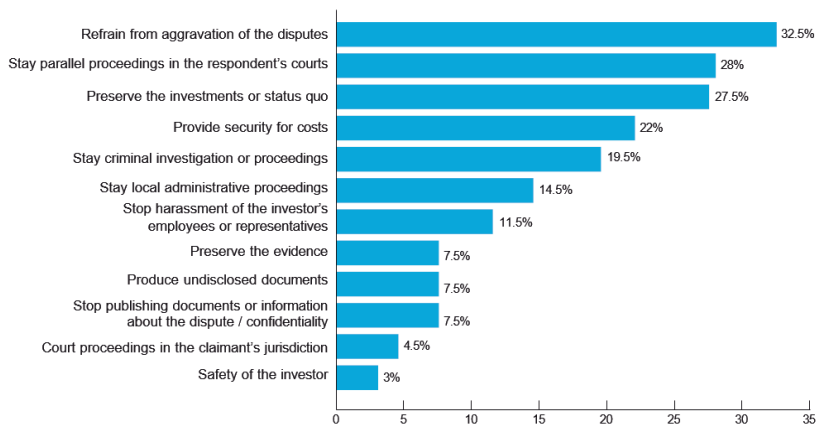
Parties requesting decisions on provisional measures



Based on 160 analysed decisions

Истцы чаще всего просили состав арбитража рекомендовать государству воздержаться от мер, ухудшающих текущее положение дел (*refrain from aggravation of the dispute*), приостановить судебное разбирательство в государственных судах ответчика (*stay parallel proceedings in the respondent's court*) либо остановить уголовное преследование или экстрадицию истца или его работников правоохранительными органами государства (*stay criminal investigation or proceedings*). Государства, в свою очередь, чаще всего просили арбитраж приказать истцу предоставить залог или гарантию обеспечения расходов государства на разрешение спора (*security for costs*).

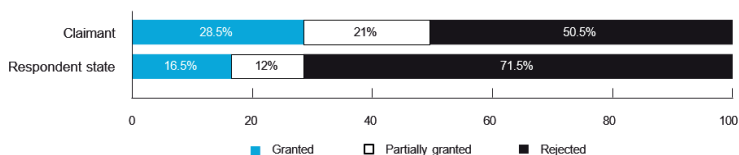
Most requested types of the provisional measures



Based on 160 analysed decisions

Статистика показывает, что истцы получили или частично получили запрошенные обеспечительные меры почти в 50% решений. Это значительно выше, чем аналогичный показатель в случаях, когда заявления об обеспечительных мерах были поданы ответчиком (28,5%).

Chance of success based on the requesting party

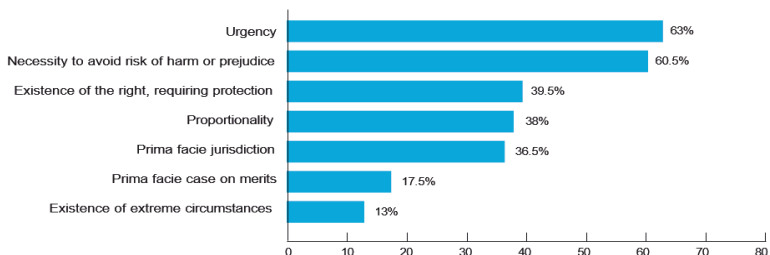


Based on 160 analysed decisions

Критерии, используемые в решениях об обеспечительных мерах в инвестиционных спорах

Арбитры использовали следующие критерии при вынесении решений об обеспечительных мерах: срочность (*urgency*), необходимость предотвратить риск непоправимого ущерба (*necessity to avoid risk of irreparable harm*) и пропорциональность (*proportionality*). Данные три критерия играли решающую роль в подавляющем большинстве споров. Арбитры также рассматривали такие критерии, как наличие прав, которые необходимо защитить (*existence of the right requiring protection*), наличие *prima facie* юрисдикции состава арбитража (*prima facie jurisdiction*) и вероятность победы истца по существу спора (*prima facie case on merits*).

Most widely used criteria for granting provisional measures

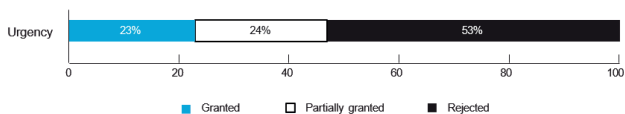


Based on 160 analysed decisions

Критерий срочности был самым важным и используемым арбитрами критерием (63% случаев). Арбитры считали запрошенные обеспечительные меры срочными в тех слу-

чаях, когда неодобрение подобных мер до вынесения окончательного решения в споре неизбежно нанесёт ущерб запрашивающей их стороне¹. Например, в первом решении об обеспечительных мерах в деле *Hasanov v. Georgia* арбитры посчитали запрошенные обеспечительные меры достаточно срочными там, где исполнение решений Национальной комиссии по коммуникациям Грузии могло привести к полной утрате инвестиций азербайджанского инвестора². Арбитры дали или частично дали запрошенные обеспечительные меры в чуть менее чем половине дел, в которых они использовали критерий срочности.

Chance of success (urgency)



Based on 101 analysed decisions

Большинством состава арбитража также использовался критерий необходимости предотвратить риск непоправимого ущерба (60,5%). Чаще всего они определяли его как риск ущерба, который не может быть возмещён путём последующего присуждения убытков³. В деле *Ipek v. Turkey*

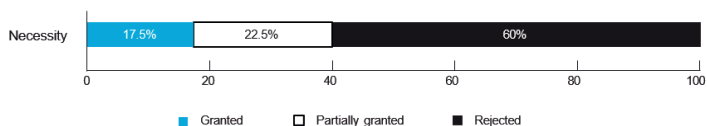
¹ Gerald International Limited v. Republic of Sierra Leone, ICSID Case No. ARB/19/31, Procedural Order No. 2 (Decision on the Claimant's Request for Provisional Measures), 28 July 2020, paragraphs 178-179.

² Nasib Hasanov v. Georgia, ICSID Case No. ARB/20/44, Decision on Claimant's Application for Provisional Measures, 14 June 2022, paragraphs 70-76.

³ Например, в делах *Ipek Investment Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/18/18, Procedural Order No. 5 (Claimant's Request for Provisional Measures), 19 September 2019, paragraph 10; *Alicia Grace, Ampex Retirement Master Trust, Apple Oaks Partners, LLC, Brentwood Associates Private Equity Profit Sharing Plan and others v. The United Mexican States*, ICSID Case No. UNCT/18/4, Procedural Order No. 6 (Decision on the Claimants' Application for Interim Measures), 19 December 2019, paragraph 62; *Amec Foster Wheeler USA Corporation, Process Consultants, Inc., and Joint Venture Foster Wheeler USA Corporation and Process Consultants, Inc. v. Republic of Colombia*, ICSID Case

арбитры установили, что уголовное преследование в отношении ключевых свидетелей британского истца могло не позволить истцу изложить свою позицию в споре¹. В то же время арбитры не усмотрели необходимость в предотвращении попыток Турции экстрадировать конечного бенефициара истца из Великобритании, поскольку в данном случае присутствовал только гипотетический риск такой экстрадиции². Арбитры удовлетворили либо частично удовлетворили запросы об обеспечительных мерах в 40% дел, в которых в качестве обоснования применения мер была ссылка на необходимость предотвращения непоправимого ущерба.

Chance of success (necessity)



Based on 97 analysed decisions

Критерий пропорциональности использовался в 38% споров. В большинстве случаев арбитры определяли данный критерий как необходимость учесть и сбалансировать интересы обеих сторон при принятии решения об обеспечительных мерах³. Например, в деле *Alicia Grace v. Mexico* арби-

No. ARB/19/34, Procedural Order No. 3 (Decision on Claimants' Application for Provisional Measures), 31 May 2022, paragraph 115.

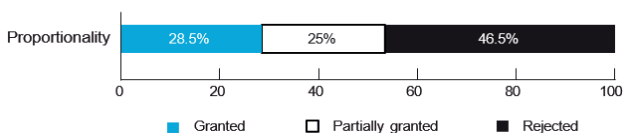
¹ Ipek Investment Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/18/18, Procedural Order No. 5 (Claimant's Request for Provisional Measures), 19 September 2019, paragraphs 58-66.

² Ipek Investment Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/18/18, Procedural Order No. 5 (Claimant's Request for Provisional Measures), 19 September 2019, paragraphs 44-47.

³ Например, в делах Eugene Kazmin v. Republic of Latvia, ICSID Case No. ARB/17/5, Procedural Order No. 6 (Decision on the Respondent's Application for Security for Costs), 13 April 2020, paragraph 61; Gerald International Limited v. Republic of Sierra Leone, ICSID Case No. ARB/19/31, Procedural Order No. 2 (Decision on

тры отклонили запрос американского инвестора о прекращении мексиканского уголовного производства. Арбитры посчитали, что данный запрос не был пропорциональным так как уголовное судопроизводство осуществлялось в соответствии с законом и не выходило за рамки обычных государственных полномочий¹. Арбитры дали или частично дали запрошенные обеспечительные меры в 53,5% дел, в которых они использовали критерий пропорциональности.

Chance of success (proportionality)



Based on 60 analysed decisions

Дальнейшие перспективы

Данная статья обобщает и анализирует основные результаты исследования, которое также содержит информацию о процессуальной эффективности обеспечительных мер и их исполнении истцами и государствами. White & Case и WIICL планируют опубликовать обновлённое исследование об обеспечительных мерах в инвестиционном арбитраже каждые два года. Новые версии исследования будут включать последние опубликованные решения об обеспечительных мерах и более подробный анализ публично доступных решений чрезвычайных арбитров.

the Claimant's Request for Provisional Measures), 28 July 2020, paragraph 182; Hope Services LLC v. Republic of Cameroon, ICSID Case No. ARB/20/2, Procedural Order No. 4 (Decision on Respondent's Request for Security for Costs), 12 May 2021, paragraph 62.

¹ Alicia Grace, Ampex Retirement Master Trust, Apple Oaks Partners, LLC, Brentwood Associates Private Equity Profit Sharing Plan and others v. the United Mexican States, ICSID Case No. UNCT/18/4, Procedural Order No. 6 (Decision on the Claimants' Application for Interim Measures), 19 December 2019, paragraphs 64-69.

ГОСУДАРСТВО И АРБИТРАЖНЫЕ ОГОВОРКИ

*Садыков Нурлан Берикович**

*Pacta sunt servanda –
«Договоры должны соблюдаться».*

Практика разрешения конфликтов в третейских судах Кыргызской Республики имеет более чем десятилетний опыт. Кыргызская Республика присоединилась к Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, г. Нью-Йорк, от 10 июня 1958 года (постановления ЗС ЖК КР от 17 мая 1995 года З № 79-1 и СНП ЖК КР от 31 мая 1995 года П № 62-1). В 2002 году был принят Закон Кыргызской Республики «О третейских судах в Кыргызской Республике», созданы учреждения третейского разбирательства, нарабатывается практика рассмотрения споров и исполнения решений третейских судов.

Казалось бы, пройден путь, но деятельность и сущность института третейского суда часто нуждается в разъяснении и понимании другими государственными институтами, которые прямо не задействованы в этой сфере, но косвенно затрагивают упомянутый институт коммерческого разбирательства. В том числе и уголовная практика пересекается с элементами арбитража.

Многие читатели слышаны о громком уголовном процессе по вопросу модернизации ТЭЦ г. Бишкека, фабула ко-

* Арбитр МТС ТПП, адвокат; с автором можно связаться по электронной почте: snurlan@mail.ru

торого следующая. По соглашению с Эксим Банком Китая Правительство Кыргызской Республики получило кредит на модернизацию ТЭЦ г. Бишкека. Правительство Кыргызской Республики подписало соглашение с Эксим Банком Китая, затем парламент страны ратифицировал соглашение и принял закон о ратификации соглашения.

В соглашении с Эксим Банком была прописана типичная арбитражная оговорка: в случае возникновения споров все разногласия рассматриваются в китайском арбитражном центре. Был указан город в КНР и название арбитражного учреждения.

После модернизации ТЭЦ правоохранительные органы возбудили уголовное дело о якобы превышении стоимости объекта и привлекли к ответственности членов Правительства и работников энергосистемы, несмотря на то, что закон о ратификации соглашения с Эксим Банком Китая не отменен.

Приняв закон о ратификации, парламент одобрил и арбитражную оговорку. Но, несмотря её наличие, государство не стало обращаться в арбитраж, а пошло по пути возбуждения уголовного дела, в основу которого были взяты замечания трёх министерств (МФ КР, МИД КР, Минэконом КР).

Интересным является замечание МИД КР во время процедуры согласования проекта закона о ратификации соглашения с Эксим Банком. МИД КР в своём замечании выразил сомнение и несогласие с арбитражной оговоркой в следующей форме:

«Согласно условиям проекта соглашения, отказ от иммунитета влечёт полную подвластность КР любому судебному органу любого государства, а также любого международного суда. При этом, данное положение накладывает обязанность принять и исполнять решения указанных судов. Как следствие, имущество КР, находящееся за ру-

бежом не будет находиться под охраной международного права и может быть арестовано или изъято».

В данном случае замечание МИД КР свелось к тому, что арбитражная оговорка является отказом от иммунитета и подвластностью международному суду (?!) При этом в замечании МИД КР указано, что имущество Кыргызской Республики не будет находиться под охраной международного права и может быть изъято. Об этом громко заявила с трибуны парламента депутат Жогорку Кенеша КР, что послужило основанием для возбуждения уголовного дела. Следствие, не вникнув в суть такого замечания, взяло его за основу.

Здесь важно остановиться на замечании МИД КР, который назвал арбитражную оговорку отказом от иммунитета. Можно ли согласиться с таким замечанием?

Выше мы указали на ратифицированную Кыргызстаном Конвенцию ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Эта конвенция стала основой для развития арбитража во всех странах, которые присоединились к этому акту. Именно МИД КР является государственным органом, который занимался продвижением процесса ратификации конвенции по арбитражу. Но в уголовном деле МИД КР занял противоположную позицию и посчитал арбитражную оговорку отказом от иммунитета, и что арбитражная оговорка влечёт подвластность суду любого государства.

Далее в замечании МИД КР указал, что это *«накладывает обязанность принять и исполнять решения указанных судов»*. Если Кыргызская Республика подписала Конвенцию ООН, то обязанность исполнять решения арбитража - это часть политики государства, которая не может меняться, исходя из умозаключения кого-либо. Как понимать такую позицию МИД КР, если Кыргызстан взял на себя обязательства исполнять решения арбитражных судов?

И последним пунктом замечания МИД КР стал тезис, что *«имущество КР, находящееся за рубежом не будет находиться под охраной международного права и может быть арестовано или изъято»*. Нельзя согласиться с таким выводом.

Во-первых, если речь идёт об имуществе Кыргызской Республики за рубежом, то необходимо помнить, что этот вопрос регулируется Венской конвенцией о дипломатических отношениях, которая создаёт охранительный режим, в соответствии с которым дипломаты и их имущество обладают иммунитетом.

Во-вторых, арбитражный суд не рассматривает споры об имуществе дипломатических учреждений, а рассматривает споры об имущественных отношениях между частными субъектами.

Специалисты МИД КР обоснованно указали, что имущество дипломатических учреждений находится под защитой международного права и не может быть арестовано и изъято. И это, несомненно, так, но такие гарантии не распространяются в отношении хозяйствующих субъектов сторон арбитражной оговорки. Если одной из сторон договора стало Правительство, это совершенно не означает, что в случае принятия решения арбитражным судом будет изъято имущество дипломатических учреждений, т. к. необходимо учитывать требования Венской конвенции.

Таким образом, в этом примере следствие смешало понимание частного и публичного права, а наличие арбитражной оговорки в соглашении стало пониматься как один из признаков преступления.

Другой пример. Кыргызстан присоединился к Договору ЕЭС и стал пятым членом Евразийского экономического союза в 2015 году. Основное назначение такого союза — обеспечение условий функционирования, развития и интеграции стран ЕЭС.

Но как отдельные органы власти в Кыргызстане видят предназначение соглашений Евразийского союза или как уголовная политика влияет на экономические взаимоотношения стран ЕЭС? Речь идёт о правоохранительных и судебных органах, которые принимают свои решения от имени Кыргызской Республики.

Не разобравшись с международными обязательствами Кыргызстана в рамках ЕЭС, обвинив должностных лиц таможи в применении неправильного способа идентификации товаров, и следствие, и суд проявили неуважение к межгосударственным соглашениям в рамках ЕЭС.

Уголовно-процессуальное законодательство Кыргызской Республики состоит из законов Кыргызской Республики, общепризнанных принципов и норм международного права, а также международных договоров, вступивших в силу в соответствии с законодательством Кыргызской Республики. Но суды не приняли во внимание такие правила, проигнорировали договорную базу таможенного союза.

Затрагивая суть вопроса, необходимо сказать о требовании п. 5 ст. 255 Таможенного кодекса Таможенного союза:

«Для идентификации иностранных товаров в продуктах их переработки могут использоваться иные способы, которые могут быть применены исходя из характера товаров и совершаемых операций по переработке товаров».

«Иные способы» означают открытый перечень способов, который не запрещён законом и был применён таможней. В письмах Евразийской экономической комиссии подтверждалось, что перечень способов идентификации товаров не является закрытым, и способ определяется заинтересованным лицом, а не должностными лицами таможи.

Местный суд проигнорировал международные акты Таможенного союза и по-своему истолковал таможенное законодательство Таможенного союза. Что интересно, в обвини-

тельном акте следствия проходила большая группа должностных лиц таможни, которых обвиняли в коррупции и в преступных связях друг с другом. Но в Верховном суде КР часть служащих оправдали, а других служащих, которые не могут принимать самостоятельные решения, оставили виновными. Если лица, принимающие решения, освобождены от ответственности, то почему их подчинённые остались виновными?

Споры о пересечении товаров на границе с ЕЭС могут и должны быть рассмотрены в Минском Экономическом суде Евразийских стран, но уголовная юстиция страны решила взять на себя ответственность рассматривать этот конфликт. В результате создан неприглядный прецедент и пострадали невиновные граждане.

К сожалению, уголовная практика в экономической сфере в отрыве от положений международного права наносит серьёзный репутационный урон стране и возвращает недоверие к институту арбитража. Подобные прецеденты заставляют задуматься о перспективах развития экономической и деловой активности в стране на фоне правового нигилизма судей и правоохранительных органов.

АРГУМЕНТЫ «ЗА» И «ПРОТИВ» ПУБЛИКАЦИИ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ В РЕШЕНИЯХ АРБИТРОВ ТРЕТЕЙСКИХ СУДОВ

*Якупбаева Фатима Абдыбоходировна**

Я сторонница открытости судебных актов и в 2017 и 2022 годах принимала участие в разработке соответствующих изменений в Закон КР «О доступе к информации, находящейся в ведении ГО и ОМСУ», где правовая возможность публикации судебных решений в открытом доступе была обеспечена.

При этом, задаваясь аналогичным вопросом в отношении публикации решений третейских судов, такой же позиции мне сложно придерживаться. Появляются сомнения и различные аргументы и контраргументы к ним.

Данная статья описывает аргументы «за» и «против» публикации решений арбитров третейских судов с раскрытием персональных данных сторон спора, а читателю предлагается самому оценить и решить, какие аргументы убедительнее и состоятельнее.

Статья ставит целью рассмотрение вопросов обоснованности защиты персональных данных в решениях арбитров с разных сторон, в том числе с учётом соразмерности и обоснованности защиты такого права.

* Арбитр МТС ТПП, адвокат и управляющий партнёр фирмы «В рамках закона»; с автором можно связаться по электронной почте: fatima.yakupbaeva@gmail.com

Аргументы «за»

1) Правомерный интерес в рамках *due diligence*

подавляющее большинство решений арбитров по экономическим спорам свидетельствуют о взаимодействии предпринимателей между собой или, иными словами, гражданина и общества.

Представим, что в отношении какой-то компании инвестор проводит дью-дилиденс (англ. *due diligence* — «комплексная юридическая оценка»). Информация о том, что компания была стороной в третейском разбирательстве, могла бы быть весьма полезной инвестору для принятия объективного решения.

Когда-то даже в Законе КР «Об инвестициях» была соответствующая статья¹:

«1. Все нормативные правовые акты Кыргызской Республики, а также судебные решения, затрагивающие каким-либо образом интересы инвесторов, должны быть им доступны, а в случаях, прямо предусмотренных законодательством Кыргызской Республики - опубликованы.

2. Государственные органы и должностные лица Кыргызской Республики предоставляют по запросам инвесторов интересующую их информацию, открытую для доступа, в порядке, предусмотренном законодательством Кыргызской Республики».

В настоящее время, этой нормы нет в законодательстве. Если сейчас инвестор отправит запрос в государственный или третейский суд, вероятно, он получит отказ со ссылкой на процессуальное законодательство, поскольку не является стороной спора.

¹ Статья 9 Закона КР «Об инвестициях в Кыргызской Республике» в редакции от 27 марта 2003 года.

2) Несовершенство формулировок о конфиденциальности

Закон Кыргызской Республики «О третейских судах» от 30 июля 2002 года под конфиденциальностью третейского разбирательства определяет следующее:

«1. Арбитр не может разглашать сведения, ставшие известными ему в ходе третейского разбирательства, без согласия сторон или их правопреемников.

2. Арбитр не может быть допрошен в качестве свидетеля о сведениях, ставших ему известными в ходе третейского разбирательства».

Как видно, ограничение на уровне закона определяет запрет на распространение информации только со стороны арбитра, но не секретариата третейского суда или его председателя.

Другой исчерпывающей или отсылочной нормы в Законе «О третейских судах» нет, а значит, нет безусловного и ясного запрета на публикацию решений арбитров с персональными данными в Законе, который при толковании должен применяться выше, чем регламенты третейских судов.

3) Общественный интерес к публичной фигуре

В международной судебной практике по защите свободы слова и сбора информации довольно часто встречается аргумент про концепцию общественного интереса (*public interest*)¹, которая служит фундаментом свободного общества.

¹ Goodwin v UK (1996) 22 EHRR 123 para 39, The Observer and The Guardian v UK (1991) 14 EHRR 153 59. [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-57974%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-57974%22]})

Prager and Oberschlick v Austria (1995) 21 EHRR 1 38; Thoma v Luxembourg (2003) 36 EHRR 21, 45-46. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-57926&filename=CA>

В постановлении Пленума Верховного суда №4¹ содержится норма о признании публичными фигурами тех лиц, которые занимают государственные должности и/или пользуются государственными ресурсами, а также всех тех, кто играет *значительную роль в общественной жизни* (в политике, экономике, искусстве, социальной сфере, спорте или любой другой отрасли). Как известно, постановления Пленума Верховного Суда КР не являются источниками права, но фактически они имеют практическое применение в решениях государственных судов и, более того, конституционную основу².

Если стороной в третейском разбирательстве является политический деятель или иное лицо, которое играет значительную роль в общественной жизни, можно предположить, что имеется общественный интерес к такому делу.

Отдельные международные акты указывают, что политические деятели, стремящиеся заручиться общественным мнением, тем самым соглашаются стать объектом общественной политической дискуссии и критики в СМИ. Публичные лица должны быть открыты для освещения их слов и поступков³.

Рекомендации Совета Европы по защите частной жизни в СМИ предлагают анализ соразмерности распространения информации, основанный на следующих аспектах. Первое: анализ на предмет пользы от информации для обществен-

Plon (société) v France (2004) <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/editions-plon-v-france/>

¹ Пункт 20 Постановления Пленума Верховного суда Кыргызской Республики от 13 февраля 2015 года № 4 «О судебной практике по разрешению споров о защите чести, достоинства и деловой репутации».

² Статья 98 Конституции Кыргызской Республики в редакции от 11 апреля 2021 года.

³ Статья 3 и 4 Декларации о свободе политической дискуссии в СМИ, принятой 12 февраля 2004 г. на 872-м заседании Комитета Министров Совета Европы; пункт 30 Замечаний общего порядка № 34 к Международному пакту о гражданских и политических правах.

ного обсуждения (интерес общества). Второе: рассмотрение роли вовлечённого лица - жизнь публичных людей, к примеру, более открыта, поскольку по роду своей деятельности они стали объектами общественного интереса. Третье: рассмотрение предыдущего поведения указанного лица¹.

Публичные люди, особенно политики, являются лицами, принимающими важные решения в общественной жизни и, как правило, занимают ответственные должности, на которые их назначают избиратели. Некоторые действия таких лиц должны подвергаться общественному контролю и не должны защищаться правами конфиденциальности или иными правами.

Участие в различных разбирательствах является проявлением их поведения в обществе. Оно может быть как положительное, так и отрицательное, но в любом из этих вариантов гражданин/налогоплательщик/избиратель должен иметь возможность доступа к такой информации, пусть даже с ущербом для частной жизни публичного лица.

Аргументы «против»

1) Разглашение конфиденциальности участия в третейском разбирательстве

Включая третейскую оговорку в договоры или подписывая третейское соглашение, предполагается, что стороны сделки знают об особенностях третейского разбирательства. Одна из таких особенностей - конфиденциальность. Это правило действует на ограниченное участие сторон в заседаниях, закрытые слушания, предоставления материалов дела только сторонам и, конечно же, отсутствие какой-либо публикации решений арбитров в открытом доступе.

¹ Совет Европы. 2018. Рекомендации по защите частной жизни в СМИ. 1–46
<https://rm.coe.int/prems-guidelines-on-safeguarding-privacy-in-the-media-2018-/168090289b>

В национальном законодательстве есть ряд норм, которые защищают персональные данные каждого человека и относятся к категории конфиденциальной информации.

В Законе Кыргызской Республики «Об информации персонального характера» от 14 апреля 2008 года имеется расшифровка термина «персональные данные» – *это зафиксированная информация на материальном носителе о конкретном человеке, отождествлённая с конкретным человеком или которая может быть отождествлена с конкретным человеком, позволяющая идентифицировать этого человека прямо или косвенно, посредством ссылки на один или несколько факторов, специфичных для его биологической, экономической, культурной, гражданской или социальной идентичности.*

В Законе Кыргызской Республики «Об электронном управлении» от 19 июля 2017 года информация о частной жизни человека отнесена к конфиденциальной информации.

Неприкосновенность частной жизни гарантирована статьей 29 Конституции Кыргызской Республики. Основной закон также гарантирует каждому судебную защиту от неправомерного сбора, хранения, распространения конфиденциальной информации и информации о частной жизни человека. В отличие от персональных данных, раскрытия термина «частная жизнь» не содержится в действующем законодательстве.

По сути, только конституционная норма гарантирует каждому человеку защиту от незаконного распространения сведений о частной жизни человека, а уголовное законодательство предусматривает соответствующую ответственность.

2) Нет отдельного согласия на передачу персональных данных

Формально, персональные данные - это про человека, а не про компанию. Но зачастую «лицо компании» - это кон-

кретный человек, и раз компания участвует в споре, то это может затрагивать личные интересы человека и его персональные данные.

Желающие защитить своё право могут апеллировать к Закону КР «Об информации персонального характера». Статья 9 этого закона указывает об обязанности получить согласие от субъекта персональных данных на возможное использование его персональных данных.

Разумеется, такого согласия не будет от стороны третейского разбирательства, учитывая принцип закрытости заседаний состава арбитража.

С другой стороны, подача иска, подача возражения на иск и представление других доказательств – это как раз те самые конклюдентные действия, которые выражают согласие в передаче своих персональных данных с конкретной целью.

3) Вред деловой репутации

Многие решения по экономическим спорам нередко содержат материалы, которые могут представлять собой негативную информацию об их участниках. А значит, распространение компрометирующей информации может причинить таким лицам немалый вред. Например, при установлении партнёрских, соседских и даже личных отношений может «всплыть» задолженность по прежнему бизнесу, кредиту, заёмному обязательству, и всё это, возможно, даже многолетней давности.

Распространение информации об участии конкретного лица в третейском разбирательстве может быть некорректно истолковано недобросовестными конкурентами или злоумышленниками.

Информация о том, что лицо защищает своё законное право или защищается от необоснованного иска, вполне может

быть перевёрнута путём изящной словесной эквилибристики, да ещё и добавляя аргументы «общественного интереса».

Вред от распространения такой информации может быть не всегда оправдан правомерной целью. А урон выразится в решениях инвесторов, клиентов и поставщиков разорвать деловые связи, в причинении убытков и ухудшении делового положения на рынке товаров/работ/услуг.

Заключение

Если не вдаваться в тот факт, что акты арбитров нигде не публикуются ни в каком виде, а только поразмышлять о том, насколько этот запрет соразмерен, хочется акцентировать внимание на нижеследующем.

Исходя из международных подходов ограничений прав человека, любые ограничения, включая формальности, условности, запреты и санкции должны быть пропорциональными законным целям.

Оценка соразмерности должна основываться на следующем принципе: есть ли ограничения свободы слова?

Если ответ на данный вопрос положительный, то следующий вопрос, на который нужно ответить - это насколько данное ограничение оправданно, при этом обычно берётся за основу трёхступенчатый тест:

1. существуют ли для данных ограничений законодательные основания,
2. имеют ли они оправданные правовые цели,
3. насколько это необходимо для демократического общества.

Провести тест «конкурирующих между собой» правовых норм предлагается читателю, вместе тем открыть дискус-

сию на тему уместности гласности актов третейского разбирательства.

Примечание: без изменений в Закон Кыргызской Республики «О третейских судах» от 30 июля 2002 года и других изменений по внесению законодательного статуса «общественного интереса» в контексте доступа к информации, получить любую информацию о третьих лицах не представляется возможным. А её раскрытие будет свидетельствовать о нарушении ряда действующих нормативных правовых актов.

ТРЕТЕЙСКИЙ АРБИТРАЖ И РАЗРЕШЕНИЕ БИРЖЕВЫХ СПОРОВ В КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ

*Элебаев Нурбек Беккулович**

В 2016 году Международной торговой палатой (ИСС) был проведён опрос крупнейших мировых финансовых институтов, в том числе бирж. Он показал, что финансовые организации, действительно, пока предпочитают разрешать возникающие споры со своими контрагентами в государственных судах, хотя и пользуются услугами международных арбитражных учреждений. В отчёте по этому исследованию «Финансовые институты и коммерческий арбитраж» и опубликованных в 2018 году дополнениях к нему предполагается, что это связано с недостаточной осведомлённостью финансовых организаций о потенциальных преимуществах применения процедур коммерческого арбитража при урегулировании споров, связанных с ведением деятельности на финансовом рынке².

ЗАО «Кыргызская фондовая биржа» (далее - Биржа) является первым биржевым институтом в нашей стране, который практически сразу после принятия Закона КР от 30 июля

* Член Совета директоров ЗАО «КФБ», арбитр МТС ТПП КР; с автором можно связаться по электронной почте: nurbek.elebaev@gmail.com

¹ Отношение финансовых организаций к арбитражу (третейскому разбирательству). Исследование Российского национального комитета Международной торговой палаты (ICC Russia) и Адвокатского бюро КИАП, Москва, 2020 г. / https://iccwbo.ru/documents/Russia_Arb_Survey.pdf (доступно 19 сентября 2023 г.)

2002 года N 135 «О третейских судах в Кыргызской Республике» начал использовать для разрешения споров и конфликтов между участниками биржевых сделок на финансовом рынке третейскую оговорку (арбитражное соглашение) об альтернативном внесудебном рассмотрении их в Международном Третейском суде при Торгово-промышленной палате КР. Третейскую оговорку (арбитражное соглашение) о передаче споров в МТС ТПП администрация Биржи ввела в договорные отношения между Биржей и участниками торгов по предложению Совета директоров, возглавляемого в то время мной, и по рекомендации только что созданного Наблюдательного совета МТС ТПП, членом которого я был также избран.

Третейская оговорка (соглашение) нами была включена на Бирже в договоры, заключаемые Биржей с участниками торгов, а также между брокерами и продавцами, с одной стороны, и брокерами и покупателями, с другой, что способствовало более демократичному и быстрому разрешению споров, возникающих у контрагентов друг с другом в отношении проводимых на бирже сделок и операций.

В результате благодаря этому на всём более чем двадцатилетнем отрезке времени на Бирже не было каких-либо затянувшихся и неразрешённых споров между участниками торгов и их сопровождаемыми в сделках клиентами в лице инвесторов и лиц, привлекающих капитал, и в основном они разрешались на месте или заключением мирового соглашения. Успешное разрешение споров по инвестиционно-финансовым операциям на Бирже прежде всего обеспечивалось тем, что их рассмотрение проводилось профессионально и с учётом мнения сторон и нахождением компромисса, а также с учётом того, что решение третейского суда является окончательным и обжалованию не подлежит.

При этом следует также отметить, что в тот период времени единственными финансовыми инструментами, по кото-

рым совершались сделки и операции на Бирже, были корпоративные ценные бумаги – акции и облигации, и совсем недавно к ним присоединились другие ценные бумаги, такие как зелёные и социальные облигации, государственные ценные бумаги. Сегодня же на нашей Бирже начался процесс универсализации деятельности и биржевые операции стали проводиться также с драгоценными металлами, товарами и сырьём, для которых более характерно использование досудебной и внесудебной процедуры разрешения споров. Поэтому, с учётом вышеизложенного факта, можно с уверенностью сказать, что сегодня оперативное и профессиональное досудебное и внесудебное разрешение споров на нашей Бирже становится ещё более востребованным.

Всё это подтолкнуло меня, как председателя Комитета по стратегическому планированию и корпоративному развитию, инициировать и предложить Совету директоров разработку и принятие на Бирже Положения об Арбитражной комиссии, создание которой должно усилить взаимодействие с МТС по проведению медиации и возможности досудебного примирения сторон, а также окончательному рассмотрению биржевых споров и конфликтов на базе этого третейского суда.

Безусловно, такой вопрос, как создание Арбитражной комиссии на Бирже, требует изучения международного опыта работы третейских судов в этой специализированной сфере финансового рынка, с одной стороны, и рассмотрения рамок того, как деятельность третейских судов регулируется действующим законодательством в нашей стране в целом, с другой стороны.

Что касается первой стороны, а именно изучения имеющегося международного опыта работы арбитражных комиссий при фондовых и товарно-сырьевых биржах, а также на финансовом рынке в целом, в том числе в регионе ЕАЭС, можно отметить следующее.

Классическим третейским судом при бирже является Арбитражная комиссия по рынку (Market Arbitration Panel) в Сан-Паулу, Бразилия. Состав третейских судей комиссии назначается по правилам BOVESPA и включает представителей различных профессий: юристов, экономистов, бухгалтеров, профессиональных участников рынка ценных бумаг, корпоративных директоров. Арбитражная комиссия по рынку рассматривает, помимо биржевых споров по операциям на рынке ценных бумаг, также споры, связанные с законностью решений собраний акционеров, совета директоров, толкованием положений устава, корпоративными процедурами в отношении директоров, менеджеров, владельцев контрольного пакета акций и иными корпоративными вопросами¹.

В России, как одной из стран – партнёров, Арбитражный центр при РСПП в 2017 году принял на себя задачи и полномочия Арбитражной комиссии при Московской бирже и Третейского суда НАУФОР и объединил их многолетний опыт и потенциал по рассмотрению споров на финансовом рынке. После объединения потенциала вышеуказанных третейских судов была создана специализированная коллегия для рассмотрения споров, возникающих между участниками биржевых и внебиржевых торгов, а также биржевого клиринга.

В соседней Республике Казахстан законы о третейских судах и об арбитраже не содержат ограничений и не требуют для их применения принятия дополнительных нормативных правовых актов, а постоянно действующие третейские суды (арбитражи) в Казахстане могут создаваться в виде коммерческой либо некоммерческой организации в таких организационно-правовых формах, которые предусмотрены для данных видов юридических лиц. С учётом того, что

¹ Арбитраж в Бразилии – Торговая арбитражная палата (CAM BOVESPA) / <https://www.international-arbitration-attorney.com/ru/arbitration-in-brazil-2/> (доступно 19 сентября 2023 г.)

в стране действовали две фондовые биржи и около десяти товарно-сырьевых бирж, Министерство экономики Республики Казахстан утвердило в 2015 году Правила биржевой торговли, в которых был регламентирован порядок формирования и организации деятельности биржевого арбитража. При этом указывалось, что биржевой арбитраж для разрешения споров, связанных с заключением биржевых сделок, создаётся Биржей, как постоянно действующий арбитраж. Для образования постоянно действующего биржевого арбитража Биржа утверждает регламент, список арбитров, которые будут осуществлять деятельность в арбитраже.

В другой соседней Республике Узбекистан в статье 5 Закона от 16 октября 2006 года «О третейских судах» прямо говорится о том, что третейские суды не являются юридическими лицами. Поэтому на Узбекской республиканской товарно-сырьевой бирже в 2019 году были приняты Правила биржевой торговли, в которых был установлен альтернативный порядок разрешения споров, а именно:

«XVII. Порядок разрешения споров на бирже

251. Споры и разногласия, связанные с неисполнением и ненадлежащим исполнением биржевых сделок, рассматриваются посредством: досудебного разбирательства в Арбитражной комиссии биржи, согласно Положению об Арбитражной комиссии; судебного разбирательства.

252. Порядок разрешения споров и разногласий, возникающих между участниками биржевых торгов из договоров, заключённых на биржевых торгах, определяются настоящими Правилами и Положением об Арбитражной комиссии биржи».

В целом же, что касается международного правового статуса и организационно-правовых подходов к созданию постоянно действующих третейских судов (арбитражей), то

следует отметить, что в юридической литературе основные дискуссии сводятся к рассмотрению вопроса о том, могут и должны ли такие суды создаваться в предусмотренных гражданским законодательством организационно-правовых формах юридического лица, либо третейские суды не могут и не должны являться самостоятельными юридическими лицами, а создаваться при них¹.

Изучение законодательных рамок и практики соседних стран показало, что в Казахстане и Узбекистане создание постоянно действующих третейских (арбитражных) судов в виде арбитражных комиссий бирж предусматривается законами и регулируется внутренними правилами и положениями. Другое дело, например, в России и в Кыргызской Республике законом определено создание постоянно действующих третейских судов только в форме некоммерческой организации. При этом в статье 44 российского закона записано, что постоянно действующие арбитражные учреждения создаются при некоммерческих организациях. Такая формулировка российского закона приводит к выводу о том, что постоянно действующие третейские суды не могут являться самостоятельными юридическими лицами и существуют в форме структурных подразделений коммерческих и некоммерческих организаций, которые их учреждают.

В отличие от российского закона, в Кыргызстане статьей 3 Закона о третейских судах определено, что постоянно действующий третейский суд является юридическим лицом и осуществляет свою деятельность в виде некоммерческой организации.

Кроме того, согласно кыргызскому закону, в нашей стране предусмотрено создание разового третейского суда

¹ Дуйсенова А. Е. Виды международных коммерческих арбитражей (третейских судов) / https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38681214 (доступно 19 сентября 2023 г.)

для разрешения конкретного спора, который после проведения разбирательства по спору, ради которого он создавался, прекращает свою деятельность, или постоянно действующего третейского суда, являющегося юридическим лицом и осуществляющего деятельность в виде некоммерческой организации.

В результате сравнительного анализа становится ясным, что по нормам закона нашей страны мы не сможем создать на Бирже Арбитражную комиссию, как постоянно действующий третейский суд, по двум причинам. Первая заключается в том, что Биржа не является некоммерческой организацией, и вторая – в том, что Биржа не имеет целью учреждать Арбитражную комиссию, как отдельное юридическое лицо – третейский суд, созданный в форме некоммерческой организации.

В сложившейся ситуации Биржа прибегла к дополнительным консультациям и процессу согласования сложившейся ситуации с руководством МТС ТПП. В ходе обсуждения поставленного вопроса, полученных консультаций и обмена мнениями родилась идея выработать согласованную концепцию третейского разбирательства споров и разногласий участников биржевых сделок, проясняющую то, что мы собираемся сделать, как намерены организовать деятельность Арбитражной комиссии Биржи, как будут обеспечены возможности совместного досудебного примирения сторон на Бирже и эффективное профессиональное третейское разбирательство в МТС ТПП.

Совместная работа сторон по практической реализации вышеуказанных идей и рассуждений только начинается. Нами намечено подписание соглашения между МТС ТПП и Биржей о партнёрстве и сотрудничестве в развитии третейского разрешения споров на финансовом рынке в целом, а также в подготовке и реализации вышеупомянутой концепции в частности. Целью этой совместной работы явля-

ется создание на Бирже Арбитражной комиссии, утверждение Положения о ней и взаимодействие Биржи с МТС ТПП по рассмотрению и разрешению споров участников торгов и их клиентов.

В этой связи обращаюсь с просьбой к представителям финансового сектора, профессиональному сообществу арбитров, а также к заинтересованным читателям направлять ваши комментарии, полезные советы, предложения и рекомендации по вопросу, поднятому мной в настоящей статье, мне или в адрес МТС ТПП.

О результатах проводимой совместной работы МТС ТПП и Биржи по созданию Арбитражной комиссии на Бирже и о том, что мы определили в вышеуказанной концепции и как будет проходить её воплощение в жизнь, я обязательно напишу свою новую статью для профессионального сообщества арбитров.

ИНВЕСТИРОВАТЬ ИЛИ НЕ ИНВЕСТИРОВАТЬ В КЫРГЫЗСТАН?

*(выступление на вебинаре ISTAC (Турция) и МТС ТПП
(Кыргызстан) по защите кыргызско-турецких инвестиций,
6 апреля 2023 года)*

*Сатаркулова Индира Сабатбековна**

В свете стремительной политики налаживания Президентом Кыргызской Республики С. Н. Жапаровым внешнеэкономических связей предлагаемая тема статьи становится весьма актуальной с точки зрения изучения потенциала внутреннего и внешнего экономического развития страны. Среди государств, которые посетил Президент Кыргызской Республики, отмечены КНР, Азербайджан, ОАЭ, РФ, Турецкая Республика, страны Центральной Азии, Монголия, не говоря уже о проведении в Кыргызстане многочисленных мероприятий с участием глав зарубежных государств, правительств и делегаций различного уровня. Можно отметить одну схожесть - в рамках таких мероприятий одним из главных вопросов, обсуждаемых Президентом, является вопрос улучшения и развития инвестиционно-финансового рынка в Кыргызстане. Иными словами, движимый нуждами нынешней экономической ситуации в стране, глава

* К.ю.н, магистр международного права (LLM, США), адвокат, член Наблюдательного и Экспертного советов МТС ТПП, арбитр МТС ТПП и БМТСНК (КР), Центра по рассмотрению споров (Грузия), Арбитражной комиссии Циньчжоу (КНР); с автором можно связаться по электронной почте: i.s.satarkulova@gmail.com

государства принимает усиленные меры для наращивания благоприятной среды, способствующей привлечению и повышению эффективности использования инвестиционных ресурсов и увеличению товарооборота для развития экономики и социальной среды Кыргызстана, обеспечению национальных стратегических интересов. В поддержку взятого Президентом курса стало принятие 12 июля 2023 года Кабинетом Министров КР Постановления «Об утверждении Положения о порядке формирования и предоставления инвестиционных лотов», призванного в целом отрегулировать баланс между объёмом привлекаемых инвестиций, возможных рисков потерь инвестора и возможностей государства нести финансовую ответственность. Ещё одной мотивацией для иностранных инвесторов стал принятый в феврале этого года Закон КР «О внешней миграции», позволяющий иностранному инвестору получить инвестиционную визу на:

- 5 лет, если он внёс в экономику Кыргызстана денежные и материальные ценности, эквивалентные сумме не менее 10 млн. сомов;
- 10 лет, если инвестор внес в экономику страны денежные и материальные ценности, эквивалентные сумме не менее 20 млн. сомов.

Ожидается, что с течением времени участие Кыргызстана в международно-правовых, коммерческих, инвестиционных отношениях с иностранными государствами будет только увеличиваться, что требует от государства подготовки высокопрофессионального состава специалистов, которые смогут качественно осуществлять государственное регулирование международных отношений в тесном сотрудничестве с бизнес-сообществом Кыргызстана. Для дальнейшей успешной реализации функций государства в инвестиционной политике страны оно должно продолжить не только участвовать в инвестиционно-финансовом рынке, но и уме-

ло управлять инвестиционными процессами. В рамках этого очевидно, что государству не выгодно иметь дело только с венчурными инвесторами, т. е. ориентированными на быстрое получение дохода. Предпочтение должно отдаваться дивидендному инвестору, который заинтересован в развитии бизнеса, повышении доходности, окупаемости, для чего такие инвесторы будут заинтересованы во вложениях в тот проект, перспектива развития которого понятна, обоснована и рассчитана хотя бы на 5 лет вперёд. При этом заинтересованность дивидендных инвесторов основана прежде всего на инвестиционной привлекательности страны как наиболее общем индикаторе возможности направления инвестиций в каждый определённый объект (регион, отрасль, предприятие). Государству особенно важны именно инвестиции, т. к. также решается ряд суверенных вопросов: поддержка и стимулирование экономического роста, создание рабочих мест и увеличение трудовой занятости граждан Кыргызской Республики, развитие современных технологий мирового уровня. Иными словами, вложение денег других людей приносит большую прибыль.

Целью данной статьи является проведение краткого анализа присутствия турецких инвесторов в Кыргызской Республике, наиболее распространённых вопросов и препятствий, возникающих у турецких компаний, демонстрирующих заинтересованность в инвестировании средств в экономику нашей страны в контексте инвестиционной привлекательности Кыргызстана, в том числе в свете сильной инвестиционной конкуренции с рядом мировых держав. Также будет предложен ряд практических рекомендаций.

Справедливости ради сразу стоит отметить, что и для самой Турции характерен ряд проблем, которые создают дискомфорт внутренним и внешним инвесторам¹:

¹ Top 10 challenges of doing business in Turkey [электронный ресурс]: Режим доступа: <https://www.tmf-group.com/en/news-insights/business-culture/top-challenges-turkey/> (дата обращения 20 июля 2023 г.)

- запутанность при регистрации иностранного бизнеса. Компании должны сначала внести процент капитала на счёт антимонопольного управления до внесения первоначального капитала в банк; подать форму-уведомление о регистрации, нотариально заверить юридические книги и обратиться в налоговую инспекцию;
- сложность при получении разрешения на капитальное строительство, процедура которого включает необходимость совершения более 20 действий и превышает срок в 180 дней;
- длительность процесса подвода к объектам электрической инфраструктуры, подразумевающего тесную работу с инженерами, прохождение ряда проверок, получение разрешений от местного муниципального органа и Палаты инженеров-электриков, занимая не менее 70 дней оперативной работы компании;
- регистрация недвижимости, требующая прохождения 6 видов процедур;
- слабость системы получения кредитов и защиты инвестиций;
- негибкая система оплаты налогов. В Турции юридические лица обязаны производить около 15 налоговых платежей в год, что занимает в среднем 223 часа рабочего времени компании. Транзакционный налог на чеки, гербовый сбор на контракты и налог на рекламу являются примерами сборов, с которыми зарубежные фирмы могут быть незнакомы;
- долгие судебные разбирательства и принудительное исполнение нарушенных контрактов, занимающие от 420 дней;
- длительный процесс признания компании банкротом, занимающий более 3-х лет;

Автором статьи был сделан фокус на инвестиции именно турецких компаний по ряду причин.

- Во-первых, схожесть религии, языков и культур двух государств, что способствует быстрому развитию бизнеса между турецкими и кыргызскими компаниями. Несмотря на то, что Кыргызстан является светским государством, уважение к исламским и традиционным ценностям в стране очевидно, что делает укрепление Турции в Кыргызстане всё более возможным.

- Во-вторых, отмечается, что именно с Турецкой Республикой на государственном уровне всё больше развивается торгово-экономическое сотрудничество. Как известно, Турция стала первым государством, признавшим независимость Кыргызстана, а срок дипломатических отношений между двумя государствами уже превысил 31 год. В 1992 году в Кыргызской Республике было основано Турецкое агентство по сотрудничеству и координации, а уже на следующий год Кыргызстан стал членом Международной организация ТЮРКСОЙ, в 2008-м - Парламентской Ассамблеи тюркских государств. В 2009-м наша страна вошла в состав учредителей Международной тюркской академии и Совета старейшин (аксакалов) тюркоязычных государств, а в 2012-м - в состав учредителей Фонда тюркской культуры и наследия. Далее очередным расширением формата участия Турции в Кыргызской Республике стало создание в 2020 году турецко-кыргызской Ассоциации бизнесменов, культуры, солидарности и дружбы, не говоря уже об оказываемом Турцией влиянии посредством ключевой на сегодняшний день площадки для взаимодействия - Организацией Тюркских Государств.

- В-третьих, Турция занимает второе после Китая место по объёму инвестиций в экономику Кыргызстана. Действительно, выгодная географическая локация Кыргызстана в середине Великого шёлкового пути делает его понятной

причиной борьбы за историческое влияние ведущих региональных и мировых держав в регионе.

- В-четвёртых, Кыргызстан обладает ещё множеством «не занятых» ресурсов, которые так привлекательны дивидендным турецким бизнесменам в сфере строительства, недропользования, транспортной деятельности, лёгкой промышленности и обрабатывающего производства, оптовой и розничной торговли, гостиничных услуг и туризма, а также здравоохранения и образования. Действительно, крупные турецкие корпорации находятся в постоянном поиске человеческого капитала, свободного рынка сбыта товаров и услуг с более дешёвой стоимостью производства и человеческих ресурсов, и Кыргызстан отвечает всем этим ожиданиям.

- Наконец, в-пятых, в сравнении с Туркменистаном и Таджикистаном, Кыргызстан отличается большей живостью государственной политики, способствующей развитию стратегического партнёрства с Турцией.

В последние годы отмечался определённый спад сотрудничества двух государств в связи с политическими конфликтами деликатного характера и влиянием пандемии COVID-19, однако со временем сотрудничество заметно активизировалось, несмотря на географическую отдалённость Турции от Кыргызстана по сравнению с Китаем. Например, по данным Института статистики Турции, экспорт кыргызских товаров в Турцию увеличился в 2 раза в первом полугодии 2023 года и за 6 месяцев составил 133,1 млн. долларов США, увеличившись по итогам 2022 года на 38% - до 119,6 млн. долларов США¹; увеличиваются регулярные авиарейсы в Турцию в рамках грузопассажирских перевозок. Приведённые данные весьма позитивны, т. к. указывают на высокий

¹ Кыргызстан увеличил экспорт товаров в Турцию в 2 раза в первом полугодии [электронный ресурс]: Режим доступа: <https://www.tazabek.kg/news:1961419?from=portal&place=last> (дата обращения: 30 июля 2023 г.)

уровень конкурентоспособности кыргызских человеческих ресурсов и товаров, делая рынок Кыргызской Республики также достойным внимания. Доля турецких компаний в Кыргызстане с полным участием иностранного капитала составляет порядка 300¹, что ожидаемо наращивает постоянный поток турецких инвестиций в нашу страну, которая также служит транзитным «Средним коридором» в цепи перевозки товаров через Транскаспийский коридор Восток-Запад.

Слабость военно-технического оснащения вооружённых сил Кыргызстана, обнажившаяся в ходе вооружённого конфликта с соседним Таджикистаном в 2012 году, сподвигла на развитие дополнительной ветви сотрудничества Кыргызстана и Турции – в конце 2021 года в нашу страну на вооружение пограничной службы ГКНБ поступили беспилотные летательные аппараты «Байрактар», что стало настоящим событием с учётом привычного доминирования России в данной области. К слову сказать, Турция поддерживает и главный китайский внешнеэкономический проект - инициативу «Один пояс, один путь», подтвердив это подписанием с Китаем Меморандума о взаимопонимании в ноябре 2015 года во время саммита лидеров G-20 в Анталии.

Действительно, создание, развитие и участие в разветвлённой транспортно-логистической инфраструктуре на Евразийском континенте трудно переоценить. Однако это сотрудничество с Китаем демонстрирует также, что позиции последнего в рассматриваемом регионе наращиваются, ослабляя влияние Турции. Одним из недавних ярких примеров стало подписание Кыргызстаном с консорциумом китайских компаний меморандума и крупнейшего инвестиционного соглашения о строительстве Казарманского каскада ГЭС на реке Нарын, предварительно оценённого

¹ Кыргызстан увеличил экспорт товаров в Турцию в 2 раза в первом полугодии [электронный ресурс]: Режим доступа: <https://www.tazabek.kg/news:1961419?from=portal&place=last> (дата обращения: 30 июля 2023 г.)

сторонами в 2,4-3 млрд. долларов США¹. И это не говоря уже об исторической крепкой взаимосвязи Кыргызстана с Россией, что в совокупности составляет пока ещё экономически непреодолимую для Турции конкуренцию.

Однако нахождение на стыке путей и цивилизаций и повышенный интерес к нам мировых держав ещё не гарантируют Кыргызстану обоснованную эйфорию и стремительный скачок в сторону развитого государства. Турецкая Республика тоже занимает стратегическое положение между Европой и Азией на берегу Средиземного моря. Её географическое расположение также обеспечивает деловые и транзитные пути, пересекающие Евразию, а официальные торговые биржи имеют долгую историю в регионе. Так, правительство Османской империи начало выпуск облигаций на западноевропейских рынках капитала уже в 1854 году. Тем не менее некоторые организации, включая Dow Jones и Financial Times Stock Exchange Group, всё ещё классифицируют Турцию, как развивающийся рынок, а не развитый рынок; по данным CIA World Factbook, основанным на классификации Всемирного банка, Турция классифицируется как страна с доходом выше среднего, что соответствует развивающейся экономике².

Итак, возвращаясь к нашему государству, вне зависимости от привлекательности иностранных инвестиций, в погоне за колоссальными иностранными финансовыми потоками и внедрением современных торгово-экономических технологий представляется важным отметить, что сначала Кыргызстану необходимо определиться со своей политикой. В реа-

¹ Власти КР объявили о начале проекта строительства Казарманского каскада ГЭС. Чем он интересен? [электронный ресурс]: Режим доступа: <https://rus.azattyk.org/a/32525549.html> (дата обращения 20 июля 2023 г.)

² Developed countries 2023 [электронный ресурс]: Режим доступа: <https://worldpopulationreview.com/country-rankings/developed-countries> (дата обращения 06 августа 2023 г.)

лизации последней, по мнению автора, ключевую роль играют 4 важные цели, в рамках которых государство должно:

- Очертить стратегические отрасли, такие как, например, оборона и жилищно-коммунальная инфраструктура от прямых иностранных инвестиций, чтобы сохранить государственный контроль и их конфиденциальность.

- Урегулировать на законодательном уровне вопрос долгосрочного движения капитала, потому что, как только иностранные инвестиции становятся прибыльными, капитал действительно начинает течь из принимающей страны в страну инвестора.

- Определить рамки инвестирования для сохранения конкурентоспособности местной промышленности, чтобы не позволить прямым иностранным инвестициям подорвать местную промышленность и экономику, привлекая в своё производство лучших работников, создавая неравенство в доходах по сравнению с местными производителями. Здесь также может быть урегулирован вопрос объёма участия иностранных граждан или корпораций в компании, зарегистрированной в Кыргызстане.

- Не допустить рост внешнего долга страны, сопряжённого с увеличением экономического присутствия иностранных инвестиций. Политика применяемой инвесторами «мягкой силы» в стратегически важных для нашего государства областях должна быть под непосредственным и постоянным контролем и служить исключительно реальным нуждам государства, которые мы не можем самостоятельно удовлетворить.

- Определить сбалансированный подход к распределению инвестиций по областям страны, т. к. очевидно, что иностранные инвестиции концентрируются в Чуйской и Иссык-Кульской областях, тогда как Нарынская и Баткенская области, тоже обладая инвестиционной привлекательно-

стью в сфере сельского хозяйства, перерабатывающей промышленности, тем не менее не получают достойных вложений.

Следующим шагом Кыргызстана должно быть изучение основных проблем, формирующих в стране неблагоприятную деловую среду, а также затрудняющих привлечение крупных инвестиций. Среди них необходимо отметить следующие:

1. Длительный и усложнённый процесс получения лицензий и разрешений на ведение предпринимательской деятельности. Отсутствие чёткой, исчерпывающей и полной информации, необходимой для становления бизнеса. Это тормозит выход на рынок Кыргызстана крупных инвесторов.
2. Недостаточная квалификация кадров, трудности подбора персонала, что, собственно, свидетельствует о неполной эффективности иностранных инвестиций.
3. Непоследовательное налоговое законодательство, слабое налоговое администрирование (трудности с отчётностью и иными услугами в сфере налогообложения).
4. Проблемы и бюрократия с инфраструктурными услугами, такими как подключение к воде, электричеству и канализации; недостаточное транспортное обслуживание.
5. Недостаточно развитые информационные и коммуникационные технологии.
6. Отсутствие привлекательных финансовых инструментов и непрозрачный рынок ценных бумаг.
7. Расширенный круг проверяющих государственных органов, непредсказуемость их действий, непро-

зранный и несправедливый процесс рассмотрения жалоб на их действия.

8. Проблемы торговой интеграции на таможне, контрабанда товаров.
9. Отсутствие надёжной системы страхования и инфраструктуры, способствующей упрощению товарооборота в стране.
10. Политическая нестабильность и крупные риски потери бизнеса в результате гражданских переворотов, нестабильное законодательство.
11. Коррупция.
12. Недоверие судебной системе Кыргызстана, отсутствие чёткого урегулирования вопроса компенсации экспроприированных инвестиций.

Как видно их природы выделенных проблем, которые, впрочем, характерны для большинства стран с развивающейся экономикой, они могут быть устранены только посредством оказания государственных услуг по развитию крупного бизнеса и привлечения иностранного капитала. Поэтому именно государственные органы способны и обязаны их решить. Разумеется, это никак не исключает обязанность и самих потенциальных инвесторов:

- Тщательно изучить законодательную базу Кыргызстана, регулирующую вопрос инвестиций и ведения бизнеса в целом, вопросы двойного налогообложения.

- Принимать во внимание необходимость обучения сотрудников в ходе работы на новых предприятиях, возможные расходы, связанные с улучшением инфраструктуры, необходимой для развития планируемого бизнеса.

- Обладать высокой толерантностью к рискам: быть информированными о них, включая уровень военно-политиче-

ской нестабильности в стране, основания и процесс национализации инвестиций.

- Рассматривать необходимость диверсификации капитала между несколькими сферами коммерческой деятельности, создавать несколько источников дохода.

Все указанные рекомендации вполне выполнимы, а для целей диверсификации капитала, как мы изучили ранее, решение данного вопроса возможно посредством организации высокого уровня взаимных визитов, организации совместных экономических и торговых советов, к которым Кыргызстан всегда открыт. По мнению автора, если говорить исключительно об интересах нашей страны, для турецких инвесторов основными секторами турецких инвестиций должны оставаться образование, торговля, общественное питание и промышленность, но последняя сфера в меньшей мере. Реализация инвесторами соответствующих крупных проектов в первых трёх секторах КР будет всегда успешна в силу высокого и постоянного спроса государства на крупные капиталовложения в этих областях. Это, в свою очередь, обеспечит большую защищённость интересов долгосрочных инвесторов, т. к. очевидно, что инвестиционная политика государства в таких случаях будет только стимулирующей. Также стоит обратить внимание на территориальные регионы Кыргызской Республики, получающие меньше инвестиционных вложений.

Как сказал Питер Линч (Peter Lynch), американский финансист, инвестор: *«Вкладывайте деньги в компанию с наименьшим количеством цветных фотографий в годовом отчёте»*. Инвестиционная привлекательность Кыргызстана в том и состоит, что реальным инвесторам проще создавать здесь базу для инвестирования по своему опыту и ожиданию – предлагая, обучая, обсуждая, создавая, т. к. страна развивается, не может похвастаться *«большим количеством цветных фотографий в годовом отчёте»*, готова перенимать

профессиональный опыт и исправляться. Действительно, гораздо проще создавать что-то новое в уже развитых государствах, но они-то как раз в инвестициях, впрочем, не нуждаются.

В отличие от многих государств Центральной Азии, Кыргызстан признавал, не скрывал и открыто обсуждал внутренние барьеры своего развития, а в рамках вновь взятого политического курса наша страна готова к новым возможностям, чтобы стать сильнее. Представляется, что только один этот критерий является сильнейшим стимулом для принятия инвесторами правильного решения.

INVESTMENT TREATY ARBITRATIONS IN THE CONSTRUCTION & ENGINEERING CONTEXT

*(paper produced following an ISTAC / ICA CCI KR webinar on
protection of Kyrgyz-Turkish investments on 6 April 2023)*

*Julian Bailey**

1. Introduction

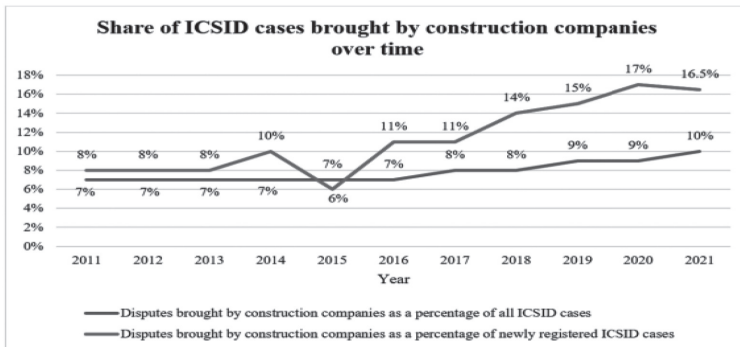
Trade and investment between nations represents one of the surest ways of producing stronger ties between people, across the borders. Of course, the bonds between people may exist in other ways, for example due to common ties of heritage, language or religion. But trade and investment are unique in their capacity to create bonds which might not otherwise exist. It is therefore vital that the trade and investment between nations occurs with as little friction or conflict as possible.

Investment treaties seek to encourage investments being made between countries, by protecting an investment made by a person in country A from damaging conduct on the part of the government of country B vis-à-vis that investment. In this way, investment treaties seek to address concerns over what is loosely described as “political risk”. The investor from country A who makes the investment in country B knows that, if the government of country B fails to provide the investment protections it has promised to provide, the country A investor may have legal rights and remedies against country B.

* Partner, Jones Day, London; Visiting Fellow, Dickson Poon School of Law, King's College, London; Adjunct Professor of Law, Hamad bin Khalifa University, Doha, Qatar.

The value of investment treaties, in promoting trade and investment, is recognised almost universally, and is evident by the existence of numerous treaties. The Republic of Türkiye has entered into 93 treaties, and the Kyrgyz Republic has entered into 25 treaties, including one with Türkiye itself, which was entered into in 2018 (the “Türkiye- Kyrgyz BIT”, which will be considered further).

Although investment treaties are usually expressed in general terms in their application, and will therefore be engaged in various and wide circumstances, they have been substantially relied upon in relation to construction and engineering projects which have been delayed, disrupted or even abandoned due to governmental conduct.¹ Graphically, the significance of construction and engineering projects within the investor-state arbitration ecosystem may be represented thus:²



The remainder of this paper will consider some of the issues that can arise in relation to investment treaty claims where construction and engineering projects are concerned.

¹ In this regard, it is notable that a number of Turkish companies have been involved as claimants in a number of important investment treaty arbitrations.

² Nazzini and Kalisz, “Construction sector disputes in Investor-State arbitration: insights from the latest trends and statistics” (2023) 39 *Construction Law Journal* 85 at 88.

2. Essential Elements

There are certain basic elements which must exist before an investment treaty claim may be made, i.e.:

- There must be an investment in the Contracting State which entered into the treaty; by
- A legal person who is an investor; and
- The Contracting State (including its emanations) must have engaged in conduct which amounts to a violation of the particular treaty so as to cause damage to the investment.

Each of these elements will now be considered in turn, with particular reference to the construction and engineering paradigm.

3. “Investment”

The concept of an “investment” is one that is well understood in a general sense. It involves a person expending capital for the purpose of deriving a financial return on that capital. Simple, everyday examples including purchasing shares in a listed company, or developing a property for rental.

Investment treaties themselves define (to a greater or lesser extent) what an “investment” is. It is necessary to do so, seeing as the whole purpose of such treaties is protect “investments”.

Where construction and engineering projects are concerned, the existence of an “investment” is conceptually a broader matter. If a contractor from country A enters into a contract to construct a road, or a power station, or a port, in country B, is the contractor making an “investment” in country B for the purposes of an investment treaty between countries A and B? The matter is sometimes controversial, however in all cases one needs to start with the definition of “investment” in the particular treaty.

To explore how the matter may be considered, set out below is an extract of the definition of “investment” from the Türkiye-Kyrgyz BIT:

“Article 1. Definitions

For the purpose of this Agreement;

1. The term “investment”, means every kind of asset, connected with business activities, made or acquired for the purpose of establishing lasting economic relations in the territory of a Contracting Party in conformity with its laws and regulations, and shall include in particular, but not exclusively:

...

(f) Rights under contracts, including turnkey, construction, management, production or revenue-sharing contracts”.

This definition, particularly sub-clause (f), makes the position clear. Rights under contracts, including turnkey / construction contracts, are “investments”. This means that a contractor in one country can embark upon a project in the other country in the knowledge that it is making an “investment” that will attract the protection of the treaty.

But not all treaties are this clear, and in a number of them there is no express reference to “construction” or “turnkey” contracts. This then prompts the question of whether a construction contract can be conceived of as an “investment” for treaty purposes.

A relatively early case which considered this issue was *Salini Costruttori S.p.A.v Kingdom of Morocco*.¹ In brief:

- The project concerned a contract for the construction of a 50km road section between Rabat and Fez. The contractor – Salini – was an Italian company (now part of WeBuild).

¹ ICSID Case No ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 31 July 2001.

- There was a bilateral investment treaty between Morocco and Italy, however the BIT did not mention “construction contracts”, and defined “investment” in very general terms.
- The contractor brought a claim for alleged violations of the BIT by Morocco, but Morocco argued that it was not competent of the contractor to bring an arbitration, as there was no relevant “investment”.

The legal question, therefore, was whether the contractor – by entering into the contract for the construction of the road – had made an “investment” in Morocco.

The tribunal decided that there was an investment made. In doing so, the tribunal considered certain factors that could be indicative of a party (such as Salini) making an investment, including:

- Contributions by the investor to the Contracting State, which may take the form of increasing or improving the infrastructure of that State. Here, the contractor was clearly making a substantial improvement to the infrastructure of Morocco.
- The duration of the commitment of resources constituting the investment being not insubstantial. The tribunal considered that a commitment period of between two and five years would be indicative of there being an “investment”. The project in this case fell within that bracket of time.
- The acceptance of risk (voluntary or otherwise) by the “investor” in relation to the “investment”. The contractor, by embarking upon this project in Morocco, was evidently accepting legal risk in relation to its investment – the project could have been a financial success for Salini, but equally it could have been a loss-maker.

The “*Salini* criteria” (as they are often referred to) have been applied in a number of other cases, allowing us to conclude that more substantial “construction contracts” may constitute an “investment”.¹

4. “Investor”

For the purposes of any investment treaty, a person will only have rights under the treaty in relation to an investment made by them where they constitute an “investor” under the treaty. In most instances this will not be an issue at all. For example, if a construction company incorporated in Türkiye embarks upon a project in Kyrgyzstan, by doing so it will be making an investment in Kyrgyzstan and may be considered a Turkish “investor” for the purposes of the Türkiye- Kyrgyz BIT.

What, however, might be the position if the Turkish construction company sets up a subsidiary company in Kyrgyzstan, and that company enters into the contract (with a Kyrgyz employer) for the project in Kyrgyzstan? One characterisation might be that the treaty is not engaged, because the contract in question is between two Kyrgyz legal persons, i.e. there is no Turkish “investor” for treaty purposes.

This type of issue arises relatively frequently in investment treaty arbitrations, and to illustrate the approach often taken by tribunal we may consider a case involving a Turkish contractor: *Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.S v. Libya*.² In this case:

- A Turkish contractor embarked upon a number of projects in Libya.

¹ See, further (in relation to Turkish companies), *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. v Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No ARB/03/29, Award of 14 November 2005) at [104]–[138]; *İçkale İnşaat Ltd Şirketi v Turkmenistan* (ICSID Case No ARB/10/24, Award of 8 March 2016) at [289]–[293]; *Tekfen – TML JV v State of Libya* (ICC Case No. 21371/MCP/DDA, Final Award of 11 February 2020) at [7.3.5]–[7.3.13].

² ICC Case No. 21537/ZF/AYZ, Award of 7 November 2018.

- The contracts in question were entered into by a Libyan subsidiary, not the Turkish company itself.
- As a result of the Arab spring uprising in Libya in 2011, the government of the country was overthrown, and the projects in question were thrown into disarray and had to be abandoned by the contractor.
- The Turkish company (not its Libyan subsidiary) brought claims against Libya under the Turkey-Libya BIT.

The Libyan government defended the proceedings on a number of grounds, including that the Turkish company was not entitled to rely upon the treaty because the “investment” in this case was made by its Libyan subsidiary, not by the Turkish company itself.

The arbitral tribunal, however, upheld the Turkish company’s claim, finding that in substance it was an “investor” here, even though the corporate vehicle for the contracts in question was a Libyan company.

What we may take this as illustrating is the pragmatic, as opposed to technical or formalistic, approach that tribunals often take in considering the application of investment treaties. The purpose of a treaty is to protect foreign investments between states, and if capital for an investment has emanated from country A and been put into country B, tribunals may be inclined to recognise the substance of what has occurred, and hold that the applicable treaty is engaged.

5. “Contracting State”

An our final core element for an investment treaty arbitration, there must be a violation by the “Contracting State” of the promised protections in the relevant investment treaty.

Many times it will be clear that the “Contracting State” has engaged in conduct which constitutes a treaty violation. To take a

simple example, if the army of a country wrongfully overruns a construction site and compels the contractor to leave, the army's conduct will be that of "the State", as opposed to a non-State actor.¹ The same position holds where a contract, such as a construction or engineering contract, is entered into by an arm of government, e.g. the "Ministry of Works".

But on other occasions, and relatively commonly, the position will be less clear where the relevant contract was not entered into by "the State", but by a company which the Contracting State may own, and over which it exercises control. For example, a special purpose vehicle (SPV) company may be established for a particular project, to act as employer. If that SPV conducts itself in such a way that it causes damage to the contractor's "investment", may this constitute a violation of the applicable investment treaty by "the Contracting State" itself? Or is the SPV to be regarded as a distinct legal person and a distinct actor for the purposes of the treaty?

The issue arose for consideration in the *Salini* case, already mentioned.²

- The contract for the construction of the road was entered into by an SPV known as "ADM", which was a private company.
- The Moroccan government owned at least 89% of the shares in ADM.
- ADM's board members included a number of senior government persons, including the Minister of Infrastructure for Morocco.
- The purpose of ADM was to implement Moroccan government's policies regarding transportation infrastructure.

¹ See also *Tekfen – TML JV v State of Libya* (ICC Case No. 21371/MCP/DDA, Final Award of 11 February 2020) at [7.7.60]-[7.7.79].

² *Salini Costruttori S.p.A. v Kingdom of Morocco* (ICSID Case No ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 31 July 2001).

The tribunal concluded that ADM was (in effect) a part of the Kingdom of Morocco, and therefore its conduct was attributable to Morocco, even though ADM itself was not, strictly speaking, a part of the government. Again, this demonstrates the pragmatic, and non-formalistic approach that tribunals can and often do take in characterising parties for the purposes of an investment treaty. Substance can often trump form.

6. Conclusion

The construction business is more international than ever. Given this, and the imperative of ensuring smooth trade and investment between countries, investment treaties have a large role to play in facilitating trade and investment by creating protections for investors.

We may reflect that, in times long past, travellers along the Silk Road, between what are now the Republic of Türkiye and the Kyrgyz Republic, probably needed sturdier protections for their goods than mere words on a page. But fortunately for all, we live in an age of greater commercial sophistication, and resolving disputes by arbitration is infinitely more pacific than the physical efforts sometimes needed in ancient days. Hopefully business can mostly be done without anyone ever having to refer to investment treaties such as the Türkiye- Kyrgyz BIT. But it is of some comfort and reassurance that the treaty is there, like an insurance policy, to bring relief should matters turn sour.

ANALYSIS OF THE LEGAL RISKS OF INTERNATIONAL INVESTMENT AND RISK PREVENTION AND CONTROL FROM BUSINESS CASES

*Xinguo Ma**

Part I. Cases and Significance

Arbitration Case: Portuguese Tanker Marine Pollution Damage Dispute.

1.1 Basic facts of the case

The Portuguese tanker “G” (77,399 gross tons) ran aground on 3 April at DL Dangerous Reef (38°57.34’N, 121°54.53’E) and leaked crude oil from its broken hull, causing marine pollution. On 23 May 2015, the Marine and Fisheries Bureau of City C filed a lawsuit with the DL Maritime Court, requesting that Company D and the insurance association be ordered to jointly and severally pay damages of RMB59,076,000 (including RMB56,476,000 for loss of marine environmental capacity and loss of marine ecological service function, and RMB2,600,000 for investigation and appraisal of damage).

1.2 Litigation process

The DL Maritime Court held in the first instance that the Marine and Fisheries Bureau was a department exercising the right to supervise and manage the marine environment in accordance with the law, and was a competent subject to request compensa-

* Lawyer, International Arbitrator, Vice-President of South China Think Tank, Editorial Board Member of the Belarusian specialized journal “Chamber of Arbitrators”, email:1298084790@qq.com

tion for oil pollution damage in this case; however, the Marine and Fisheries Bureau failed to prove that it had actually taken restoration measures after the pollution accident; on the contrary, according to the report of the Judicial Appraisal Institute of the National Marine Environment Monitoring Centre, the sea area affected by the oil spill had actually recovered without any measures being taken, so The judgment dismissed the claim of the Marine and Fisheries Bureau. The Marine and Fisheries Bureau appealed against the decision.

The LN Provincial High Court held in the second instance that the marine ecological and environmental damage claimed by the Marine and Fisheries Bureau included loss of marine ecological service functions and loss of marine environmental capacity, which were claims for compensation for damage to the marine environment; the Marine and Fisheries Bureau provided evidence in the second instance hearing that it had paid RMB500,000 for the assessment and monitoring costs, which were reasonable costs and should be borne by Company D. The LN Provincial High Court then The Court issued a second instance judgment, which quashed the first instance judgment; ordered Company D to compensate the Marine Fishery Bureau for RMB500,000 in assessment and monitoring losses; and dismissed the other claims of the Marine Fishery Bureau. The Marine Fishery Bureau was not satisfied with the second instance judgment and applied to the Supreme Court for a retrial.

After examination, the Chinese Supreme People's Court (Supreme Court) held that China was a party to the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage(Brussels, 29 November 1969) and that the judgments of the first and second instance were correct in applying the Convention to resolve the dispute in this case. According to Article 1(6) of the Convention, compensation for environmental damage shall be limited to the costs of reasonable restoration measures that have actually been or will be taken. Article III(4) of the Convention provides that no claim for compensation for pollution damage shall

be made against the owner of a ship unless it is in conformity with the Convention. The compensability of the marine ecosystem damage claimed by the Marine Fisheries Authority depends on whether the damage falls within the scope of compensation under the Convention. The Bureau has no evidence to prove that it has taken actual restoration measures and incurred costs for the polluted waters. However, according to the test results of the North Sea Environmental Monitoring Centre of the State Oceanic Administration and the National Marine Environment Monitoring Centre, the water quality of the oil spill area did not exceed the second category of seawater quality standard on 28 April 2005, 25 days after the occurrence of the oil spill; by October 2005, the marine environment had been restored and the Marine Fisheries Bureau had no evidence to prove the necessity of sewage treatment for the area. It was not improper to find that the said costs were not the costs of reasonable restoration measures actually taken or to be taken under the Convention. The Supreme Court ruled on 29 December 2015 to reject the Marine Fisheries Administration's application for retrial.

1.3 Typical implications

Claims for damage to the marine ecosystem caused by oil pollution from ships are not based on claims for the cost of restoration measures, but on claims for loss of marine ecological services and loss of marine environmental capacity, which are not compatible with the Convention and are claims expressly excluded from the scope of compensation under the Convention.

Part II. Wisdom in Business Competition

Business wisdom is all-encompassing and this part focuses on the legal risks that enterprises should be aware of in their business activities from the perspective of business competition.

It was only during the Ming and Qing Dynasties that the Chinese people generally began to develop a sense of commercial impor-

tance. Since ancient times, Chinese businessmen have always had a strong desire to get rich and an incentive to make profits. However, what is remarkable is that Chinese merchants have always insisted on a balance between righteousness and profit in their business motives, requiring that the “profit” must come from a legitimate source and that the means must be reasonable, which has been summarised as “a gentleman loves his money and has a way of taking it”.

To make money, you also need to understand the laws of business operation and master business skills, not only to do market research, market forecasts, business decisions and a series of business marketing activities, but also to have development goals, the overall concept, awareness. Especially for relatively weak enterprises, they can also win the competition by maximising their value, making full use of external resources and integrating them to form their own unique competitive advantage.

With the rapid development of industrialisation and the Internet, a large number of enterprises are distributed in each link of the industrial value chain, and resource integration has become the most important driving force for business model innovation. The current competition is not the competition between enterprises, but the competition of business model innovation. Starting from the innovation of business model, we can redefine the transaction structure and value by taking our own resources as the centre, integrate other people’s resources and make them available to “me”, and use “limited” to pry “unlimited”. “The value and definition of the business model is derived from the value of the business model.

The value and definition of a business model comes from business intelligence. It is generally accepted that business intelligence is expressed in the following three aspects:

One is the Diversity Model of Thinking. A pluralistic thinking model allows us to look at things from multiple perspectives and to see things more comprehensively. What is known as a holistic

view and a sense of the bigger picture is pluralistic thinking. Of course, we should not fall into the “empirical” circle of “believing in nothing but previous experience” because of a certain aspect or success.

The second is to use your own strengths to compete. Thomas Edison said that success is 99% sweat and 1% inspiration. But this 1% of inspiration, i.e. talent, is important. People who excel in some areas are born with a talent that is different from the norm. The reason for this talent is that they are more interested in the field and also more happy to do the specific work and feel more accomplished. Hard work makes you good at what you do, and talent makes you a leader in your field. How can you work hard to spell out what others specialise in, and use your shortcomings to compete with others’ specialisms and strengths? The so-called barrel concept often bumps heads in reality and is also a huge waste of time.

Third, the accumulation of strength, choose the right opportunity, know when to strike. Those who want to fly high (birds) must get their wings down in order to spread out and take off, and those who want to leap up (men or animals) must first curl up their feet in order to jump up. To gain a competitive advantage you need to build up your strength.

Part III. Legal risks and prevention and control

In today’s increasingly refined international division of labour and close international cooperation, the development of enterprises in every country is inseparable from the world, especially those who invest in foreign countries. However, because of different regional cultures and differences in upbringing, foreign areas may be unfamiliar. Therefore, in the wave of outbound investment, it is particularly important for enterprises to examine and collect information about the target country before investing, otherwise it will be difficult to move forward. At the same

time, the inspection must focus on the rule of law, Chinese society, political, economic and cultural differences of the target country, and the basic information of the target country needs to be studied and understood in detail. For investment in countries along the “Belt and Road”, we should strengthen legal thinking, focus on the law first and take targeted precautions.

After careful investigation and summary, we found that the legal risks of investing in the target countries are mainly in the following risks:

3.1 Investment security and exit risks.

Risks: 1. In the risk of equity transfer, there is a legal risk of default by local related parties due to irregularities in the equity transfer contract. 2. In the risk of exit through the public securities market as the securities market in some countries is very small and not liquid enough. 3. In the risk of exit through liquidation, the liquidation law and bankruptcy law of the target country must be understood.

Preventive and control measures: First, Chinese investment enterprises should try to make use of their shareholder status to include provisions in their favour in the formulation and amendment of the articles of association to facilitate the safe exit of equity. Secondly, in the process of listing and exit, it is important to find a more mature exchange. For example, in the mining industry, you can choose to list on world famous mining exchanges such as Toronto and Australia, which are relatively large and famous exchanges with regulated systems and guaranteed exits. Thirdly, for the priority clause in liquidation, the betting clause, etc., should be designed only if local laws allow it.

3.2 Foreign exchange control risk.

Risk points: 1. Liquidity risk. The most prominent performance that is the target country’s foreign exchange management system restrictions, resulting in money can not be remitted. 2, the risk of exchange rate changes. For some currencies, it depends

on the stability of the history, if not, the risk of devaluation. 3, the risk of changes in foreign exchange policy. Some countries have frequent changes in foreign exchange, these countries are not good investment target countries. 4, different countries have great variability in foreign exchange policies, be sure to understand clearly before investing.

Preventive and control measures: First, we should understand the foreign exchange management system of the investment target country, whether the implementation of a strict foreign exchange control system, or foreign exchange can freely enter and exit. Secondly, you should pay attention to the due diligence of the local foreign exchange policy and keep an eye on it. There are countries that have quotas for foreign exchange, but exceeding the quota may result in criminal jail time. Third, actively predict the exchange rate trend and the trend of exchange rate changes in the target country of investment, and use foreign exchange hedge, futures options and other financial means to prevent.

3.3 Taxation risk.

Risk points: 1. Risks on the determination of resident status. If there is no bilateral tax agreement between the investor's country and the investment target country, the enterprise is exposed to global taxation twice. For example, the US is taxed globally. 2. Risk of conflict between the terms of the bilateral tax agreement and local tax benefits. If the local tax is reduced or exempted, the tax cannot be paid repeatedly. Investors can find out whether there is such a clause in the tax agreement between our country and the country where the investment will be made, and if the tax is reduced or exempted in the local host country, it may not need to be paid again when it returns to this country. 3. Risk of insufficient judgment on the legality of tax treatment.

Preventive and control measures: Firstly, before formal investment, a detailed tax due diligence should be made to prevent the emergence of some tax risks. Secondly, enterprises should avoid double resident status certification of the investor's country of

residence and the target country as far as possible. Thirdly, attention should be paid to whether the investor's country and the target country China have signed international tax agreements for double taxation. Fourthly, the enterprise's tax planning should ensure that it is within the scope of the law, if it exceeds the local law, it may be tax evasion. The concepts of tax evasion and tax avoidance are not the same, tax avoidance is legal and tax evasion is illegal.

3.4 Infrastructure risk.

Infrastructure is an important part of the "Belt and Road" strategy and carries the greatest risk.

Risks: 1. Most project owners have a government background and are participants in the project, as well as rule makers, and are often in breach of contract. 2. Investment in infrastructure generally takes the form of BOT, PPP and other project financing, which will involve multi-sectoral laws on infrastructure and operation, and investors should analyse and apply them together. For example, the engineering bond, which is issued on the basis of the commercial contract, but is not dependent on the commercial contract, has independent legal effect. Even though the other party's breach of contract does not carry out the project, the other party may still approach the investor to claim compensation or apply for an extension of the guarantee period, thus causing losses to the investor and the bank.

Preventive and control measures: Firstly, a thorough investigation of the legal environment of the target country should be conducted before investing. Secondly, enterprises should pay attention to the legal documents and clauses to reduce the risk in contract performance and prevent losses from breach of contract. Thirdly, enterprises should plan their investment structure and treat it differently for different countries, and share the risk by increasing the number of subjects in countries with sound laws. In countries where the law is not sound, you can cooperate

with local institutions and let them participate in the shares to achieve the purpose of risk sharing.

3.5 Intellectual risk.

As intangible property, intellectual property is one of the most vulnerable to misappropriation, misappropriation and copying. The speed and low cost of counterfeiting such products can easily cause serious damage to the interests of legitimate operators and consumers.

Risk points: 1. The legal risk of infringement of the investor's own intellectual property rights. For example, the exclusive right to use a trademark or patent applied for by an enterprise in its own country may not be automatically granted in the target country. The investor can only enjoy protection if the application is approved in accordance with the laws of the target country. 2. The legal risk that its own technology may infringe the intellectual property rights of others. However, once the technology is used in other countries, it may infringe the rights of the patentee and the licensee of the patent in other countries.

Preventive and control measures: Firstly, a good preliminary due diligence investigation should be conducted. The scope of the investigation should include the asset status of the IPR, the legal attributes of the IPR and the liability associated with the IPR. Second, pay attention to the terms and conditions of the transaction contract. For example, when purchasing IPRs, the agreement on the scope and ownership of the purchased IPRs should be as detailed as possible, and the seller should be required to make corresponding representations and warranties, and be liable for damages or repurchase in case of breach of contract.

3.6 Labour risks.

Some countries have very strong labour organisations and failure to address them properly can result in fines or imprisonment.

Risks: 1. Illegal employment of foreign workers. For example, in the construction sector in Albania, the ratio of general staff to foreign workers is 1:5-1:7, with one expatriate Chinese person required to employ five local workers. Egypt, on the other hand, requires a ratio of no less than 90% for general employees and no less than 75% for mid-level employees. 2. Violation of the mandatory requirements for the signing of local labour contracts, failure to give the hired worker a minimum wage, minimum working hours, etc. Some target country governments have some special mandatory regulations: in certain industries it is necessary to employ local people.

Preventive and control measures: Firstly, you should carefully comply with the laws and regulations of the target countries in terms of labour protection and labour security. Secondly, you should have a thorough understanding of and pay attention to the special regulations of the target country. For example, religious festivals, pilgrimage holidays, etc. Third, fully understand the labour remedy system in the target country. Labour disputes inevitably arise in the operation of enterprises, so pay attention to the procedures and processes for resolving labour disputes.

3.7 Risk of emergencies

Risk point: Emergencies are often linked to force majeure and are reflected in the agreed performance of the contract. Emergency situations are greater than force majeure, force majeure factors include common problems including war, earthquake, fire, etc., while emergency situations are greater than the above applicable conditions, such as COVID-19 epidemic, state sanctions, temporary curfew, etc.

Preventative measures: The corresponding agreement can be made in the cooperation agreement with reference to the force majeure clause, and categorised as “change of circumstances” or “force majeure” and other events of what nature. It is also possible to agree on the application of regulatory instruments by reference to international conventions such as the New York Con-

vention or bilateral national agreements. The most effective way is to have a plan in place prior to cooperation, especially in the case of national sanctions, with an enforceable long-term plan.

CYBERSECURITY IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

*Begaim M.Kaibyl daeva**

*“Digital files cannot be made uncopyable,
any more than water can be made not wet”
- Bruce Schneier*

In this article, I would like to draw attention to the complex and multi-dimensional issue of cybersecurity in international commercial arbitration. Cybersecurity is an important component of international commercial arbitration as it involves the transmission and exchange of confidential information between parties during dispute resolution. However, with the increasing use of digital technologies such as email, cloud services, electronic documents, and other means of communication and information storage, the risk of cyber-attacks and data breaches has significantly risen.

Therefore, international commercial arbitration centers must take measures to protect data and ensure cybersecurity. This may include the use of secure networks and data encryption, installation of intrusion detection systems, implementation of multi-factor authentication, and training staff on security protocols.

* CEO of the IT company “Business Soft”, Arbitrator ICA CCI KR and BICAMC; email: kbegaim@mail.ru

Additionally, international commercial arbitrations should consider potential cyber-attacks and data breaches in their regulations and rules, including procedures for notifying parties and safeguarding the confidentiality of information.

Overall, ensuring cybersecurity in international commercial arbitration is an important issue that requires attention and collaboration between arbitration centers and parties to provide a reliable and secure environment for dispute resolution.

Emerging trends in information technology necessitate urgent and appropriate measures in the current sphere. Modern approaches, based on risk assessment, are being discussed within the academic community, where participants in arbitration proceedings have the right to take measures based on the circumstances of each individual case. While the significance of cybersecurity risks may vary depending on the cases, the threat of cyber-attacks arises in almost every international arbitration.

Increasing the awareness of participants in international commercial arbitration about information storage methods and ensuring information security contributes to the development of the institution of arbitration proceedings. This, in turn, enhances the level of trust from the participants in the dispute resolution procedures.

The global digitization of all processes in international commercial arbitrations imposes conditions where institutional rules and guidelines must keep pace with the times. It is crucial to strictly consider and ensure appropriate cybersecurity measures that are tailored to each specific case and determine how responsibility will be allocated among the stakeholders in the arbitration process when implementing these measures.

All participants in arbitration should be well-informed about how they receive and store data, as well as the technical complexities and costs associated with various cybersecurity measures. The commercial sensitivity of data, along with the indi-

vidual obligations of parties to protect information, necessitates proportionality in any specific cybersecurity measure. Familiarity with technological, organizational, and procedural options available for enhancing cybersecurity will facilitate substantive discussions on necessary cybersecurity measures in arbitration and provide compelling grounds for courts to issue appropriate orders in the event of disagreement among the parties.

In 2015, for instance, the website of the Permanent Court of Arbitration¹ was hacked during an arbitration proceeding between China and the Philippines regarding a sensitive maritime boundary dispute. The legal sector as a whole has also experienced similar incidents, as evidenced by the Panama Papers leak², which involved the release of millions of encrypted attorney-client documents held by a Panamanian law firm.

In recent years, the issue of data protection in international arbitration has gained significant relevance. This is primarily due to the entry into force of the General Data Protection Regulation (GDPR)³ on May 25, 2018, and the increasing use of new technologies in the arbitration process. With the onset of the COVID-19 pandemic, the number of offline hearings has significantly reduced. As a result, the practice of conducting online hearings, even for major and complicated disputes, has become widespread.

This has led to an increased risk of data breaches and potential sanctions from relevant regulators for non-compliance with data protection laws. The implementation of the GDPR was a long-awaited development as it provided detailed regulations

¹ <https://www.iareporter.com/articles/permanent-court-of-arbitration-goes-offline-with-cyber-security-firm-contending-that-security-flaw-was-exploited-in-lead-up-to-china-philippines-arbitration/> (Up to July 21, 2023).

² <https://linkurious.com/blog/panama-papers-how-linkurious-enables-icij-to-investigate-the-massive-mossack-fonseca-leaks/> (Up to July 21, 2023).

³ <https://eur-lex.europa.eu/content/news/general-data-protection-regulation-GDPR-applies-from-25-May-2018.html> (Up to July 21, 2023).

for the processing of personal data and established extraterritorial application of its provisions and requirements.

In particular, the requirements of the GDPR can apply to companies that do not have a physical presence in the EU but process personal data of EU citizens or target EU citizens through a website or application intended for EU markets. The GDPR provides a broad definition of personal data and their processing, establishes a limited list of legal bases for data processing, and imposes significant liability for violations of data processing rules. Article 83(5) of the GDPR allows for the imposition of administrative fines of up to €20 million or, in the case of sanctions applied to a company, up to 4% of total worldwide annual turnover of the previous financial year, whichever is higher. The requirements of the GDPR apply as part of the substantive law of the place of arbitration if it is within the EU.

In arbitration proceedings administered by such institutions, the data security requirements of the GDPR apply to all participants in the process. For example, the ICC Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration under the ICC Rules states that during the course of the proceedings, the tribunal should inform the participants that the GDPR applies to data protection issues and that, by participating in the process, they consent to the collection, processing, and transfer of their personal data.

Indeed, the applicability of the GDPR to arbitration proceedings administered by institutions outside the EU is a bit more complex. As a general rule, the transfer of personal data of EU citizens to third countries is only permissible if certain safeguards, as required by the GDPR, are in place to ensure adequate protection of such personal data. For example, the transfer may take place based on an “adequacy decision” issued by the European Commission¹, which confirms that the third country provides an adequate level of protection for personal data.

¹ <https://gdpr-info.eu/art-45-gdpr/> (Up to July 21, 2023).

In the absence of such an “adequacy decision”, a suitable safeguard that enables the transfer of data to third countries may be, in particular, the implementation of “standard contractual clauses” between the organization or individual transmitting the personal data and the organization or individual outside the EU receiving such personal data. Ultimately, if it is not feasible to apply any of the safeguards, the GDPR provides for certain derogations from the general rules that can be used as a last resort.

Article 49(1)(e) of the GDPR¹ does provide for the possibility of transferring data to third countries for the purposes of preparing and submitting claims and defending against them. According to clarification 111 of the GDPR, such transfers are permissible within the scope of out-of-court disputes, which include arbitrations, but only under certain conditions. The GDPR allows for one-time, non-repetitive transfers of data for legitimate purposes of the data controller, provided that the level of protection of personal data guaranteed by the GDPR is maintained. It is also recommended to limit the amount of data transferred to only what is absolutely necessary for the proceedings. Whenever possible, such data should be pseudonymized, and confidentiality agreements should be put in place for their transfer.

Due to the COVID-19 pandemic, software for conducting video conferences, email, and cloud storage for exchanging electronic documents have been used for the purposes of dispute resolution and conducting hearings online. While this format has its undeniable advantages, such as the convenience of organizing hearings without the need for participants to gather in one place and cost savings for parties as expenses for software are significantly lower than air travel, accommodation, and meals for parties, their representatives, and arbitrators, as well as organizing hearings at a specific location, it also has its drawbacks. The issue of data protection and cybersecurity is considered one of the most significant in international arbitration, as confidentiality is

¹ <https://gdpr-info.eu/art-49-gdpr/> (Up to July 21, 2023).

one of the key advantages of this method of dispute resolution. Its breach can lead to significant negative consequences, including financial losses and reputational damage, and undermine the reputation of international arbitration as a safe and effective means of resolving disputes.

The consequences of confidentiality breaches and data leaks for parties can include:

- 1) Decreased stock price for a publicly traded company;
- 2) Reduced investment attractiveness for a private company;
- 3) Diminished opportunities for debt financing and worsened financing terms;
- 4) Loss of existing and potential clients;
- 5) Termination of top management;
- 6) Damaged reputation of a state in the international arena and reduced attractiveness for investors (in the case of an investment dispute).
- 7) Initiation of investigations, including criminal ones, imposition of fines, and other sanctions.
- 8) Initiation of disputes by counterparties.

Confidentiality breaches and data leaks in an arbitration dispute can occur due to negligence by individuals who have access to personal data or other confidential information, as well as due to malicious activities by individuals seeking unauthorized access to such information. Such activities are typically carried out through cyberattacks. The targets can include any participant in the arbitration process, including the parties, their legal advisors, arbitration institutions, arbitrators, other process participants, as well as companies providing video conferencing, cloud storage for electronic documents, and email communication.

Arbitration institutions pay significant attention to data protection issues. For example, the London Court of International Ar-

bitration (LCIA)¹ introduced a new separate provision dedicated to data protection in its 2020 rules. Article 30A of the updated LCIA rules stipulates that, with the parties agreement, the arbitral tribunal may consider the appropriateness of:

- applying information security measures to protect physical and electronic information disseminated in the arbitration;
- ensuring compliance with data processing requirements, regarding data created or obtained during the arbitration, as per data protection legislation.

This inclusion reflects the recognition of the importance of data protection in modern arbitration practice and highlights the need to address data security and compliance with applicable data protection laws.

Indeed, the LCIA and the respective arbitral tribunal have the authority to provide binding directions to the parties and arbitrators regarding information security and data protection, taking into account the provisions of the applicable law. This authority allows the LCIA and the arbitral tribunal to issue specific guidelines and requirements to ensure the proper handling, protection, and security of data throughout the arbitration process. By doing so, they can help safeguard the confidentiality and integrity of the proceedings and mitigate the risks associated with data breaches.

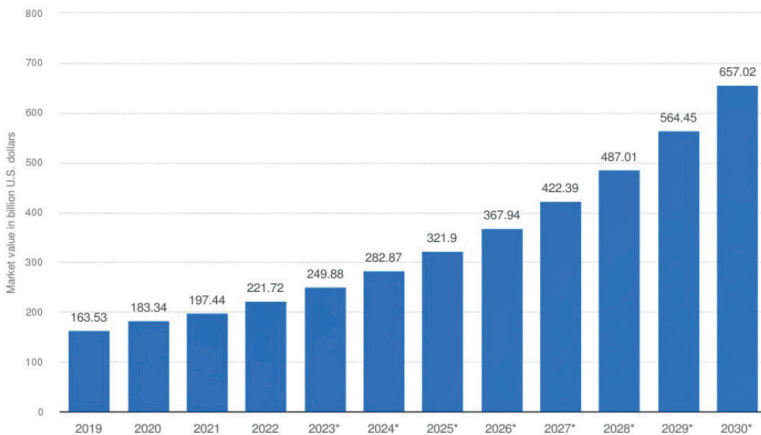
International non-governmental organizations in the field of international arbitration also place significant emphasis on data protection. They develop and publish various guidelines, recommendations, and protocols. Such “soft law” norms play a significant role in international arbitration due to the relatively limited number of binding legal provisions and their general nature. They also help make the arbitration process more predictable by providing guidance on data protection practices and standards.

¹ https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx (Up to July 21, 2023).

These soft law norms contribute to establishing best practices and promoting consistency in data protection across international arbitration proceedings.

The Roadmap for Data Protection in International Arbitration¹ serves as an example of such a soft law norm governing data protection in arbitration. It was developed by the International Council for Commercial Arbitration (ICCA) in collaboration with the International Bar Association (IBA)² and was published in February 2020. This Roadmap outlines principles for handling personal data in international arbitration, one of which is the principle of data protection. This principle entails the application of necessary technical and organizational measures to protect personal data from risks associated with their processing. The Roadmap provides guidance and recommendations to ensure the appropriate protection of personal data throughout the arbitration process.

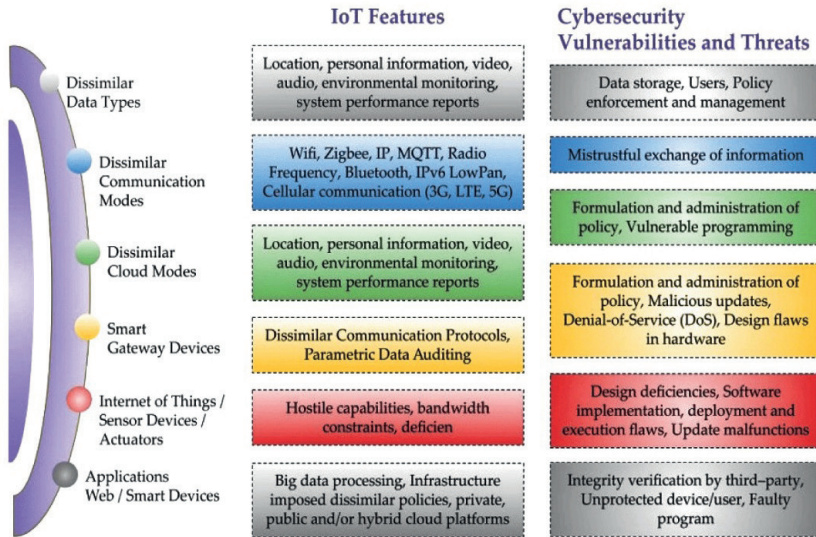
Size of cyber security market worldwide from 2019 to 2030 (in billion U.S. dollars)



Source
Next Move Strategy Consulting
© Statista 2023

Additional Information:
Worldwide; Next Move Strategy Consulting; 2019 to 2030

- ¹ https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/roadmap_28.02.20.pdf (Up to July 21, 2023).
- ² <https://www.arbitration-icca.org/icca-iba-joint-task-force-data-protection-in-international-arbitration> (Up to July 21, 2023).



The list of specified technical and organizational measures is provided, in particular, in the IBA Cybersecurity Guideline published in October 2018. Therein, IBA recommends implementing a number of measures, particularly in the technology field – regularly updating software, using secure internet connections and secure email, deleting or archiving data that is no longer needed, and making regular backups of important data. For example, picture below will give some statistics.

It is recommended to use data encryption and software that allows remote data wiping in case of loss or theft of the storage device. IBA also recommends creating accounts for employees with different levels of access, providing them with access only to the data necessary for their work. In terms of organizational processes, it is advised to use complex, non-repetitive passwords and implement multi-factor authentication.

IBA also recommends appointing a data privacy officer who will be responsible for data security. Law firms and institutions are advised to develop data protection and cybersecurity policies, establish protocols for responding to data breaches/ cyber-at-

tacks, and conduct periodic risk assessments and penetration testing. Regular staff training on data protection and cybersecurity is also recommended.

Another important document is the Cybersecurity Protocol in International Arbitration, published in 2020, developed jointly by ICCA, the New York City Bar Association (NYC Bar)¹, and the International Institute for Conflict Prevention and Resolution (CPR)².

The Protocol proposes several principles, including:

- a) Responsibility of each participant in the arbitration process for implementing information security measures;
- b) The arbitral tribunal decides on the implementation of information security measures considering potential risks, existing technologies and organizational practices, the burden and cost of such measures, and their proportionality to the resources of the parties and the administering institution, as well as the effectiveness of the arbitration process;
- c) It is recommended to address information security issues as early as possible, typically no later than the case management conference;
- d) The arbitral tribunal has the authority to apply measures on its own initiative;
- e) The arbitral tribunal has the authority to impose sanctions on parties in case of violation of information security rules.

Therefore, data protection in international arbitration is of significant importance due to the substantial risks associated with data breaches, both in terms of direct losses and potential regulatory sanctions. Although many data protection issues in arbi-

¹ <http://documents.nycbar.org/files/ICCA-NYC-Bar-CPR-Cybersecurity-Protocol-for-International-Arbitration-Electronic-Version.pdf> (Up to July 21, 2023).

² <https://www.arbitration-icca.org/icca-reports-no-6-icca-nyc-bar-cpr-protocol-cybersecurity-international-arbitration> (Up to July 21, 2023).

tration remain controversial, a series of relevant recommendations have been published in recent years. Their rational application should make the process more secure and predictable for all participants.

The number of attacks on information systems is increasing at a double-digit rate every year. These attacks are becoming more sophisticated, targeting a growing range of potential victims, including Internet of Things (IoT) devices and smart home devices, while the damage from such attacks is also escalating. Traditional antivirus measures are no longer sufficient to cope with such epidemics, and solutions based on artificial intelligence are coming to the rescue.

According to MarketsandMarkets¹, the market for AI-based cybersecurity solutions is projected to grow at an average annual rate of 23.3% from \$8.8 billion in 2019 to \$38.2 billion by 2026. This indicates a significant growth in the AI-driven cybersecurity market.

In general, effective cybersecurity is an integral part of modern international arbitration. Only by taking appropriate measures and strengthening cooperation at the international level can the interests of parties be protected and trust in the arbitration system be upheld in an era of rapid technological advancement and global digitization.

Given the acute shortage of experienced cybersecurity professionals and the enormous volumes of data that organizations have to deal with, many companies are already utilizing AI capabilities for cybersecurity or planning to do so.

It is anticipated that artificial intelligence will free up professionals from routine tasks by handling a significant portion of such procedures. For instance, AI solutions can analyze security events, detect deviations in the operation of programs and de-

¹ <https://www.asdreports.com/search.asp?keyword=Cyber+security> (Up to July 21, 2023).

vices from the “norm”, and alert cybersecurity personnel accordingly.

Priority use cases for leveraging AI to enhance cybersecurity include network security and data protection. While solutions for the Internet of Things (IoT) are still lagging behind, it is important to note that they have emerged only in recent years.

Certainly, the capabilities of artificial intelligence are being utilized or are being prepared for use not only by cybersecurity professionals but also by their adversaries, malicious actors from hacker organizations. It is a constant battle between those seeking to enhance cybersecurity defenses and those looking for ways to exploit vulnerabilities using AI and other advanced technologies.

It is true that AI, in the hands of hackers, can be used to automate various tasks, such as phishing email campaigns, analyzing the defensive mechanisms of corporate systems, and identifying their vulnerabilities. With the training capabilities of AI systems, they can also be effectively employed to carry out targeted attacks on specific individuals, often high-profile targets. This type of phishing attack is commonly referred to as “whaling”. It is important for organizations to remain vigilant and employ robust cybersecurity measures to mitigate the risks posed by AI-powered attacks.

The example regarding IBM Research’s creation of the hacking tool DeeLocker demonstrates the potential risks associated with AI-powered attacks. In this case, the WannaCry ransomware was concealed within a video conferencing program using AI techniques. The program functions normally until it reaches the intended victim computer, which is identified through facial recognition, voice recognition, and other additional factors. Once the victim is identified, the previously undetected virus is activated, evading traditional antivirus detection methods. This highlights the evolving nature of cyber threats and the need for robust cybersecurity measures to counter such attacks.

To effectively enhance the cybersecurity of the data, companies should prioritize upgrading their equipment, networks, and software. This entails regularly updating the entire security system. Constant software updates are crucial due to ongoing technological advancements, as failure to update software can leave any device vulnerable to exploitation by hackers. Additionally, it is essential to implement endpoint protection on user-connected devices as a mandatory measure. By implementing these measures, companies can strengthen their defense against potential cyber threats.

To enhance threat detection capabilities and improve effectiveness in combating cyber threats, companies are increasingly focusing on automating their cybersecurity systems using various technologies and tools. The integration and coordination of cybersecurity systems involve the establishment of industry-wide or national-level centralized institutions for managing information security. These institutions serve as platforms for exchanging experiences and setting standards for ensuring organizational information security. By facilitating collaboration and sharing best practices, these institutions contribute to the overall effectiveness of cybersecurity measures.

In conclusion, cybersecurity plays a crucial role in the field of international arbitration. In the era of widespread digitization and rapid technological advancements, data protection and information security have become paramount for the effective functioning of arbitration processes. Cyber threats, hacker attacks, and cybercrime pose significant risks to the trust in the arbitration system and can inflict harm on the business environment.

Firstly, it is important to develop and implement strict security policies and procedures, which encompass network protection, data encryption, and access control. These measures help safeguard sensitive information and prevent unauthorized access or data breaches.

Additionally, regular security assessments and audits should be conducted to identify vulnerabilities and address them promptly. This involves staying updated with the latest security practices and technologies to counter evolving cyber threats effectively.

Furthermore, employee awareness and training programs play a vital role in maintaining cybersecurity. Educating staff about best practices, recognizing phishing attempts, and promoting a culture of cybersecurity consciousness can significantly reduce the risk of human error or negligence leading to security incidents.

Collaboration with cybersecurity experts, industry organizations, and relevant authorities is also crucial. Sharing information, exchanging best practices, and staying informed about emerging threats can strengthen the overall security posture of the international arbitration community.

Lastly, investing in advanced cybersecurity tools and technologies, such as intrusion detection systems, threat intelligence platforms, and incident response capabilities, can enhance the detection and mitigation of cyber threats, ensuring a more secure environment for international arbitration processes.

By implementing these measures and continuously adapting to the evolving threat landscape, the international arbitration community can better protect its systems, data, and the trust of its participants.

Secondly, training and raising awareness among participants of arbitration proceedings about cybersecurity are crucial for their protection and the prevention of potential incidents. By providing education on cybersecurity best practices, participants can learn how to identify and mitigate risks, recognize phishing attempts, and respond effectively to security incidents. Regular training sessions and informational campaigns can help instill a culture of cybersecurity and equip individuals with the knowledge and skills needed to navigate the digital landscape securely.

Thirdly, collaboration and information sharing between arbitration institutions, government bodies, and cybersecurity experts can contribute to the development of modern approaches and best practices in this field. By fostering partnerships and exchanging insights and experiences, stakeholders can stay ahead of emerging threats, address common challenges, and collectively enhance cybersecurity measures in the context of international arbitration.

Through a comprehensive approach that encompasses policies and procedures, education and awareness, and collaboration, the international arbitration community can strengthen the cybersecurity posture and safeguard the integrity, confidentiality, and availability of its systems and data.

Considering the constantly evolving threat landscape in cyberspace, it is crucial to continuously update and enhance security measures. Arbitration institutions must remain vigilant and adaptable to new challenges in order to provide a reliable and secure environment for dispute resolution and support global trade and investment relations.

In general, effective cybersecurity is an integral part of modern international arbitration. Only by taking appropriate measures and strengthening cooperation at the international level can the interests of parties be protected and trust in the arbitration system be upheld in an era of rapid technological advancement and global digitization.

**АРБИТРАЖ:
СИЛУЭТЫ И ТЕНИ**

Бишкек, издательство «Турар»
(На русском и английском языках)

Ответственный редактор *Н.Б. Алёнкина*
Компьютерная верстка *Ж. Кудабаяев*

Подписано в печать 15.11.2023 г.
Формат бумаги 60x84 ¹/₁₆. Объем 17,75 п. л.
Тираж 1000 экз. Заказ № 2446.

Отпечатано в типографии издательства «Турар»
720031, г. Бишкек, ул. М. Горького, 1