



**МЕЖДУНАРОДНЫЙ ТРЕТЕЙСКИЙ СУД ПРИ ТОРГОВО-
ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЕ КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ**

ЕЖЕГОДНЫЙ СБОРНИК СТАТЕЙ

2/2018

**ТРЕТЕЙСКОЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВО
В КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ:
СОВРЕМЕННЫЕ ВЫЗОВЫ И ПУТИ РЕШЕНИЯ**

**(к 60-летию Конвенции ООН о признании и приведении
в исполнение иностранных арбитражных решений)**

Бишкек 2018

УДК 347.9
ББК 67.99 (2 Ки) 92
Т 66

Редакционная коллегия:
*Майчиев Ш.Ю., Аленкина Н.Б.,
Галлямова Н.С., Иманова С.С., Чекошев А.М.*

Ответственный редактор:
Аленкина Н.Б.

Т 66 Третейское разбирательство в Кыргызской Республике: современные вызовы и пути решения. – Б.: 2019,-193 с

ISBN 978-9967-9100-9-6

В сборнике статей освещаются актуальные теоретические и прикладные вопросы современного международного коммерческого арбитража и медиации в Кыргызской Республике и за рубежом. Среди авторов статей ведущие отечественные эксперты в области третейского разбирательства и разрешения 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 споров, судей, арбитров и медиаторов, а также преподавателей, аспирантов и студентов вузов юридических специальностей.



Проект финансируется
Европейским Союзом



german
Cooperation
DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT



Исполнитель:
giz
Германско-казахстанское
техническое сотрудничество



Rule of Law
Программа «Верховенство права
в Кыргызской Республике – 2-я фаза»



Justice
Coopération
Internationale
Assistance Technique France

Данная публикация опубликована при поддержке Программы «Верховенство права в Кыргызской Республике – 2-я фаза» финансируемая Европейским Союзом и никоим образом не отражает мнение Европейского Союза, GIZ и Программы.

Басылма Европа Биримдиги тарабынан каржыланган «Кыргыз Республикасында укук үстөмдүгү – 2-чи фаза» Программасынын колдоосу менен басылды жана Европа Биримдигинин, GIZ жана Программанын көз-карашын чагылдырбайт.

Т 1203021200-19
ISBN 978-9967-9100-9-6

УДК 347.9
ББК 67.99 (2 Ки) 92

©Международный Третейский суд
при Торгово-промышленной палате
Кыргызской Республики, 2019

ПРЕДИСЛОВИЕ



Майчиев Ш.Ю.

Председатель Международного Третейского суда
при ТПП Кыргызской Республики

Уважаемые читатели!

Я рад приветствовать вас на страницах второго выпуска, ставшего уже ежегодным сборника статей, посвященного теоретическим и практическим аспектам правового регулирования третейского разбирательства в Кыргызской Республике и за рубежом. В этот раз он включает в себя статьи не только арбитров МТС ТПП, но и публикации ведущих иностранных специалистов в сфере арбитража и медиации, представленные на английском языке.

Уходящий год еще раз подтвердил, насколько важную роль в построении гражданского общества и развитии национальной экономики играют арбитраж и иные альтернативные методы разрешения экономических споров (АРС).

Независимое и беспристрастное разрешение споров третейскими судами является одним из условий обеспечения инвестиционной привлекательности Кыргызской Республики и повышения предпринимательской активности. Между тем, современный этап социально-экономических преобразований диктует необходимость перехода третейских судов на качественно новый уровень деятельности и реализации новых задач.

Учитывая эти потребности, а также в целях повышения качества защиты прав и законных интересов представителей бизнеса, граждан и организаций Международный Третейский суд при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики включил в перечень предоставляемых услуг - услуги медиации. Широкое применение практики медиации наряду с арбитражем при разрешении споров позволит в существенной части решить

вопрос загруженности государственных судов и роста судебных расходов.

Особенно удобны эти методы при решении экономических споров, т.к. предоставляют возможность привлекать к судебному разбирательству квалифицированных экспертов, что не всегда доступно в классическом судопроизводстве. Альтернативные методы решения споров, такие как арбитраж и медиация оказались настолько эффективными на практике, что государственные органы во многих развитых странах мира официально рекомендуют их использование.

Другим знаковым событием в деятельности нашего института в уходящем году стало проведение Международным Третейским судом при ТПП Кыргызской Республики международной конференции, посвященной 60-летию Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (1958 г.) на тему «Нью-Йоркская Конвенция и её взаимодействия с внутренним законодательством стран Центральной Азии», цель которой заключалась в исследовании взаимодействия Нью-Йоркской Конвенции с внутренним процессуальным законодательством стран Центрально-азиатского региона, а также обмен опытом с экспертами в области альтернативного разрешения споров из различных правовых юрисдикций.

Все вы знаете, что Нью-Йоркская конвенция является важнейшим механизмом содействия росту инвестиций в международную торговлю и незаменимым инструментом эффективного урегулирования международных коммерческих споров и самое главное Конвенция была разработана не для того, чтобы вытеснить государственные суды или отобрать коммерческие дела у национальных судов, она была разработана, чтобы предоставить возможности, которые до этого отсутствовали во всем мире.

Мы с моими коллегами из Центральной Азии едины во мнении, что поддержка развития и совершенствования альтернативных способов разрешения споров, к которым относятся медиация и арбитраж, на региональном уровне должна стать одним из векторов государственной политики всех государств нашего региона. Надо доносить бизнесу, международному сообществу, что

наше арбитражное законодательство сейчас является одним из новейших. К примеру, Кыргызстан в этом аспекте стоит на уровне с мировыми про-арбитражными юрисдикциями. И сегодня только от совместных действий арбитражного сообщества, судейского корпуса и органов государственной власти зависит насколько эффективно мы воплотим это в жизнь.

Успешен был 2018 год для Международного Третейского суда и в практике разрешения споров, так, в прошлом году в МТС ТПП поступило 101 исковое заявление. Всего, начиная с 2004 года, зарегистрировано 1000 исковых заявлений на сумму около 100 миллионов долларов, из которых более 50 споров с участием иностранных компаний.

Несомненно, на нашем пути возникают и будут появляться определенные сложности, но мы убеждены, что, несмотря на это применение арбитража и медиации оказывает самое позитивное влияние на успешное развитие предпринимательства в частности и экономики государства в целом.

Пользуясь случаем, выражаю глубокую благодарность Программе Европейского союза «Верховенство права в Кыргызской Республике – 2-я фаза» за неоценимую помощь и содействие в публикации уже второго выпуска настоящего сборника.

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
Закон о залоге	Закон Кыргызской Республики «О залоге» от 12 марта 2005 года № 49
МТС ТПП	Международный Третейский суд при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики
НБКР	Национальный банк Кыргызской Республики
Нью-Йоркская конвенция	Конвенция ООН «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» от 10 июня 1958 года
Регламент МТС ТПП	Регламент Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики утвержденный Решением Наблюдательного Совета Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики от 8 февраля 2007 года
Типовой закон ЮНСИТРАЛ	Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже
Ускоренный регламент МТС ТПП	Ускоренный регламент Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики утвержденный Решением Наблюдательного Совета Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики от 3 октября 2007 года

**ВЛИЯНИЕ НЬЮ-ЙОРКСКОЙ КОНВЕНЦИИ О ПРИЗНАНИИ
И ПРИВЕДЕНИИ В ИСПОЛНЕНИЕ ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ
РЕШЕНИЙ НА СТАНОВЛЕНИЕ ИНСТИТУТА КОММЕРЧЕСКОГО
АРБИТРАЖА В КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ**

Сегодня, когда наша страна прошла свой небольшой, но уже содержательный путь к внедрению арбитражных институтов, вспоминается то время, когда мы только обсуждали, какому быть арбитражу в Кыргызстане.

Изучая опыт развитых стран, где арбитраж занял свое достойное место среди институтов, эффективно разрешающих споры и конфликты, мы, конечно же, внимательно изучали положения Нью-Йоркской Конвенции 1958 года «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений».

Кыргызстан присоединился к Нью-Йоркской конвенции без каких-либо оговорок в мае 1995 года. Она вступила в силу для нашей страны 18 марта 1997 года. С этого времени этот международный договор в соответствии с Конституцией Кыргызской Республики стал неотъемлемой частью правовой системы нашей страны.

Как известно, арбитраж имеет природу негосударственного договорного института, призванного решать в большинстве своем экономические споры в гражданской правовой сфере, чаще всего субъектами, занимающимися предпринимательской деятельностью. В этой связи, наличие четких и понятных правил для деятельности арбитражей в правовом регулировании предпринимательской деятельности страны, как альтернативы для государственных судов, способствует интересу отечественных и иностранных инвесторов вести свою деловую активность и этим влиять на развитие ее экономических отношений. Ведение предпринимательской деятельности, в условиях развивающихся способов и методов ведения бизнеса, который все больше имеет трансграничный характер, особенно важным для инвесторов становится наличие правового механизма, защищающего их права и законные интересы в той стране, где они ведут бизнес.

Для этого, разработчики законодательства о третейских судах в Кыргызской Республике постарались привести его в соответствие с Нью-Йоркской конвенцией, которая бесспорно является основой развития международного коммерческого арбитража в мире. Ведь со времени принятия Нью-Йоркской конвенции, предусмотренный в ней режим признания и приведения в исполнение арбитражных решений, глубоко укоренился в правовых системах государств - участников и способствовал закреплению статуса международного арбитража как обычного средства, с помощью которого сегодня разрешаются коммерческие споры.

Будучи международным публичным договором, Нью-Йоркская конвенция в первую очередь защищает права физических и юридических лиц, ведущих экономическую деятельность, тем самым она, как правовой механизм, созданный государствами, демонстрирует поддержку государством института коммерческого арбитража, в частности в обеспечении принудительного исполнения решений иностранных (международных) арбитражей на территории страны, где такое признание и исполнение испрашивается.

Действующее правовое регулирование деятельности третейских судов в Кыргызской Республике содержит положения Нью-Йоркской конвенции, в частности в Законе «О третейских судах в Кыргызской Республике», в новом Гражданском процессуальном кодексе Кыргызской Республики, где отмечены основания для отказа в признании и приведении в исполнение решения иностранного (международного) арбитража и соответственно выдаче исполнительного листа на это решение.

Эти положения Гражданско-процессуального кодекса КР имеют, соответственно, содержательное наполнение нормами Нью-Йоркской конвенции, которые могут применяться судами страны к арбитражным решениям, вынесенным как разовыми арбитражами (ad-hoc), так и постоянно действующими арбитражами (институциональный арбитраж).

Положения Нью-Йоркской конвенции повлияли и на правовые механизмы, регулирующие деятельность третейских судов в Кыргызстане, закрепленные в Законе «О третейских судах в Кыргызской Республике» (2002 года). Так, нормативное положение в

пунктах 1 и 2 статьи II Конвенции о том, что государство-участник Конвенции признает письменное соглашение, по которому стороны обязуются передавать в арбитраж споры, подписанное сторонами или содержащееся в обмене письмами или телеграммами, было учтено законодателем и развито им в свете новейших зарубежных тенденций в этой области, предусмотрев в статье 7 Закона норму о том, что третейское соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу, телефаксу или с использованием иных средств связи, включая электронные, обеспечивающие фиксацию такого соглашения.

Вместе с тем, следует отметить, что правоприменительная практика судов не содержит большого количества дел, в которых применяется Нью-Йоркская конвенция, или даже нормы Гражданско-процессуального кодекса КР, по которым испрашивается признание и исполнение решений иностранных (международных) арбитражей. Данный вывод был сделан из небольшого обзора судебной практики, полученной из открытых источников. Возможно, этот факт объясняется тем, что количество обращений в суды небольшое, или же судьи нуждаются в повышении осведомленности о порядке применения положений Конвенции и в целом законодательства о третейских судах, так как именно судьи выполняют функции, предусмотренные Конвенцией, а именно обеспечение государством исполнения арбитражных решений.

Тем не менее, Нью-Йоркская конвенция, как источник права в нашей стране является важным документом, свидетельствующим о готовности государства к защите права собственности субъектов экономической деятельности, является ключевым элементом содействия уверенности инвестирования в международную торговлю и незаменимым инструментом эффективного урегулирования международных коммерческих споров.

Нью-Йоркская конвенция позитивно повлияла на качественное содержание национального законодательства о третейских судах (арбитражах), подтянув его до уровня международных

стандартов, и, следовательно, внесла свой вклад в формирование института арбитража в Кыргызстане.

Учитывая настоящий уровень развития национальных арбитражей, многие предприниматели, юристы и другие участники экономических правоотношений еще не раскрыли в полной мере потенциал Нью-Йоркской конвенции, не воспользовались таким замечательным институтом как арбитраж, и потому нам всем предстоит большая работа по повышению осведомленности их об этих механизмах защиты прав и законных интересов наших граждан.

**МЕДИАЦИЯ И АРБИТРАЖ:
СОТРУДНИЧАТЬ НЕЛЬЗЯ КОНКУРИРОВАТЬ**

«Третейские совестные судьи, нося на себе звание и достоинство решать жребий своих, не должны превозноситься вверенною им властью, но, обходясь с возможной учтивостью с тою и другой стороной, с чистосердечием и твердостью показывать им существо дела в точном его виде, с некоторым иногда большим уважением, дабы поскорее примирить, представляя всегда, что самая надежнейшая тяжба негоднее посредственного мира, доставляющего и с некоторой чего-либо уступкою душевное спокойствие; вследствие чего, при малейшем наклонении соперников на мир не отлагать окончания оно до завтра».
(Первый министр юстиции России Г. Р. Державин, 1803 г.)

В эпоху глобализации, высокого уровня конфликтности в мире альтернативные способы разрешения споров выходят на передний план, предоставляя сторонам споров новые опции в решении сложных ситуаций. Наиболее популярными способами сегодня выступают медиация и арбитраж. В данной статье рассмотрены два основных вопроса:

- 1) Каковы особенности медиации и арбитража в решении коммерческих споров?
- 2) Какие есть точки соприкосновения у этих двух альтернативных способов разрешения споров?

В чем состоит сущность медиации?

Медиация – это гибкий и конфиденциальный процесс по разрешению спора/конфликта с участием третьей нейтральной беспристрастной стороны, медиатора, который, используя определенные профессиональные инструменты, создает условия, при которых стороны сами приходят к взаимовыгодному

соглашению. Медиатор управляет процессом, результат же контролируют сами стороны. Сам процесс менее формализован и тем самым более комфортен для сторон. Как показывает мировая практика, более 80% медиативных соглашений исполняется. В США, которые еще в далеком 1947 году заложили фундамент для развития этого механизма решения споров, медиация сегодня является первоочередным способом решения споров. Медиация обычно длится 1 рабочий день, в большинстве случаев завершается подписанием медиативного соглашения. Довольными остаются и сами стороны, и их юристы, которые кроме гонорара, получают и моральное удовлетворение от того, что помогают своим клиентам решать сложные ситуации в кратчайшие сроки и успешно. Тандем «медиатор-юристы» работает феноменально. При решении спора посредством медиации, интересы сторон важнее их правовых позиций, при этом принятое в рамках медиации решение не может выходить за рамки закона.

Такие крупнейшие корпорации и компании как Siemens, Coca-Cola, Toyota, Deloitte, Apple, Disney, General Electric, Motorola уже десятки лет применяют медиацию в своей практике разрешения споров. Согласно оценке таких мировых корпораций, как General Electric и Toyota, более 50% споров с их участием разрешается путем медиации. Согласно данным зарубежных исследователей 88% компаний в течение последних трёх лет использовали медиацию, 81% назвали медиацию как более приемлемую форму, чем судебная процедура, 59% отметили, что медиация позволила сохранить в последующем партнерские отношения между участниками спора¹.

В процессе медиации медиатор работает с интересами сторон, которые часто скрываются за позициями. Этот навык требует большого профессионализма и особой выдержки. Медиация базируется на определенных *принципах*.

- *Принцип добровольности* гласит о том, что стороны участвуют в процедуре медиации добровольно и по своей доброй воле могут выйти из процедуры медиации на любом ее

¹ Опрос директоров компаний по всему миру, проведенный CEDR (Centre for Effective Dispute Resolution), Лондон IFC (International Finance Corporation) в 2015.

этапе, заблаговременно уведомив об этом медиатора (ов) и другую сторону.

- *Принцип нейтральности и беспристрастности* медиатора подразумевает следующее: медиатор одинаково относится ко всем сторонам спора и не заинтересован в каком-либо конкретном исходе разрешения спора. В случае если медиатору стали известны факты, которые могут помешать его нейтральности и беспристрастности, он должен сообщить об этом сторонам и отказаться от медиации.
- *Принцип конфиденциальности* означает, что вся полученная в ходе медиации и на этапе подготовки к медиации информация не подлежит использованию, распространению и разглашению медиатором (и) сторонами. Соблюдение принципа конфиденциальности является профессиональной обязанностью медиатора, о чем говорится во всех этических кодексах медиаторов, включая Европейский кодекс поведения для медиаторов. Данный принцип закреплен в статьях 8 и 9 Типового закона ЮНСИТРАЛ. Медиатор не может быть вызван в суд для дачи свидетельских показаний.
- *Принцип сотрудничества и равноправия* сторон имеет в виду, что стороны, принявшие решение об участии в медиации, во-первых, готовы сотрудничать друг с другом, а во-вторых, независимо от своего статуса и положения находятся в равной позиции, им уделяется одинаковое количество времени и т.д.

Применение медиации в урегулировании коммерческих споров обусловлено рядом ее *преимуществ*:

- 1) Медиация экономит время, а время – самый важный и дорогостоящий ресурс в бизнесе, когда любое промедление с принятием решений влечет за собой огромные убытки, а «холодный» конфликт в компании резко снижает производительность труда. Обычно сама процедура медиации в среднем длится 8-10 часов при условии, что была проделана тщательная подготовка к процессу медиации сторонами, их юристами, а также медиатором.

- 2) Медиация помогает сохранить репутацию. Часто при возникновении споров сторонами управляют амбиции и они отправляются в суд со 100% уверенностью, что выиграют дело. А на практике даже выигрыш может обернуться проигрышем в чем-то другом, причем не менее важном. Не зря в развитых странах о репутации компаний и профессионализме их юристов судят не по количеству выигранных дел в суде, а по количеству дел, разрешенных посредством альтернативных способов разрешения споров.
- 3) Медиация минимизирует расходы сторон и приводит к взаимовыгодным для них результатам. Процесс медиации в большинстве случаев обходится сторонам в разы меньше расходов на судебные издержки. По принципу равноправия оплата за процедуру медиации делится пополам между сторонами. Медиация позволяет вести контроль расходов. Так, в 2000 году менеджментом компании Nestle была проведена проверка операционных расходов. Для этого юридической службой была инициирована программа контроля всех юридических расходов группы компаний. Основной целью было сокращение юридических расходов, что впоследствии удалось сделать на 35%.
- 4) Стороны могут быть спокойны за конфиденциальность полученной медиатором информации, что является очень важным моментом для тех, кто занимается коммерческой деятельностью. Вся информация, полученная в ходе медиации и подготовки к ней, является конфиденциальной для третьих лиц, не имеющих отношение к спору, о чем подписывается отдельное соглашение.
- 5) Решение в медиации принимают сами стороны, это их зона ответственности, если они к ней готовы и именно этим объясняется большой процент исполнения медиативных решений. Правда, это не означает, что медиатор ничего не делает. Медиатор фасилитирует процесс переговоров, помогает сторонам понять, что важно, а что второстепенно и где можно уступить, определенными вопросами помогает оценить возможные риски, расходы, связанные с исполнением решения и то, насколько то или иное принятое решение

реально в исполнении. Если же и к медиатору стороны приходят больше за его авторитетом, а не столько за комфортными и выгодными условиями самого процесса медиации, то тогда может быть применена оценочная медиация, когда медиатор по просьбе обеих сторон, может давать им рекомендации и предлагать потенциальные варианты решения.

- 6) Медиация уделяет важное внимание качеству отношений между сторонами, даже если отношения заканчиваются, будь то супружеские, партнерские, рабочие или бизнес отношения. Очень часто деловые решения по сути своей не имеют отношения к бизнесу. Решения принимают люди, которыми движут эмоции и бессознательное доверие. Даже если, скажем, партнерам по бизнесу приходится расходиться, важно сохранить человеческие отношения, и медиативные компетенции здесь дают эффективный результат, фокусируя стороны на совместном поиске выхода из ситуации, а не «разборе полетов», целью которого является идентификация «козла отпущения», а не решение проблемы.
- 7) Факт наличия медиативного соглашения как документа, закрепляющего результат медиации, вселяет в представителей бизнеса еще больше доверия к медиации. Медиативное соглашение можно утвердить нотариальной надписью. Если дело на медиацию было передано после того, как было начато рассмотрение дела арбитрами, то в этом случае медиативное соглашение утверждается мировым соглашением в третейском суде, решение которого обычно окончательно и обжалованию не подлежит.

Что такое арбитраж и каковы его особенности?

Арбитраж – разновидность альтернативного решения споров обычно между экономическими субъектами, при котором стороны сами избирают арбитра(ов) для разрешения спора в особой, согласованной сторонами, процессуальной форме, например, путем согласования условий в договоре, т.е. при наличии арбитражной оговорки. Коммерческий арбитраж уже хорошо зарекомендовал себя и активно применяется в 157 странах, подписавших и

ратифицировавших Нью-Йоркскую Конвенцию о приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года.

Арбитраж имеет сходства, как с судебным процессом, так и с медиацией. Необходимо заметить, что с самого начала арбитражного процесса арбитры также приветствуют желание сторон договориться самостоятельно и мирно, если на то есть их воля. Арбитры принимают решение, руководствуясь исключительно буквой закона, предоставляя сторонам возможность аргументировать свои позиции, приводить свои доказательства. В отличие от медиации, в процессе арбитража арбитры взаимодействуют, как правило, с юристами сторон, в медиации же взаимодействие со сторонами спора очень важно. Кроме того, медиация не может начаться без участия всех вовлеченных в спор сторон, в то время в ходе арбитражного процесса присутствие всехсторон спора желательно, но не обязательно.

Арбитраж и медиация имеют схожие принципы. Одним из основополагающих принципов, как в медиации, так и в арбитраже, является принцип конфиденциальности.

Как медиаторов, так и арбитров избирают сами стороны. В ходе арбитражного разбирательства стороны имеют равные возможности для защиты своих прав, а также равные процессуальные права. Более подробно общие черты и отличия этих процессов представлены в таблице 1.

Таблица 1.

МЕДИАЦИЯ	АРБИТРАЖ
Принцип сотрудничества	Принцип состязательности
Обычно добровольный процесс	Добровольный/обязательный
С участием третьего лица	С участием третьего лица
Формальность процесса (стороны и медиатор)	Формальность процесса (стороны и арбитр)
Стороны контролируют <i>процесс (совместно с медиатором)</i> и результат	Арбитр контролирует процесс и результат
Конфиденциальный процесс	Обычно конфиденциальный процесс
Интересы	Позиции с правовым обоснованием

Каковы точки соприкосновения арбитража и медиации?

Существует мнение, согласно которому медиаторы – конкуренты арбитрам. Хотелось бы развеять эти домыслы:

- 1) Не каждый случай медиабелен, в то же время есть споры, которые не могут разрешаться арбитражем, включая трудовые и семейные споры, к примеру.
- 2) Не каждая сторона в споре желает придерживаться подхода переговоров по интересам, т.е. обращаться к медиации, ей может быть необходимо именно решение, основанное исключительно на нормах права;

- 3) Каждый арбитр может быть медиатором и каждый медиатор может быть арбитром;
- 4) Учитывая такие модели, как медиация-арбитраж и арбитраж-медиация, медиаторы и арбитры могут разрешать один и тот же спор совместно. Здесь медиация и арбитраж могут существенно дополнять друг друга, улучшая качество рассматриваемых дел.

- *Медиация-Арбитраж.*

Специалист с самого начала выступает в роли медиатора, а в случае, если стороны не договорились, либо не договорились по части вопросов, - выступает в роли арбитра. Но здесь есть определенные риски, поскольку пока идет процесс медиации, медиатор получает информацию, которая может поставить одну сторону в уязвимое положение и, соответственно, эта информация может быть использована этим же специалистом, но уже арбитром, при принятии решения не в пользу той стороны, которая предоставила эту информацию. Поэтому при использовании данного механизма в некоторых странах в качестве арбитра привлекают уже другого специалиста.

Для того чтобы избежать таких ситуаций, некоторые третейские учреждения предлагают иные формы совмещения медиации с арбитражем. Например, Парижский центр арбитража и медиации - СМАР (Centre de médiation et d'arbitrage de Paris) предлагает модель параллельной процедуры, когда медиация и арбитраж проводятся параллельно друг с другом, так называемая процедура «med-arbsimultanes». В рамках этого процесса спор рассматривается одновременно в рамках медиации и одним либо тремя арбитрами в рамках арбитража. При этом медиаторам и арбитрам не разрешается обсуждать дело друг с другом. Решение третейского суда провозглашается лишь через 8 дней после окончания установленного сторонами срока проведения медиации и только если в ходе медиации им не удалось найти решение проблемы. Благодаря такой организации процедуры у сторон есть уверенность в том, что, так или иначе, к определенному сроку решение будет найдено.

- *Арбитраж-Медиация.*

Когда применяется такой механизм и специалист выступает в роли арбитра, то он, изучив материалы дела, пишет решение и запечатывает его в конверте, причем решение не раскрывается сторонам. После этого начинается процесс медиации. Само знание, что в конверте находится решение, о сути которого стороны ничего не знают и что оно вступит в силу, если они не договорятся в процессе медиации, стимулирует их активно участвовать в медиации, придерживаясь стратегии сотрудничества.

На мой взгляд, применение механизмов арбитража и медиации очень актуально в современных реалиях и дает обращающимся за разрешением споров еще больше возможностей, реализуя тем самым право выбора. Совмещение медиации и арбитража показывает гибкость форм альтернативного разрешения споров, позволяющим создавать на основе уже сформированных процедур новые механизмы, практическое применение которых помогает достичь наибольшего эффекта в зависимости от обстоятельств конкретного спора и потребностей сторон. Смешанные подходы медиации и арбитража подходят для тех случаев, когда стороны при всем желании урегулировать спор взаимоприемлемо, демонстрируя готовность обсуждать возможные варианты и принимать решение самостоятельно, считают принципиально важным, чтобы существующий спор был разрешен даже в том случае, если им не удастся самостоятельно договориться посредством медиации, оставляя за собой возможность обратиться и к арбитражу.

Таким образом, если рассматривать медиацию и арбитраж в контексте альтернативного разрешения коммерческих споров, то эти подходы выступают больше, как союзники нежели конкуренты, а при совмещенном использовании «дуэт» арбитража и медиации может приносить максимально эффективные результаты, тем самым успешно реализуя общую миссию – помощь в разрешении споров тем, кто в этом нуждается.

Сулейменов М.К.

Дуйсенова А.Е.

**ПРИЗНАНИЕ И ПРИНУДИТЕЛЬНОЕ ИСПОЛНЕНИЕ
ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ В КАЗАХСТАНЕ:
ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ**

1. Общие положения

Арбитраж как альтернативный способ разрешения коммерческих споров в Казахстане применяется более двадцати лет. И за это сравнительно небольшое время ему удалось пройти несколько этапов в своем развитии, причем совершенно диаметральных – от этапа зарождения и планомерного развития до этапа тайного и явного уничтожения арбитражных судов, от этапа принятия первых арбитражных законов до их консолидации.

31 октября 2015 года был принят новый Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан (далее – ГПК)². Вслед за новым ГПК 08 апреля 2016 года был принят Закон Республики Казахстан № 488-V ЗРК «Об арбитраже» (далее – Закон об арбитраже)³, объединивший два ранее действовавших Закона («О третейских судах» и «О международном арбитраже»). Согласно ст. 1 Закона об арбитраже он применяется в отношении споров, возникших из гражданско-правовых отношений с участием физических и (или) юридических лиц, независимо от места жительства или места нахождения субъектов спора внутри государства или за его пределами, разрешаемых арбитражем, если иное не установлено законодательными актами Республики Казахстан. Таким образом, деление казахстанских арбитражей на внутренние третейские суды и международный арбитраж в Казахстане было упразднено.

В действующем ГПК разграничиваются понятия «арбитраж» и «иностранный арбитраж». Под арбитражем понимается

² Кодекс Республики Казахстан от 31 октября 2015 г. № 377-V «Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан» // «Казахстанская правда» от 3 ноября 2015 г. № 210 (28086).

³ Закон Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года № 488-V «Об арбитраже» // «Казахстанская правда» от 9 апреля 2016 г. № 67 (28193).

арбитраж, созданный и действующий в Республике Казахстан (причем это может быть, как институциональный арбитраж, так и арбитраж adhoc). Под иностранным арбитражем понимается созданный и действующий за пределами Республики Казахстан как институциональный арбитраж, так и арбитраж adhoc.

Поэтому нормы главы 20 «Исполнение арбитражного решения» ГПК (ст. ст. 253 – 255) посвящены исполнению арбитражного решения, вынесенного казахстанским арбитражем. А нормы главы 57 «Производство по делам с участием иностранных лиц» ГПК (ст. ст. 501, 503, 504) касаются исполнения арбитражного решения, вынесенного иностранным арбитражем.

Решения иностранных международных коммерческих арбитражей в силу Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) подлежат признанию и приведению в исполнение на территории РК в соответствии с ГПК РК. Казахстан присоединился к Конвенции Указом Президента Республики Казахстан от 04 октября 1995 года № 2485 «О присоединении Республики Казахстан к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, принятой в городе Нью-Йорке 10 июня 1958 года».

В ст. 3 Нью-Йоркской конвенции закрепляется следующее положение: «Каждое Договаривающееся Государство признает арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение этих решений, на условиях, изложенных в нижеследующих статьях. К признанию и приведению в исполнение арбитражных решений, к которым применяется настоящая Конвенция, не должны применяться существенно более обременительные условия или более высокие пошлины и сборы, или те, которые существуют для признания и приведения в исполнение внутренних арбитражных решений».

В п. 3 ст. 54 Вашингтонской конвенции «О порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами», подписанной 18 марта 1965 г. (далее – Конвенция ICSID), закреплено, что порядок исполнения арбитражного

решения определяется законами об исполнении судебных решений, действующими в государстве, на территории которого такое исполнение испрашивается».

В соответствии с п. 1 ст. 501 «Признание и приведение в исполнение решений иностранных судов, арбитражных решений иностранных арбитражей» Гражданского процессуального кодекса решения, постановления и определения об утверждении мировых соглашений, судебные приказы иностранных судов, а также арбитражные решения иностранных арбитражей признаются и приводятся в исполнение судами Республики Казахстан, если признание и приведение в исполнение таких актов предусмотрены законодательством и (или) международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, либо на основе взаимности.

Согласно п. 1 ст. 4 Конституции Республики Казахстан⁴ действующим правом в Республике Казахстан являются в том числе нормы нормативных постановлений Верховного Суда РК. В соответствии с п. 3 ст. 5 Закона Республики Казахстан от 6 апреля 2016 года № 480-V «О правовых актах» (далее – Закон о правовых актах)⁵ в нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан содержатся разъяснения по вопросам судебной практики. При этом согласно п. 5 ст. 10 Закона о правовых актах нормативные постановления Верховного Суда РК находятся вне иерархии нормативных правовых актов, установленной ст. 10 Закона о правовых актах.

Так, в соответствии с п. 30 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 11 июля 2003 года № 5 «О судебном решении» (далее – Нормативное постановление)⁶, решения иностранных судов и арбитражей, согласно статье 501 ГПК, могут быть предъявлены к принудительному исполнению в Республике Казахстан в течение трех лет с момента вступления решения в законную силу, если это предусмотрено законом или

⁴ Конституция Республики Казахстан (принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года) // http://www.akorda.kz/ru/official_documents/constitution

⁵ Закон Республики Казахстан от 6 апреля 2016 года № 480-V «О правовых актах» // https://online.zakon.kz/document/?doc_id=37312788

⁶ Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 11 июля 2003 года № 5 «О судебном решении» // http://adilet.zan.kz/rus/docs/P03000005S_

международным договором Республики Казахстан. Приведение в исполнение такого решения производится по ходатайству заинтересованной стороны определением суда Республики Казахстан в соответствии с правилами о подсудности, определенной Гражданским процессуальным кодексом по месту исполнения решения.

К ходатайству, как правило, прилагаются:

- должным образом заверенная копия решения, о принудительном исполнении которого испрашивается разрешение;
- официальный документ о том, что решение вступило в законную силу, если это обстоятельство не видно из текста решения;
- доказательства, подтверждающие надлежащее извещение стороны или ее представителя в случае процессуальной недееспособности стороны, против которой вынесено решение, о процессе;
- исполнительный документ с отметкой о частичном исполнении решения при наличии такового;
- по делам договорной подсудности документ, подтверждающий соглашение сторон по этому вопросу.

Примечательно то, что в данном пункте Нормативного постановления не проводится разграничение документов, которые прилагаются к ходатайству о принудительном исполнении решений иностранных судов и решений иностранных арбитражей. А между тем, как известно, Нью-Йоркская конвенция сократила перечень документов, которые должны представляться для признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения, до двух документов, а именно: само арбитражное решение или его заверенная копия; оригинал арбитражного соглашения или его заверенная копия⁷.

В этой связи расширение в Нормативном постановлении перечня документов не соответствует требованиям Нью-Йоркской конвенции, а потому, на наш взгляд, нуждается в уточнении. В настоящее время положение спасает имеющаяся в п. 30

⁷ Международный коммерческий арбитраж. Учебник / Под ред.: В.А. Мусина, О.Ю. Скворцова. СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд»; М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 40-42.

Нормативного постановления фраза о том, что перечисленные документы прилагаются к ходатайству «как правило», а не в обязательном порядке.

В соответствии с п. 2 ст. 503 ГПК к заявлениям о выдаче исполнительного листа прилагаются должным образом заверенные подлинные акты, указанные в части первой статьи 501 настоящего Кодекса, или должным образом заверенные их копии, а также при наличии – подлинное арбитражное соглашение или должным образом заверенная его копия. Если указанные акты или арбитражные соглашения изложены на иностранном языке, сторона должна представить должным образом заверенный их перевод на казахский или русский языки.

Зачастую суды помимо арбитражного соглашения и арбитражного решения, требуют предоставления отметки на арбитражном решении или справки о его вступлении в законную силу.

Так, Постановлением судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан от 11 июля 2017 года № 6001-17-00-3гп/396 Определение СМЭСа города Алматы от 6 декабря 2016 года, определение судебной коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда от 8 февраля 2017 года было отменено.

ПАО «Ф» обратилось в суд с заявлением о признании и разрешении принудительного исполнения на территории Республики Казахстан решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее – МКАС) от 24 августа 2016 года о взыскании с АО «И» в пользу ПАО «Ф» суммы основного долга 109 434 920,41 рублей, неустойки в сумме 10 711 969,56 рублей, расходов по уплате арбитражного сбора в сумме 1 488 734 рублей (далее – Решение). Определением СМЭС города Алматы от 6 декабря 2016 года в удовлетворении заявления отказано. Определением судебной коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда от 8 февраля 2017 года определение суда первой инстанции оставлено без изменения.

Отменяя эти судебные акты, судебная коллегия установила следующие грубые нарушения. Местные суды, отказывая в удовлетворении заявления ПАО «Ф», указали на отсутствие в

Решении отметки о его вступлении в законную силу, а также срока добровольного исполнения.

Указанные выводы местных судов судебная коллегия считает несостоятельными. В соответствии с пунктами 1 и 2 параграфа 44 Регламента МКАС решение МКАС является окончательным и обязательным с даты его вынесения и исполняется сторонами добровольно в установленный в решении срок, а если срок исполнения в решении не указан, то оно подлежит немедленному исполнению. При этом Регламентом МКАС не предусмотрено проставление отметок на решениях о вступлении их в законную силу.

В свою очередь, ПАО «Ф» к заявлению были приложены справка МКАС от 19 октября 2016 года, подписанная первым заместителем ответственного секретаря Беновым А.Г., о вступлении решения от 24 августа 2016 года в законную силу.

Таким образом, судам следует иметь в виду, что предоставление отметки на арбитражном решении или справки о его вступлении в законную силу в соответствии с ГПК не требуется. На наш взгляд, данное положение необходимо закрепить в Нормативном постановлении Верховного Суда РК по вопросам принудительного исполнения арбитражных решений, проект которого в настоящее время разрабатывается.

2. Порядок принудительного исполнения иностранных арбитражных решений

Принудительное исполнение арбитражного решения, вынесенного казахстанским арбитражем, производится в порядке, предусмотренном статьями 253 – 255 ГПК.

Принудительное исполнение арбитражного решения, вынесенного иностранным арбитражем, осуществляется в порядке, предусмотренном статьями 501, 503, 504 ГПК.

В соответствии с п. 1 ст. 503 ГПК в случае, если арбитражное решение не исполнено добровольно в установленный в нем срок, сторона арбитражного разбирательства, в пользу которой вынесено арбитражное решение (взыскатель), вправе обратиться в суд с заявлением о принудительном исполнении арбитражного

решения по месту рассмотрения спора арбитражем либо по месту жительства должника или по месту нахождения органа юридического лица, если место жительства или место нахождения неизвестно, то по месту нахождения имущества должника.

Согласно п. 2 ст. 503 ГПК к заявлению о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение иностранного арбитражного решения прилагаются должным образом заверенное подлинное арбитражное решение иностранного арбитража или должным образом заверенная копия, а также при наличии – подлинное арбитражное соглашение или должным образом заверенная его копия. Если указанные акты или арбитражные соглашения изложены на иностранном языке, сторона должна представить должным образом заверенный их перевод на казахский или русский языки.

Следует отметить, что данные нормы ГПК полностью соответствуют требованиям Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в части требования о предъявлении в компетентный суд только двух документов – самого решения и арбитражной оговорки.

Что же означает «должным образом заверенный» или «легализованный» документ? Под легализацией принято понимать действие, посредством которого публичное должностное лицо свидетельствует достоверность подписи на официальном или частном документе и качество, в котором действовало лицо, подписавшее акт, а равно, в случае необходимости, и подлинность печати или штампа, которыми скреплен этот акт, с тем чтобы он мог считаться достоверным везде, где будет представлен. Как известно, существует два основных механизма легализации: консульская легализация и проставление апостиля (апостилирование).

Апостиль – это специальный штамп, проставляемый на официальные документы некоммерческого характера, выданные государственными органами и учреждениями стран, присоединившихся к Гаагской конвенции от 5 октября 1961 года «Об отмене требований легализации официальных иностранных

документов»⁸. Проставленный на документе штамп «апостиль» не требует дальнейшей легализации или заверения самого документа. Такой документ признается официальными органами и учреждениями всех стран, присоединившихся к Гаагской конвенции от 5 октября 1961 года, и имеет юридическую силу на их территории.

Судебная практика поначалу пошла по наиболее либеральному пути, освобождая иностранные арбитражные решения от легализации. Однако такой подход не стал доминирующим, и в большинстве случаев арбитражные суды в рамках производства по делам о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений требуют от стороны легализовать этот документ.

В таком случае наиболее предпочтительным для стороны механизмом легализации (с точки зрения удобства и простоты реализации) являлось бы апостилирование по местонахождению арбитража. Однако апостилированию согласно Гаагской конвенции, отменяющей требование легализации иностранных официальных документов, подлежат только официальные документы, к которым не относятся решения негосударственного органа, которым является международный коммерческий арбитраж.

Как на практике решается вопрос о режиме легализации (апостилирования) иностранных арбитражных решений? Стороны прибегают к услугам нотариуса, выбрав соответствующее нотариальное действие (в зависимости от содержания национального нотариального законодательства и предоставляемых им возможностей), то есть нотариально заверяют копию арбитражного решения (точнее прибегают к такому нотариальному действию, как свидетельство подлинности подписи на арбитражном решении или соглашении). В дальнейшем апостилированию будет подлежать уже подпись и печать нотариуса. Данный механизм легализации решений иностранных арбитражей существует в большинстве государств.

Таким образом, для того чтобы принудительно исполнить в Казахстане арбитражное решение, вынесенное составом

⁸ Республика Казахстан присоединилась к Гаагской конвенции 5 апреля 2000 года, с 30 января 2001 года эта Конвенция вступила в силу для Казахстана.

арбитров Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма на английском языке, сторона, в пользу которой состоялось решение, переводит решение и арбитражное соглашение на казахский или русский язык, затем нотариально заверяет решение и арбитражное соглашение в г. Стокгольме. После чего она апостилирует указанные документы и вместе с заявлением о принудительном исполнении арбитражного решения направляет их в суд по месту жительства должника или по месту нахождения органа юридического лица, если место жительства или место нахождения неизвестно, то по месту нахождения имущества должника.

В соответствии с п. 3 ст. 253 и п. 3 ст. 503 ГПК заявление о выдаче исполнительного листа может быть подано не позднее трех лет со дня окончания срока для добровольного исполнения арбитражного решения.

Заявление о выдаче исполнительного листа, поданное с пропуском установленного срока, к которому не были приложены ходатайство о восстановлении срока и подтверждающие документы, возвращается судом без рассмотрения, о чем выносится определение. Определение может быть обжаловано, опротестовано в суд апелляционной инстанции, решение которого является окончательным.

Суд вправе восстановить срок на подачу заявления о выдаче исполнительного листа, если признает причины пропуска указанного срока уважительными.

Заявление о выдаче исполнительного листа рассматривается судьей единолично в течение пятнадцати рабочих дней со дня поступления заявления в суд (п. 6 ст. 253 и п. 6 ст. 503 ГПК).

О поступившем заявлении взыскателя о принудительном исполнении арбитражного решения, а также месте и времени его рассмотрения в судебном заседании суд уведомляет должника. Взыскатель также уведомляется о месте и времени рассмотрения его заявления. Неявка должника или взыскателя в судебное заседание не является препятствием к рассмотрению заявления, если от должника не поступило ходатайство об отложении рассмотрения заявления с указанием уважительных причин невозможности явиться в судебное заседание.

Важное правило закреплено в п. 8 ст. 503 ГПК. Оно заключается в том, что суд при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения не вправе пересматривать его по существу.

По результатам рассмотрения заявления судом выносится определение о выдаче исполнительного листа либо об отказе в его выдаче. Определение суда о выдаче исполнительного листа подлежит немедленному исполнению (п. 9 ст. 503 ГПК).

3. Основания для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения

В соответствии со ст. 504 ГПК отказ в выдаче и выдача исполнительного листа на принудительное исполнение иностранных арбитражных решений осуществляются по правилам, предусмотренным главой 20 настоящего Кодекса. В данном случае ст. 504 отсылает к ст. 255 ГПК, содержащей исчерпывающий перечень оснований для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражных решений, вынесенных внутренними казахстанскими арбитражами.

Основания для отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения предусмотрены ст. 57 Закона об арбитраже и ст. 255 Гражданского процессуального кодекса.

Так, согласно ст. 255 ГПК:

«1. Суд выносит определение об отказе в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения, если:

1) сторона, против которой было принято арбитражное решение, представит в суд доказательства того, что:

арбитражное соглашение недействительно по законам государства, которым стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по законам Республики Казахстан;

арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, а также вследствие неподведомственности спора арбитражу;

одна из сторон арбитражного соглашения была признана судом недееспособной либо ограниченно дееспособной;

сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, или по другим причинам, признанным судом уважительными, не могла представить арбитражу свои объяснения;

имеется вступившее в законную силу, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение суда или арбитражное решение либо определение суда или арбитража о прекращении производства по делу в связи с отказом истца от иска;

вынесение арбитражного решения стало возможным в результате совершения уголовного правонарушения, установленного вступившим в законную силу приговором суда;

состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали требованиям закона;

решение еще не стало обязательным для сторон или было отменено, или его исполнение было приостановлено судом страны, в соответствии с законом которой оно было вынесено;

2) суд установит, что приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречит публичному порядку Республики Казахстан или что спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства в соответствии с законом.

2. Если арбитражное решение по вопросам, которые охватываются арбитражным соглашением, могут быть отделены от решений по вопросам, которые не охватываются таким соглашением, то в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение той части арбитражного решения, которая охватывается арбитражным соглашением, не может быть отказано».

Основания, предусмотренные ст. 255 ГПК, применяются только в отношении решений, вынесенных внутренними казахстанскими арбитражами и иностранными международными коммерческими арбитражами.

Между тем судебной практике известны случаи неверного применения положений ст. 255 ГПК к отказу в признании и

приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, вынесенного государственным арбитражным судом, а не иностранным международным коммерческим арбитражем.

Например, Апелляционная судебная коллегия по гражданским делам Алматинского городского суда в своем Определении за № 2а-6040 от 27 октября 2017 г. применяет предусматривающие основания для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения положения ст. 255 ГПК «Отказ в выдаче исполнительного листа» к решению, вынесенному Арбитражным судом Омской области. В то время как этот суд является государственным судом Российской Федерации. Нормы ст. 255 ГПК подлежат применению только в отношении арбитражных решений, вынесенных коммерческими арбитражами (внутренними и иностранными), но никак не государственными.

Таким образом, судам следует иметь в виду, что предусмотренные ст. 255 ГПК основания для отказа в выдаче исполнительного листа не применяются к решениям, вынесенным государственными арбитражными судами.

Какие проблемы возникают в судебной практике при приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в Казахстане? Рассмотрим это на примере применения отдельных оснований для отказа в признании и принудительном исполнении, предусмотренных ст. 255 ГПК.

3.1. Арбитражное соглашение недействительно по законам государства, которым стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по законам Республики Казахстан

Доктрина и национальное законодательство большинства государств придерживаются принципа самостоятельности арбитражного соглашения (признавая его самостоятельным договором).

Именно поэтому стороны вправе самостоятельно выбрать право, применяемое к арбитражному соглашению. Это право может быть иным, чем право, которое стороны выбрали в качестве применимого к основному договору.

Вопрос о праве, применимом к арбитражному соглашению, возникает тогда, когда решается вопрос о действительности арбитражного соглашения.

Действительность арбитражного соглашения определяется по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону страны, где решение было вынесено. Это правило содержится в ст. V (1) (a) Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, ст. 34 (2) (a)(i) Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Европейская конвенция в ст. IX (1) (a) таким же образом урегулировала вопрос о праве, применимом к арбитражному соглашению, указав, что к арбитражному соглашению применяется закон, выбранный сторонами, а при отсутствии такового – право страны, в которой должно быть вынесено решение. В случае же, если стороны не указали право, применимое к арбитражному соглашению и невозможно установить, в какой стране должно быть вынесено арбитражное решение, суд должен определить применимое право на основании коллизионной нормы страны, в которой возбуждено дело.

В соответствии с подпунктом 1) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже, подпунктом 1) п. 1 ст. 255 ГПК действительность арбитражного соглашения (при отсутствии указания сторон о применимом к арбитражному соглашению праве) определяется по законам Республики Казахстан.

Поскольку Закон об арбитраже регулирует деятельность арбитражей, созданных и действующих на территории РК, то местом вынесения решения такими арбитражами является Республика Казахстан.

Эти нормы Закона об арбитраже соответствуют общепринятым в международной практике положениям относительно определения действительности арбитражного соглашения в отношении арбитражных решений внутренних арбитражей.

Однако когда речь идет о принудительном исполнении на территории Республики Казахстан иностранного арбитражного решения, нормы данной статьи о действительности арбитражного соглашения (при отсутствии указания сторон о применимом к

арбитражному соглашению праве) противоречат V (1) (a) Нью-Йоркской конвенции, ст. IX(1) (a) Европейской конвенции.

Дело в том, что подпункт 1) п. 1 ст. 57 Закона РК и подпункт 1) п. 1 ст. 255 ГПК отсылают к применению законов Республики Казахстан, в то время как Конвенции – к праву страны, где решение было вынесено.

Очевидно, что в данном случае применяться должны нормы Конвенций и действительность арбитражного соглашения должна определяться по закону страны, где было вынесено иностранное арбитражное решение, а не по Закону РК «Об арбитраже», который к тому же предусматривает совершенно необоснованно расширенный перечень существенных условий арбитражного соглашения⁹.

Так, согласно п. 4 ст. 9 Закона об арбитраже арбитражное соглашение должно содержать:

- 1) намерение сторон о передаче спора в арбитраж;
- 2) указание предмета, который подлежит рассмотрению арбитражем;
- 3) указание конкретного арбитража;
- 4) согласие уполномоченного органа соответствующей отрасли или местного исполнительного органа в случае, предусмотренном п. 10 ст. 8 Закона об арбитраже.

По просьбе Арбитражной Палаты Казахстана весной 2017 г. НИИ частного права Каспийского Университета совместно с Казахстанским Международным Арбитражем были подготовлены предложения по внесению изменений и дополнений в Закон об арбитраже и ГПК¹⁰. Большая часть разработанных нами предложений после обсуждения на заседаниях Общего собрания членов АПК была одобрена и включена в проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам усиления

⁹ См., например, Сулейменов М.К., Дуйсенова А.Е. Достоинства и недостатки нового Закона об арбитраже // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34860793

¹⁰ Предложения НИИ частного права Каспийского университета и Казахстанского Международного Арбитража по внесению изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «Об арбитраже» и Гражданский процессуальный кодекс РК // http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33142960

защиты права собственности и арбитража» (далее – Законопроект)¹¹.

Законопроект предусматривает приведение подпункта 1) п. 1 ст. 57 Закона РК и подпункта 1) п. 1 ст. 255 ГПК в соответствии с положениями ст. V (1) (а) Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений и ст. 34 (2) (а)(i) Типового закона ЮНСИТРАЛ.

3.2. Арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения

Наиболее часто такое основание для отказа в принудительном исполнении арбитражного решения применяется в случае, когда в акцессорном договоре имеется арбитражная оговорка, а в основном договоре она отсутствует. Например, в договоре гарантии или залога (как акцессорном договоре) имеется арбитражная оговорка, а в договоре займа (как основном договоре) она отсутствует.

Арбитраж не сможет рассмотреть спор из акцессорного договора, поскольку ему придется выйти за рамки арбитражного соглашения при исследовании основного договора в целях выяснения наступления обстоятельств и/или факта неисполнения обязательств по основному договору.

На основании положений второго абзаца подпункта 1) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже суд может так же отказать в признании и приведении в исполнение такого решения.

3.3. Основания, противоречащие Нью-Йоркской конвенции

Согласно п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже (подп. 1) п. 1 ст. 255 ГПК) суд отказывает в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения независимо от того, в какой стране оно было вынесено, по следующим основаниям, если:

¹¹ <http://www.adilet.gov.kz/ru/articles/o-vnesenii-izmeneniy-i-dopolneniy-v-nekotorye-zakonodatelnye-aktyi-respubliki-kazahstan-po-2>

1) сторона, против которой было принято арбитражное решение, представит в суд доказательства того, что:

имеется вступившее в законную силу, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение суда или арбитражное решение либо определение суда или арбитража о прекращении производства по делу в связи с отказом истца от иска;

вынесение арбитражного решения стало возможным в результате совершения уголовного правонарушения, установленного вступившим в законную силу приговором суда.

Подобное расширение оснований противоречит положениям Нью-Йоркской конвенции, а также Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже.

На практике такое противоречие может повлечь за собой определенные проблемы, в первую очередь для государственных судов. Подобных оснований для отказа в признании и (или) приведении в исполнение арбитражного решения нет не только в международных документах, но и во внутреннем законодательстве иных стран.

В силу прямой отсылки, предусмотренной ст. 504 ГПК, по основаниям, указанным в ст. 255 ГПК, может быть отказано в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражных решений, вынесенных иностранными арбитражами.

В данном случае, на наш взгляд, применению подлежат нормы Нью-Йоркской конвенции. В противном случае Казахстан станет неблагоприятной юрисдикцией для принудительного исполнения иностранных арбитражных решений, что отрицательно скажется на инвестиционной привлекательности страны в целом.

3.4. Состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали требованиям закона

Изложенное в абзаце восьмом подпункта 1) ст. 255 ГПК (абзац девятый подпункта 1) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже) основание для отказа в выдаче исполнительного листа по своему содержанию уже аналогичного основания, предусмотренного Нью-Йоркской конвенцией.

Согласно указанным нормам ГПК и Закона об арбитраже в выдаче исполнительного листа может быть отказано в случае, когда сторона, против которой было принято арбитражное решение, представит в суд доказательства того, что состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали требованиям закона.

В то время как подпункт о) п. 1 ст. 5 Нью-Йоркской конвенции более широко формулирует такое основание, упоминая не только несоответствие требованиям закона, а в первую очередь несоответствие соглашению сторон: «состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали Соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место Арбитраж».

Как сформулировано это же основание в Типовом законе ЮНСИТРАЛ? В подпункте iv) п. 1) ст. 36 Типового закона читаем: «состав арбитражного суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или, в отсутствие такового, не соответствовали законодательству той страны, где проводился арбитраж».

В обоих международных документах в первую очередь речь идет о несоответствии соглашению сторон, что полностью соответствует природе арбитража как альтернативного способа разрешения гражданско-правовых споров, основанного на соглашении сторон. И только при отсутствии соглашения сторон, требования к составу арбитража или арбитражной процедуре должны определяться в соответствии с законом той страны, где имел место арбитраж.

В связи с такой небрежной формулировкой, допущенной в абзаце восьмом подпункта 1) ст. 255 ГПК и абзаце девятом подпункта 1) п. 1 ст. 57 Закона об арбитраже, возникает закономерный вопрос – о несоответствии требованиям какого закона в указанных нормах идет речь? О несоответствии требованиям закона Республики Казахстан или закона той страны, где имел место арбитраж? Этот вопрос имеет важное практическое значение для признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений.

В отношении арбитражных решений, вынесенных казахстанскими арбитражами на территории Республики Казахстан, речь, по всей видимости, должна идти о несоответствии требованиям закона Республики Казахстан.

Как быть с иностранными арбитражными решениями? О каком законе в этом случае должна идти речь?

Предположим, что решение было вынесено Лондонским международным арбитражным судом и подлежит признанию и приведению в исполнение на территории Республики Казахстан.

Недобросовестная сторона, против которой было принято арбитражное решение, воспользовавшись подобной неоднозначной редакцией абзаца восьмого подпункта 1) ст. 255 ГПК, представит в суд доказательства того, что состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали требованиям Закона Республики Казахстан.

И легко сможет такие несоответствия найти, поскольку решение было вынесено в Великобритании, где, ясное дело, наш Закон об арбитраже не применяется.

В данном случае суд должен применить положения подпункта о) п. 1 ст. 5 Нью-Йоркской конвенции. Суд сначала должен проверить соответствие состава арбитража или арбитражной процедуры соглашению сторон, а затем уже при отсутствии соглашения сторон проверить на соответствие закону той страны, где имел место арбитраж (то есть Закону Англии «Об арбитраже» 1996 года, а не Республики Казахстан).

Однако согласно п. 1 ст. 501 ГПК арбитражные решения иностранных арбитражей признаются и приводятся в исполнение судами Республики Казахстан, если признание и приведение в исполнение таких актов предусмотрены законодательством и (или) международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, либо на основе взаимности.

Законопроект предусматривает приведение абзаца восьмого подпункта 1) ст. 255 ГПК в соответствии с положениями подпункта о) п. 1 ст. 5 Нью-Йоркской конвенции.

3.5. Противоречие публичному порядку

Оговорка о публичном порядке широко распространена в международном частном праве. Она в тех или иных вариациях содержится в законодательстве практически всех стран, имеющих кодификации по международному частному праву, в том числе содержалась в законодательстве Советского Союза и Казахской ССР.

Закон об арбитраже (подпункт 1) ст. 2) определяет публичный порядок Республики Казахстан как основы правопорядка, закрепленные в законодательных актах Республики Казахстан.

Согласно п. 1 ст. 1090 ГК иностранное право не применяется в случаях, когда его применение противоречило бы основам правопорядка Республики Казахстан (публичному порядку Республики Казахстан). В этих случаях применяется право Республики Казахстан.

При этом отказ в применении иностранного права не может быть основан лишь на отличии политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от политической или экономической системы Республики Казахстан (см. п. 2 ст. 1090 ГК).

Понятие публичного порядка (*ordre public*, *public policy*) является довольно неопределенным, применение его отдается целиком на судейское усмотрение.

Оговорку о публичном порядке называют «предохранительным клапаном», «каучуковым параграфом» и т.п.

Важным является уточнение в п. 2 ст. 1090 ГК, что оговорку о публичном порядке нельзя использовать только на основании различий политической или экономической системы.

Оговорка о публичном порядке может быть применена, когда применение иностранного права противоречило бы основам правопорядка РК, правовым принципам, породило бы последствия, недопустимые с точки зрения нашего правосознания.

Юристами разных стран делались попытки выработать перечень всех принципов и норм, которые раскрывали бы понятие «публичный порядок». Однако эти попытки не увенчались успехом, и это вполне объяснимо, ибо этому институту изначально присущи изменчивость и гибкость.

В литературе высказано мнение, что понятие «основы правопорядка (публичный порядок)» включает в себя четыре взаимосвязанных элемента:

- а) основополагающие фундаментальные принципы права данной страны, прежде всего конституционные, а также частноправовые и гражданско-процессуальные;
- б) общепринятые принципы морали, на которые опирается правопорядок;
- в) законные интересы граждан и юридических лиц, общества и государства, защита которых является основной задачей правовой системы страны;
- г) общепризнанные принципы и нормы международного права, являющиеся частью правовой системы страны, включая международно-правовые стандарты прав человека.

Одно ясно: неприменение иностранного права на основе нарушения публичного порядка возможно только в «исключительных случаях».

Поэтому каждый такой случай должен серьезно обосновываться и не может сводиться к любому нарушению, пусть даже и серьезному, норм национального права.

При применении такого основания для отмены арбитражного решения, как противоречие публичному порядку, необходимо предостеречь от весьма распространенного заблуждения, когда публичный порядок отождествляют с публичными интересами. Противоречие публичным интересам не может служить основанием для отмены решения.

Отмена решения и отказ в исполнении возможны только по процедурным нарушениям, заранее оговоренным. Исходя из этого, в подавляющем большинстве стран мира арбитражные решения никогда не проверяются компетентными государственными судами по существу и являются окончательными.

Почти нигде в мире суд не проверяет законодательные основания рассмотрения спора, потому что толкование закона может быть разным. Потому что это гражданско-правовой спор, а в гражданско-правовом споре всегда есть разные взгляды на закон.

На этом построена судебная система любой страны, в том числе Казахстана.

Но арбитраж не входит в судебную систему. Компетентный суд может проверять только процессуальные моменты.

Если эти принципы не соблюдаются, то такая организация, называемая арбитражем, на самом деле таковым не является. Она превращается в придаток судебной системы, причем совершенно не нужный.

После введения в действие Закона об арбитраже в 2016 году в Казахстане начала формироваться довольно противоречивая практика применения такого основания отмены арбитражных решений как противоречие публичному порядку.

В этой проблеме можно выделить два основных аспекта:

- 1) проигравшая сторона, как правило, недобросовестная, не найдя никаких оснований для отмены арбитражного решения, зачастую совершенно необоснованно ссылается на противоречие публичному порядку;
- 2) отдельные суды стали отменять арбитражные решения, ссылаясь на противоречие публичному порядку, который нередко отождествляется с законностью, что в принципе неверно.

Понятие публичного порядка во всем мире возможно только в «исключительных случаях». Верховный Суд Республики Казахстан в Рекомендациях Круглого стола по вопросам применения Закона об арбитраже рекомендовал судам:

«Необходимо отметить, что применение института публичного порядка возможно в исключительных случаях, когда принудительное исполнение арбитражного решения посягает на основы правопорядка Республики Казахстан.

В связи с этим судам при отмене решения по данному основанию следует мотивировать, какой конкретно публичный порядок нарушен и каким образом»¹².

¹² Рекомендации Круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» (г. Астана, 30 июня 2017 г.) // Опубликованы на сайте Верховного Суда РК

<http://sud.gov.kz/rus/content/rekomendacii-kruglogo-stola-nekotorye-voprosy-primeneniya-zakona-respubliki-kazahstan>

3.6. Спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства в соответствии с законом

Согласно п. 8 ст. 8 Закона об арбитраже арбитражу не подведомственны следующие споры: 1) по которым затрагиваются интересы несовершеннолетних лиц, 2) лиц, признанных в порядке, установленном законом, недееспособными или ограниченно дееспособными, 3) о реабилитации и банкротстве, 4) между субъектами естественных монополий и их потребителями, 5) между государственными органами, 6) между субъектами квазигосударственного сектора.

Кроме того, согласно п. 4 ст. 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 путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска. Таким образом, неарбитрабельными могут быть признаны споры из договора присоединения, если арбитражная оговорка была включена в него при заключении договора. Например, спор из договора энергоснабжения (являющегося договором присоединения по казахстанскому законодательству) может быть рассмотрен арбитражем только в том случае, когда арбитражное соглашение было заключено после возникновения оснований для предъявления иска.

На практике возникает ряд дискуссионных вопросов относительно подведомственности арбитражу тех или иных категорий споров. Остановимся на кратком анализе некоторых из них.

3.7.1. Вправе ли арбитраж рассматривать споры из брачных договоров?

Согласно п. 1 ст. 39 Кодекса о браке (супружестве) и семье (далее – КоБС)¹³ брачным договором признается соглашение лиц, вступающих в брак (супружество), или соглашение супругов, определяющее имущественные права и обязанности супругов в браке (супружестве) и (или) в случае его расторжения.

Все договоры, основанные на равенстве, опосредующие имущественные и связанные с ними неимущественные отношения, являются гражданско-правовыми договорами. К числу таких относятся и брачный договор.

Если в силу прямого законодательного ограничения компетенции арбитражей они не вправе рассматривать дела, связанные с личными неимущественными отношениями, не связанными с имущественными, то разрешать споры, возникающие из брачного договора, являющегося гражданско-правовым договором, регулирующим имущественные отношения между супругами, при наличии арбитражного соглашения, арбитражи вправе.

Согласно п. 2 ст. 39 КоБС брачный договор может предусмотреть имущественные права детей, рожденных или усыновленных в браке (супружестве). Поэтому, если в споре, вытекающем из брачного договора, затрагиваются интересы несовершеннолетних лиц (например, имущественные права детей), то такие споры арбитражам будут неподведомственны в силу подп. 1) п. 8 ст. 8 Закона об арбитраже.

3.7.2. Арбитрабельны ли корпоративные споры?

Для того, чтобы ответить на вопрос о том, могут ли корпоративные споры быть предметом разбирательства в арбитраже, необходимо решить два вопроса:

- 1) выяснить, какова природа корпоративных отношений и их соотношение с гражданско-правовыми отношениями,
- 2) ответить на вопрос о наличии или же отсутствии специальной подведомственности корпоративных споров государственным судам (п. 1 ст. 27 ГПК).

¹³ Кодекс Республики Казахстан от 26 декабря 2011 года № 518-IV «О браке (супружестве) и семье» // «Казахстанская правда» от 7 января 2012 г. № 6-7 (26825-26826); Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2011 год, декабрь, № 22 (2599), ст. 174.

Корпоративные правоотношения можно определить как внутриорганизационные (часть их) гражданско-правовые отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими, между:

- 1) учредителями (участниками) корпоративной организации,
и
- 2) между корпоративной организацией и ее учредителями (участниками).

Корпоративные отношения – это не обязательства, а относительные отношения (имущественные, неимущественные, организационные). Поскольку корпоративные отношения – это гражданско-правовые отношения, то и споры, вытекающие из корпоративных правоотношений, могут быть предметом арбитражного разбирательства.

Что касается п. 1 ст. 27 Гражданского процессуального кодекса, то данный пункт, содержащий определение корпоративных споров, закрепляет подсудность данной категории гражданских дел за специализированными межрайонными экономическими судами (входящими в судебную систему Республики Казахстан).

Поскольку арбитражи не входят в систему государственных судов Республики Казахстан, то положения п. 1 ст. 27 ГПК не распространяются на арбитражи, и, соответственно, нельзя говорить о том, что корпоративные споры не могут быть арбитрабельными.

Вместе с тем при рассмотрении отдельных категорий корпоративных споров могут затрагиваться права и интересы третьих лиц. Например, корпоративный спор, связанный с принадлежностью акций АО и реализацией вытекающего из него права на голосование. Между акционером и самим АО может быть заключено арбитражное соглашение о передаче такого спора в арбитраж. Однако решение вопроса о том, обладает ли акционер правом голосования на общем собрании или не обладает таким правом, непосредственно затрагивает права иных акционеров, поскольку изменяет пропорции голосов при голосовании на общем собрании. Все остальные акционеры заинтересованы в последствиях разрешения этого спора. Однако если соглашение

заключено без их участия, то они лишены права участия в арбитраже¹⁴. Очевидно, что в таком случае спор не может быть рассмотрен арбитражем.

При заключении арбитражного соглашения, а также при непосредственном рассмотрении корпоративных споров арбитражами можно порекомендовать сторонам и арбитражным институтам быть особенно внимательными к проблемам третьих лиц.

¹⁴ Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. Москва: Волтерс Клувер, 2005. С. 408-409.

**ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ПРИЗНАНИЯ И ПРИВЕДЕНИЯ
В ИСПОЛНЕНИЕ ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ
РЕШЕНИЙ В УЗБЕКИСТАНЕ**

О Нью-Йоркской конвенции 1958 года

Со времени вступления в силу Нью-Йоркской конвенции 1958 года «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» прошло шестьдесят лет. В настоящее время в ней участвует 159 государств мира, и количество дел, рассматриваемых международными арбитражными (третейскими) судами, увеличивается год от года.

Нью-Йоркская конвенция представляет собой не первую попытку закрепления в международном договоре правил, направленных на разрешение коммерческих споров, осложненных иностранным элементом. У нее были предшественники. Прежде всего, это Женевский Протокол 1923 года об арбитражных оговорках. У этого Протокола были две цели: выделить арбитраж с участием сторон, относящихся к различным странам, из числа обыкновенных споров, рассматриваемых национальными судами, и обеспечить исполнение соответствующих арбитражных решений на территории государств, где они были вынесены. Участниками этого Протокола были 13 европейских стран, Бразилия, Индия, Япония, Таиланд и Новая Зеландия.

В связи с расширением международной торговли вскоре после принятия Протокола возникла необходимость в дальнейшем развитии механизмов международного арбитража. Уже в 1927 году под эгидой Лиги Наций была согласована и подписана Женевская Конвенция об исполнении иностранных арбитражных решений. Основной ее целью было расширить применение Женевского Протокола 1923 года и обеспечить приведение в исполнение арбитражных решений, вынесенных по спорам, охваченным этим Протоколом, за пределами государств, на чьей территории выносились соответствующие решения.

Однако положения Женевских Протокола и Конвенции в недостаточной степени соответствовали требованиям

международного коммерческого оборота, получившего бурное развитие после Второй мировой войны. В 1953 году Международная Торговая Палата (ICC) подготовила проект конвенции о признании и приведении в исполнение международных арбитражных решений, и направила его на рассмотрение в Экономический и Социальный Совет ООН (ЭКОСОС/ECOSOC). Однако этот проект показался слишком радикальным, и ЭКОСОС в 1955 году преобразовал его в проект конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений и вынес его на рассмотрение Конференции, которая состоялась в 1958 году в штаб-квартире ООН в Нью-Йорке.

Эта историческая Конференция проделала поистине титаническую работу. Из множества предложений и пожеланий она смогла отобрать и согласовать именно те, которые позволили Нью-Йоркской конвенции сделать радикальный шаг вперед по сравнению с положениями Женевских Протокола 1923 года и Конвенции 1927 года. Прежде всего, Конференция отказалась от архаичного принципа "двойной экзекватуры", значительно удлинявшего и усложнявшего приведение в исполнение арбитражного решения. Кроме того, ей удалось сформулировать исчерпывающий перечень оснований, по которым в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения может быть отказано судом государства, на чьей территории испрашивается такое признание и приведение в исполнение. Наконец, Конференция сумела соединить в едином документе правила и о форме арбитражного соглашения, и об исполнении решений иностранных арбитражей, которые первоначально планировалось закрепить в двух параллельных документах, по образцу Женевских Протокола 1923 года и Конвенции 1927 года.

С момента принятия Нью-Йоркской конвенции мировая практика ее применения, отслеживаемая многочисленными специальными изданиями (прежде всего - изданиями International Council for Commercial Arbitration), выработала устоявшиеся подходы к толкованию ее положений, в развитых странах Запада сложились достаточно единообразные правила применения правовых механизмов, регламентированных Конвенцией, причем эта практика продолжает развиваться и совершенствоваться. В развитие Нью-

Йоркской конвенции приняты международные договоры, прежде всего - Европейская Конвенция 1961 года «О внешнеторговом арбитраже», рекомендован к принятию национальными правовыми системами Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1985 года "О международном коммерческом арбитраже". Эти акты еще больше расширили применение института международного коммерческого арбитража при рассмотрении споров, осложненных иностранным элементом, регламентировали порядок приведения в исполнение международных арбитражных решений в государстве, на чьей территории они были вынесены, и пошли ещё дальше по пути ограничения пределов вмешательства государственных судов в спор, уже разрешенный или предполагающийся к разрешению международным арбитражем.

Механизмы, предусмотренные Нью-Йоркской конвенцией - такие, как: 1) обязательность арбитражного соглашения; 2) ограничение пределов вмешательства государственных судов в спор, в отношении которого существует арбитражное соглашение; 3) закрепление исчерпывающего перечня документов, необходимых для признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений; 4) исчерпывающий перечень оснований для отказа в признании и приведении в исполнение таких решений, 5) принцип отказа от «двойной экзекватуры» - также получили широкое признание и воплощение в различных национальных законодательных актах, принятых после Конвенции во многих странах.

Более того, механизмы, предусмотренные Нью-Йоркской конвенцией для исполнения решений иностранных арбитражей по делам, осложненным иностранным элементом, стали основой для развития национального законодательства, регламентирующего приведение в исполнение решений внутренних третейских судов. Наконец, механизмы международного арбитража, предназначенные для разрешения споров между частными лицами, разработанные на основе норм Нью-Йоркской конвенции, в настоящее время все чаще используются для разрешения споров с участием субъектов публичного права, в том числе суверенных государств и их правительств.

В связи с огромным количеством государств, участвующих в Нью-Йоркской конвенции, в настоящее время представляется нецелесообразным и даже практически неосуществимым внесение каких-либо изменений или поправок в ее текст - это привело бы к параллельному действию нескольких текстов Нью-Йоркской конвенции и возникновению различных категорий стран-участниц, что могло бы породить хаос в международном коммерческом обороте. По указанным причинам особое значение придается в настоящее время единообразию применения законодательных актов, принятых в развитие Нью-Йоркской конвенции, и единообразию толкования терминов, использованных в Нью-Йоркской конвенции, а также единообразию практики ее применения судами различных государств и арбитрами, рассматривающими споры, решения по которым относятся к сфере применения Конвенции. Только такими средствами можно обеспечить последовательную реализацию на практике норм Нью-Йоркской конвенции во всех участвующих в ней странах.

Создание правовых основ признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений

За годы независимости в Узбекистане последовательно реализуются меры, направленные на создание максимально благоприятных условий для ускоренного развития малого бизнеса и частного предпринимательства, дальнейшее укрепление правовых механизмов защиты и гарантий неприкосновенности частной собственности, улучшения инвестиционного климата и деловой среды.

Приоритетным направлением деятельности для государств, заинтересованных в привлечении иностранных инвестиций, в том числе прямых, является создание комфортной правовой среды, совершенствование законов и практики их применения. Одним из важнейших объектов приложения такой позитивной деятельности государства должна быть создание правовых основ признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений.

Первым и основным шагом любого государства для интеграции в глобальную арбитражную систему является соблюдение

основных международных соглашений и членство в международных институтах, независимо от идеологических и политических предпочтений. В связи с этим в Узбекистане проводится целенаправленная и поэтапная работа по присоединению к международным соглашениям в этой сфере. В частности, Узбекистан еще 7 мая 1993 года в целях стимулирования внешнеэкономической деятельности, обеспечения международно-признанных гарантий и защиты иностранных инвесторов в Республике Узбекистан присоединился к Конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами (Вашингтон, 1965), а 22 декабря 1995 года Олий Мажлисом Республики Узбекистан (парламентом страны) было принято постановление «О присоединении к Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 года».

Следующим шагом логично предположить принятие на основе Нью-Йоркской конвенции нормативных правовых актов о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений.

В этом направлении принимались следующие меры:

Первое. В Гражданский процессуальный кодекс (утвержденный Законом Республики Узбекистан от 22 января 2018 года № ЗРУ-460) и Экономический процессуальный кодекс (утвержденный Законом Республики Узбекистан от 24 января 2018 года № ЗРУ-461), которые вступили силу с 1 апреля 2018 года, включена отдельная глава о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и арбитражей.

Второе. 5 ноября 2018 года принято постановление Президента Республики Узбекистан №ПП-4001 «О создании Ташкентского международного арбитражного центра (ТИАС) при Торгово-промышленной палате Республики Узбекистан».

Третье. Подготовлен проект Закона Республики Узбекистан «О международном коммерческом арбитраже» на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (для сведения - 80 государств мира - 111 правовых систем приняли свои законы, руководствуясь данным Типовым законом).

Четвертое. В Законе Республики Узбекистан «Об исполнении судебных актов и актов иных органов» предусмотрена специальная статья, регулирующая порядок исполнения решений иностранных судов и арбитражей.

Порядок признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений

В главе 33 Экономического процессуального кодекса Республики Узбекистан (далее – ЭПК) закреплены нормы, регулирующие производство по делам о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и арбитражей.

В частности в ней определяется порядок признания и исполнения решений, принятых по спорам между участниками внешнеэкономической деятельности, т.е. субъектов, находящихся в разных государствах. В данном случае узбекская компания фигурирует в качестве должника, а иностранная компания – взыскатель намерена исполнить его в Узбекистане.

Прописанный в ЭПК порядок имеет ряд особенностей и действует при определенных условиях.

Во-первых, решения иностранных судов (*под иностранным судом понимается компетентный иностранный государственный орган, разрешающий спор между сторонами*), и арбитражей (*под иностранным арбитражем - иностранная негосударственная организация, действующая на постоянной или временной основе, для разрешения спора между сторонами*) признаются и исполняются в Узбекистане, если это предусмотрено соответствующими международными договорами и законодательством нашей страны. Например, государства – участники СНГ взаимно признают и исполняют вступившие в законную силу решения компетентных судов (см. Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности). Также взаимно признаются и исполняются арбитражные решения, принятые в странах-участницах Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений.

Во-вторых, решение иностранного суда или арбитража может быть предъявлено для признания и приведения в исполнение в течение 3-х лет с даты вступления его в законную силу, если иное не предусмотрено международным договором. Если указанный срок истек или решение еще не вступило в силу – в его признании и приведении в исполнение будет отказано.

В-третьих, соответствующее заявление подается в Экономический суд Республики Каракалпакстан, областей и г.Ташкента по месту нахождения или месту жительства должника (если оно неизвестно – по месту государственной регистрации должника).

В-четвертых, форма и содержание заявления должны строго соблюдаться, иначе документы вернут заявителю для устранения недостатков. Заявление подается в письменной форме, за подписью заявителя или его представителя. В нем необходимо указать:

- наименование экономического суда, в который оно подается;
- наименование и место нахождения иностранного суда или арбитража и его состав;
- наименования (ФИО) лиц, участвующих в деле, их местонахождение (почтовый адрес) или местожительство;
- сведения о решении иностранного суда или арбитража, о признании и приведении в исполнение которых ходатайствует заявитель;
- ходатайство заявителя о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда или арбитража;
- перечень прилагаемых документов.

К заявлению о признании и приведении в исполнение решения иностранного арбитража, если международным договором Республики Узбекистан не предусмотрено иное, прилагаются: 1) решение иностранного арбитража или его копия, заверенные компетентным органом иностранного государства или Республики Узбекистан; 2) подлинное соглашение об арбитражном разбирательстве или его копия, заверенная компетентным органом иностранного государства или Республики Узбекистан; 3) документ о частичном исполнении решения, если оно ранее исполнялось на территории соответствующего иностранного государства; 4) документ, из которого следует, что сторона, против которой

принято решение и которая не принимала участие в процессе, была своевременно и в надлежащем порядке извещена о времени и месте рассмотрения дела; 5) доверенность или иной документ, удостоверяющий полномочия представителя; 6) документ, подтверждающий направление должнику копии заявления о признании и приведении в исполнение решения иностранного арбитража; 7) документы, подтверждающие уплату государственной пошлины и почтовых расходов в установленном порядке и размере, если иное не предусмотрено международным договором Республики Узбекистан; 8) заверенный в установленном порядке перевод указанных в пунктах 1-5 документов на государственный язык, если иное не предусмотрено международным договором Республики Узбекистан.

В-пятых, заявление рассматривается в судебном заседании, максимальный срок – 6 месяцев со дня поступления документов в экономический суд. Участники процесса извещаются о времени и месте его проведения, но дело может быть рассмотрено и в их отсутствии. По результатам рассмотрения экономический суд выносит определение и выдает исполнительный лист для осуществления исполнительных действий в установленном порядке.

В-шестых, экономический суд отказывает в признании и приведении в исполнение решения иностранного арбитража по заявлению стороны, против которой оно направлено, если эта сторона представит, доказательства того, что:

- 1) стороны арбитражного соглашения были по применимому к ним закону в какой-либо мере недееспособны или арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания - по закону страны, где решение было вынесено;
- 2) сторона, против которой вынесено решение, не была надлежаще уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения;
- 3) арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, либо

содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, за исключением случаев, когда постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением либо оговоркой, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением или оговоркой;

- 4) состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовал соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовал закону той страны, где имел место арбитраж;
- 5) решение не стало окончательным для сторон или было отменено или приостановлено исполнением компетентным органом государства, где оно было вынесено, либо страны, закон которой применяется;
- 6) спор был разрешен некомпетентным иностранным арбитражем.

В признании и приведении в исполнение решения иностранного арбитража может быть также отказано, если:

- 1) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Узбекистан;
- 2) признание и приведение в исполнение этого решения противоречило или угрожало бы публичному порядку Республики Узбекистан;
- 3) истек срок давности приведения решения иностранного арбитража к принудительному исполнению.

О постановлении Президента Республики Узбекистан от 5 ноября 2018 года №ПП-4001.

Данным постановлением дано согласие предложению Торгово-промышленной палаты и Министерства юстиции Республики Узбекистан о создании Ташкентского международного арбитражного центра при Торгово-промышленной палате Республики Узбекистан (далее — Центр) со статусом *негосударственной некоммерческой организации*, и определены его основные задачи.

Установлено, что: 1) в качестве арбитров в Центре, наряду со специалистами из числа граждан Республики Узбекистан, также

могут привлекаться квалифицированные арбитры – граждане иностранных государств; 2) по соглашению сторон при разрешении споров арбитрами Центра может применяться иное право, в том числе иностранного государства; 3) решения арбитров Центра подлежат исполнению на территории Республики Узбекистан в порядке, предусмотренном законодательством для исполнения решений третейских судов, а также международными договорами Республики Узбекистан; 4) переписка и делопроизводство в Центре ведется на узбекском, русском и английском языках; 5) суды оказывают содействие Центру в осуществлении арбитражных разбирательств в части получения, сбора доказательств, принятия мер по обеспечению исполнения решений арбитров Центра в пределах своей компетенции и в порядке, установленном законодательством; 6) арбитры Центра – нерезиденты Республики Узбекистан освобождаются от уплаты налога на доходы физических лиц в части средств, полученных в качестве гонорара за выполнение функций арбитра; 7) для привлечения граждан иностранных государств в качестве арбитров Центра и экспертов, привлекаемых для разрешения споров путем международного арбитража, не требуется получение разрешений на право трудовой деятельности на территории Республики Узбекистан; 8) прием заявлений о рассмотрении спора посредством международного арбитража, а также проведение слушаний и иных процессуальных действий может осуществляться в режиме онлайн с использованием современных информационно-коммуникационных технологий без присутствия арбитров и сторон; 9) представителям сторон, участвующим в разрешении споров посредством международного арбитража в Центре, при пересмотре арбитражных решений в компетентных судах Республики Узбекистан, а также при рассмотрении в установленном порядке каких-либо вопросов по рассматриваемым в Центре арбитражным спорам не требуется наличие лицензии на право занятия адвокатской деятельностью; 10) Центр вправе осуществлять урегулирование споров посредством проведения процедуры медиации и иных альтернативных способов урегулирования споров в порядке, установленном законодательством; 11) средства юридических лиц, направляемые на оплату арбитражных расходов, связанных с рассмотрением спора

в Центре, освобождаются от уплаты налога на добавленную стоимость.

Постановлением также поручено: 1) Министерству иностранных дел Республики Узбекистан по заявкам Центра обеспечить оформление въездных виз арбитрам Центра, членам Наблюдательного совета, экспертам, представителям сторон, иным иностранным специалистам, привлекаемым для реализации возложенных на Центр задач без взимания консульских и иных сборов; 2) Министерству внутренних дел Республики Узбекистан по заявкам Центра обеспечить в установленном порядке продление виз, а также выдачу и продление временной прописки по месту временного проживания арбитрам Центра, членам Наблюдательного совета, экспертам, представителям сторон, иным иностранным специалистам и членам их семей, привлекаемым для реализации возложенных на Центр задач, без взимания государственной пошлины.

Актуальные вопросы по укреплению сотрудничества в сфере признания и приведения в исполнение арбитражных решений.

Было бы целесообразно укрепить сотрудничества в сфере признания и приведения в исполнение арбитражных решений путем:

- а) установления постоянных контактов в целях обмена опытом по актуальным вопросам признания и приведения в исполнение арбитражных решений;
- б) проведения совместных мероприятий (конференции и семинаров) по актуальным проблемам признания и приведения в исполнение арбитражных решений;
- в) совместного издания методических пособий и буклетов о порядке признания и приведения в исполнение арбитражных решений с учетом специфики национального законодательства;
- г) размещения в веб-сайтах статьи и обзоры законодательства зарубежных стран по вопросам признания и приведения в исполнение арбитражных решений.

**ЦЕЛИ ЗАЩИТЫ ПРИНЦИПА КОНФИДЕНЦИАЛЬНОСТИ
ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА,
СПОСОБЫ И СУБЪЕКТЫ ЕГО НАРУШЕНИЯ**

В настоящей статье предлагается рассмотреть один из основополагающих принципов третейского разбирательства – принцип конфиденциальности. Учитывая его масштабность, далее обсуждение будет осуществляться комплексно, с анализом применимых норм законодательства и практическим рассмотрением некоторых случаев его ошибочного понимания сторонами и представителями отдельных государственных органов. Также в статье предлагается ознакомиться с более детальным анализом применимости данного принципа на стадии, когда третейское разбирательство уже закончено и начат процесс принудительного исполнения решения третейского суда. Для удобства читателей под употребляемым в настоящей статье термином «третейский суд» предлагается, понимать Международный Третейский суд при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики.

Принцип конфиденциальности третейского разбирательства является особенностью данного способа внесудебного урегулирования споров, распространяется на все рассматриваемые третейским судом споры и, в отличие от практики судов общей юрисдикции Кыргызской Республики, не требует отдельного внимания сторон и процессуальных действий арбитра. Это означает, что с момента подачи искового заявления в третейский суд, возможность рассмотрения спора в открытом заседании и освещении либо публикации каких-либо сведений о нем в СМИ, отсутствует. Такой подход достаточно просто объясняется тем, что, экономический характер подсудных третейскому арбитражу споров, подразумевает рассмотрение обстоятельств дела, включающих в себя элементы коммерческой тайны, деловой репутации, различных тонкостей бизнес деятельности сторон. В отдельных случаях конфиденциальность всех сведений, вытекающих из спора в третейском арбитраже, предусмотрительно закрепляется сторонами в отдельном третейском соглашении.

Принцип обеспечения конфиденциальности третейского разбирательства в целом присущ международной арбитражной практике и является основополагающим в практиках, например, Международного арбитражного суда Стокгольма, Международного арбитража Американской арбитражной ассоциации, Международного центра по урегулированию инвестиционных споров и т.д.

Положениями статей 1, 2 и 24 Закона Кыргызской Республики «О третейских судах в Кыргызской Республике» от 30 июля 2002 года № 135 (в редакции Законов Кыргызской Республики от 15 мая 2003 года № 93, 11 июня 2004 года № 73) определен круг лиц, участвующих в третейском разбирательстве по делу: арбитр или коллегия арбитров, истец, ответчик и их представители. Помимо этого, при необходимости в ходе третейского разбирательства могут быть заслушаны эксперты и свидетели. Регламентами МТС ТПП также закреплено положение о возможности обеспечения стороны разбирательства переводчиком. Иными словами, круг лиц, которым законодатель предоставил право доступа к закрытым сессиям третейского суда, достаточно четко ограничен. Таким образом, законодателем обеспечивается конфиденциальность:

- третейского арбитража, начиная с момента получения исковых документов и их подготовки к разбирательству;
- всего процесса третейского разбирательства;
- вынесенного решения.

В практике третейского арбитража недопонимание необходимости соблюдать принцип конфиденциальности в ходе разбирательства зачастую выражается, например, в недовольстве сторон при недопуске третейским судом к слушаниям их представителей в связи с отсутствием у них надлежащих полномочий.

Действительно, согласно статье 34.1 Регламента МТС ТПП стороны вправе вести свои дела в МТС ТПП непосредственно или через должным образом уполномоченных представителей, назначаемых сторонами по своему усмотрению. Однако при реализации указанного права сторонами по делу уделяется недостаточное внимание требованию о необходимости надлежащего оформления полномочий представителей. Данное

обстоятельство на практике выражается в отсутствии в доверенностях, выдаваемых на представителя, права представления интересов поручителя в МТС ТПП с перечнем его полномочий. Такие недостатки принимаются и исправляются стороной после соответствующих разъяснений третейского суда, однако, надо отметить, становятся причинами затягивания сроков арбитража.

Следующим примером обеспечения конфиденциальности арбитража в МТС ТПП является отсутствие положения о размещении текста принятого решения на сайте суда. Надо отметить, что подобная практика широко применяется международными постоянно действующими арбитражными институтами при условии наличия согласия обеих сторона на подобное публичное разглашение существа спора.

Однако, в деятельности МТС ТПП данная практика не нашла поддержки и внедрения. Впрочем, целесообразно лишь отметить, что одним из нововведений МТС ТПП, публикуемых в сети Интернет, является размещение на сайте www.arbitr.kg графика заседаний третейского суда. Публикация и ведение графика не являются обязательными требованиями законодательства; они лишь призваны обеспечить сторонам удобную форму напоминания о времени и дне грядущего заседания. При этом такое информационное сопровождение сторон никак не противоречит закреплённому законом принципу конфиденциальности арбитража, т.к. указанный график не раскрывает наименований или имен сторон процессов, а лишь представляется собой расписание слушаний с указанием номеров дел. Это обстоятельство также лишает возможности неформального общения сторон с арбитрами по делу, а также исключает любые инструменты давления на них. Таким образом, статус МТС ТПП в очередной раз подтверждает свою приверженность независимому и беспристрастному третейскому арбитражу.

Для сравнения интересно будет рассмотреть, например, статью 45 Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», которая предусматривает обязанность постоянно действующего арбитражного учреждения размещать на своем сайте в сети Интернет информацию о подаче искового заявления в течение трех дней со дня его получения.

Очевидно, что публикация в СМИ искового документа автоматически подразумевает раскрытие сторон и существа спора, что, по сути, уже является нарушением принципа конфиденциальности.

В начале данной статьи приводились причины, по которым стороны, при выборе способа урегулирования спора, предпочитают отдавать третейскому суду. В частности, в связи с возможностью сохранить конфиденциальность сведений, составляющих коммерческую тайну. Однако данное обстоятельство интересно рассмотреть в свете встречающейся в МТС ТПП практике, когда предметом спора либо письменным доказательством может стать, например, договор, содержащий коммерческую тайну одной из сторон спора либо третьих лиц с письменной договоренностью о нераспространении сведений данного документа. С одной стороны ситуация кажется банально простой. Так, согласно пункту 4.3 статьи 4 Регламента МТС ТПП каждая сторона обязана доказывать те обстоятельства, на которые она ссылается как на обоснование своих требований и возражений. Более того, МТС ТПП на основании заявления другой стороны или по собственному усмотрению вправе затребовать необходимые доказательства. Следовательно, следуя принципу состязательности, сторона, обладающая документом, пусть и содержащим коммерческую тайну, обязана предоставить его суду для обоснования своей позиции.

С другой стороны, приобщение к материалам дела документа, вовлекающего интересы третьих лиц, значительно усложнит ход разбирательства, т.к. потребует решения вопроса о привлечении таких лиц к третейскому разбирательству и определения их статуса. Кроме этого, если сторона попросту отказывается предоставить договор с устной ссылкой на его конфиденциальность в связи с ценностью содержания, то у арбитра нет механизма проверить правдивость позиции такой стороны.

Однако следует отметить, что, несмотря на письменную договоренность сторон о сохранении конфиденциальности сведений, составляющих коммерческую тайну, арбитр не должен ограничиваться обзором документа. Он будет обязан приобщить его к материалам дела и дать ему правовую оценку при вынесении решения. Очевидно, что в таком случае конфиденциальность

договора незамедлительно нарушится, т.к. его содержание станет известным обеим сторонам спора, имеющим равные права ознакомления и получения копий всех материалов дела. Хотя конфиденциальность третейского разбирательства все еще сохраняется.

Однако процесс раскрытия бережно охраняемой информации необратимо продолжится на стадии принудительного исполнения решения третейского суда. Будет ли ситуация на данном этапе свидетельствовать о нарушениях принципа конфиденциальности третейского разбирательства судом? Разумеется, нет. Во-первых, в ходе разбирательства судом дается правовая оценка предоставленным сторонами документам. Пункт 28.2. статьи 28 Регламента МТС ТПП и вовсе позволяет суду при наличии письменного соглашения сторон провести третейское разбирательство на основе письменных материалов. Несмотря на свои полномочия, арбитр МТС ТПП не обладает функциями принудительного истребования доказательств. Следовательно, вопрос о приобщении к материалам дела договора, содержащего соглашение сторон о нераспространении коммерческой тайны, остается на усмотрение заинтересованной стороны. Однако, тогда ответственность за полноту и содержание материалов дела и, следовательно, объективность решения суда, будет также нести эта сторона, которая своими действиями добровольно отказывается от своего права на возражение, предусмотренного статьей 15 Закона КР «О третейских судах в Кыргызской Республике». Во-вторых, окончательность решения МТС ТПП, как избранного сторонами органа по урегулированию споров, подразумевает добросовестность сторон, в том числе, в части добровольного исполнения вынесенного решения. Это свидетельствует о том, что и на этой стадии МТС ТПП продолжает обеспечивать конфиденциальность третейского разбирательства. Разрыв же цепочки конфиденциальности путем отказа от добровольного исполнения решения МТС ТПП и перевода спора на уровень принудительного его исполнения – это события, более не подпадающие под компетенцию МТС ТПП.

Во избежание вышеприведенных ситуаций, субъектам экономической деятельности, предлагается с особой тщательностью подходить к заключению письменных договоров и

регулированию в них вопросов о конфиденциальности коммерческих сведений. Это возможно достичь путем:

- введения четких разграничений о сведениях, которые составляют коммерческую тайну и не подлежат разглашению при передаче спора в МТС ТПП;
- заключения договоров без описания в его тексте существа сведений, составляющих коммерческую тайну. Такие сведения возможно предусмотреть в отдельном дополнительном соглашении либо приложении к основному договору. Разумеется, данный подход не применим в случаях, когда закрытые сведения сами по себе являются предметом спора.

Далее, предлагаю продолжить детальное рассмотрение защиты принципа конфиденциальности, распространяющегося на стадию, следующую за вынесением решения.

Как показывает практика, нередки случаи, когда для исполнения вынесенного решения соответствующей стороне приходится прибегать к механизмам его принудительного исполнения. Данная процедура достаточно ясно определена в главе 46 Гражданского процессуального кодекса Кыргызской Республики, введенного в действие Законом КР от 20 января 2017 года № 6 с 1 июля 2017 года. Так, производство по делам о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение принятых на территории Кыргызской Республики решений третейских судов осуществляется судами по общим правилам гражданского судопроизводства на основании заявления заинтересованной стороны с приложением ряда документов.

Однако, как показывает практика, сторона, против которой состоялось решение третейского суда, вопреки перечисленным основаниям принимает ряд мер с целью уклониться от своих обязательств. В частности, широко распространенным способом злоупотребления правами является обращение стороны с необоснованными заявлениями в правоохранительные органы, органы прокуратуры и по борьбе с экономическими преступлениями. При этом основаниями могут быть указаны различные вымышленные нарушения, якобы допущенные арбитром в ходе разбирательства. Очевидно, что подобные действия являются ничем

иным как незаконной попыткой оказать давление и умышленным образом испортить профессиональную репутацию арбитра. Стоит отметить, что преследуемые цели в любом случае не имеют под собой какого-либо фундамента по следующим двум основополагающим положениям:

1. В соответствии со статьей 28 Закона Кыргызской Республики «О третейских судах в Кыргызской Республике» решение третейского суда является окончательным и обжалованию не подлежит. Также согласно части 4. статьи 420 Гражданского процессуального кодекса Кыргызской Республики при рассмотрении заявления о выдаче исполнительного листа суд не вправе пересматривать решение третейского суда по существу. Доказывание своих исковых требований и возражений на них является обязанностью сторон в ходе третейского разбирательства. После вынесения решения третейским судом, у государственных судов отсутствует право его пересмотра по существу. Лишь наличие обоснованных доказательств о допущенных третейским судом процедурных нарушениях, перечисленных в статье 421 Гражданского процессуального кодекса Кыргызской Республики, предоставляет государственному суду право соответствующей реакции, но исключительно в виде отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда;
2. Согласно статье 15 указанного Закона, 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.

Иными словами, данные положения закрепляют:

- Порядок реализации права на возражения;
- Основания потери права на возражения.

Важность рассмотрения указанной нормы статьи 15 Закона Кыргызской Республики «О третейских судах в Кыргызской Республике» заключается в том, что, государственные органы, принимающие жалобы от сторон третейского разбирательства после вынесения решения, должны четко осознавать, что при наличии оснований, участвовавшая в разбирательстве сторона обязана заявить все свои возражения в ходе слушаний председательствующему арбитру. В ином случае, она теряет право на возражение в последующем, в том числе, при обращении в правоохранительные органы, органы прокуратуры и по борьбе с экономическими преступлениями – не воспользоваться предоставленным правом – это тоже право и свободный выбор стороны. При этом надлежит отметить, что третейское разбирательство в рамках третейского суда осуществляется беспристрастным и независимым арбитром на основании представленных доказательств, показаний сторон, а решение выносится после всестороннего и объективного изучения материалов дела. Поэтому несоблюдение положений Закона или третейского соглашения в принципе исключено.

Суть приводимого здесь анализа заключается в том, что вне зависимости от формы, содержания и целей таких заявлений, их объединяет принципиальное нарушение принципа конфиденциальности. Хотя на данную стадию взаимоотношений сторон по делу функции третейского суда более не распространяются, однако за последним все еще сохраняются обязательства обеспечения конфиденциальности сведений третейского разбирательства. Данное положение предельно ясно закреплено в статье 19 Закона Кыргызской Республики «О третейских судах в Кыргызской Республике», которая устанавливает 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».*

Иными словами, государственные органы, принявшие жалобу стороны на какие-либо действия третейского суда и/или его арбитров не вправе осуществлять на основании поступившей

жалобы допросы арбитра, рассматривавшего дело. Таким образом, с одной стороны, для преодоления вышеприведенных норм статьи 19 Закона Кыргызской Республики «О третейских судах в Кыргызской Республике» требуется согласие всех сторон. С другой стороны, допрос арбитра не имеет какого-либо правового значения для целей рассмотрения жалобы, т.к. все известные суду обстоятельства дела подробно приводятся и оцениваются с юридической точки зрения в самом решении третейского суда. В связи с чем, выявление в ходе допроса каких-либо сведений, не рассмотренных судом, попросту невозможно.

Вполне очевидно, что после вынесения решения та или иная сторона по делу останется им неудовлетворенной. Однако следует отметить, что, заключая третейское соглашение, стороны сделки соглашаются со всеми особенностями третейского разбирательства, присущими избранными ими компетентному арбитражному учреждению. Уклонение какой-либо стороной спора от исполнения решения МТС ТПП путем злоупотребления правами, попытками оказать давление на арбитров и испортить репутацию МТС ТПП, является ничем иным как демонстрацией недобросовестности стороны.

Подытоживая вышеприведенные рассуждения, хотелось бы согласиться с мнением многих исследователей-правоведов о том, что сохранение и следование принципу конфиденциальности являются основными факторами, создающими существенные различия между третейскими учреждениями и государственными судами. Данные факторы, безусловно, являются преимущественными обстоятельствами при выборе сторонами способа урегулирования спора. Нарушение принципа конфиденциальности в ходе третейского разбирательства и после него, противоречат не только установленным нормам законодательства и международного коммерческого арбитража, но и может вызвать резкое падение доверия бизнес сообщества арбитра и третейскому суду. В связи с чем, третейским учреждениям надлежит и далее поддерживать законодательно закрепленное достоинство конфиденциальности разбирательств, а в отношении сторон надеяться на добросовестность и законность действий.

**ОСОБЕННОСТИ ОБЖАЛОВАНИЯ, НЕИСПОЛНЕНИЯ
ИЛИ ОТМЕНЫ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ
В ОТДЕЛЬНЫХ ГОСУДАРСТВАХ**

*“Pereat mundus et
fiat justitia”¹⁵*

Отличительной чертой современного мира является усиление целостности мирового хозяйства, его глобализация, которые обусловлены развитием экономических связей между государствами и либерализацией торговли. Это ведет к увеличению количества гражданско-правовых договоров, которые заключаются между компаниями различных стран, что делает их более привлекательными для большего количества инвесторов, доступ к иностранному капиталу и новейшим технологиям. При этом не только возрастает количество таких внешнеэкономических контрактов, но и происходит их диверсификация. Необходимо также принять во внимание и тот факт, что значительно увеличивается и круг субъектов, заключающих внешнеэкономические договоры.

На сегодняшний день в международных коммерческих взаимоотношениях арбитражные соглашения – это так называемый стандарт во внешнеэкономических контрактах, а Международный коммерческий арбитраж – это значимый инструмент в решении споров между корпорациями и компаниями разных стран в отличие от компетентных, государственных судов.

Международная практика показывает, что арбитражные решения, в общем и целом, исполнить легче, чем иностранные судебные решения. Исходя из этого, бизнесу предпочтительнее отдавать свои споры на рассмотрение арбитражных (третейских) судов, чем государственным (отечественным или иностранным) судам.

Основной причиной этому служит наличие ряда международных соглашений, главным из которых является Конвенция ООН «О признании и приведении в исполнение иностранных

¹⁵ Пусть погибнет мир, но свершится справедливость (правосудие) - лат.

арбитражных решений» (UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards), известной как Нью-Йоркская конвенция 1958 года, отметившая своё 60-летие в июне 2018г. Помимо данного документа в последующие годы были приняты также и другие, известные арбитрам, международные и региональные соглашения и законы в сфере разрешения споров в области коммерции и бизнеса, затрагивающие вопросы исполнения иностранных арбитражных решений (Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Типовые законы ЮНСИТРАЛ об электронной торговле 1996г. и об электронных подписях 2001 г., Конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах 2005 г. и др.).

На сегодняшний день к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. присоединились 146 стран мира, 80 из которых приняли этот международный документ с учётом различных оговорок и комментариев. Так, например, 31 мая 2012 г., Таджикистан, присоединившись к Нью-Йоркской Конвенции, в своём постановлении сделал оговорку и отметил, что не принимает данную Конвенцию в отношении споров, касающихся недвижимого имущества.

Что касается Кыргызской Республики, то наша страна присоединилась к этой Конвенции 18 декабря 1996 г. со вступлением её в силу 18 марта 1997 г.¹⁶ Со времени присоединения к данной Конвенции, Кыргызстан, как и многие другие страны, ратифицировавшие или присоединившиеся к ней, старается неукоснительно исполнять нормы этого международнопризнанного документа.

Процедура признания и приведения в исполнение (или «*экзекватура*» от лат. «*exequatur*», широко используемого в странах Западной Европы) иностранных арбитражных решений в большинстве государств, ратифицировавших или присоединившихся к Нью-Йоркской конвенции, не совсем обременена нормами национальных законодательств и в основном приводится в исполнение.

В то же время в некоторых странах имеются факты обжалования, неисполнения, отказа в исполнении или даже отмены

¹⁶ https://online.zakon.kz/m/Dokument/?doc_id=2007771

арбитражных решений. Хотя и сама Конвенция в принципе предусматривает основополагающие нормы и перечень оснований отказа в признании и приведении в исполнение решений арбитражных (третейских) судов. Перечень является исчерпывающим и не подлежит расширительному толкованию.

Эти основания отказа можно подразделить на две группы:

- а) основания, на которые может ссылаться сторона, проигравшая арбитражное разбирательство;
- б) основания отказа по инициативе компетентных органов того государства, в котором испрашивается признание и исполнение арбитражного решения.

Так, согласно ст. V (п. 1) Нью-Йоркской конвенции в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если она представит суду по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательства того, что:

- а) стороны арбитражного соглашения были по применимому к ним закону в какой-либо мере недееспособны или это соглашение недействительно по закону, которому они это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания - по закону страны, где решение было вынесено, или
- б) сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, или по другим причинам не могла представить свои объяснения, или
- в) указанное решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или оговоркой, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением или оговоркой, то та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением

или арбитражной оговоркой в договоре, может быть признана и приведена в исполнение, или

- d) состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали арбитражному соглашению или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж, или
- e) арбитражное решение еще не стало окончательным для сторон или было отменено или приостановлено исполнением компетентной властью страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется.

В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть также отказано, если государственный суд страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что:

- a) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны или
- b) признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны (п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции).

Статья VI также предусматривает и возможность ходатайства об *отмене или приостановлении* исполнения арбитражного решения и гласит:

«Если перед компетентной властью, указанной в подпункте "е" пункта 1 статьи V, было возбуждено ходатайство об отмене или приостановлении исполнения арбитражного решения, то та власть, к которой обратились с просьбой о признании и приведении в исполнение этого решения, может, если найдет целесообразным, отложить разрешение вопроса о приведении в исполнение этого решения и может также по ходатайству той стороны, которая просит о приведении в исполнение этого решения, обязать другую сторону представить надлежащее обеспечение».

В Федеральном арбитражном акте Соединённых Штатов в параграфе 10 указаны основания для *пересмотра или отмены* арбитражного решения, в котором окружной (государственный) суд США, в округе которого было вынесено арбитражное решение, может издать приказ, отменяющий его, по заявлению любой из сторон арбитражного разбирательства. К таким основаниям

можно отнести случаи, когда арбитражное решение было получено путём подкупа, обмана или незаконным образом (п.1), когда присутствовали очевидная заинтересованность или подкуп, или одновременно оба (п.2), когда присутствовала вина арбитров, выразившаяся в неправомерном отказе по отложению слушаний после предоставления им для этого достаточных оснований, или в отказе рассмотрения доказательств, относящихся к спору, и имеющих существенное значение для его рассмотрения (п.3), когда арбитры превысили свои полномочия, или реализовали их таким образом, что совместное, окончательное и чёткое решение по предмету спора не было вынесено (п.4). В этом же параграфе есть и такой пункт: «(b) В случае если арбитражное решение отменено и время, в течение которого соглашение устанавливает обязательность вынесения решения, не истекло, суд может по своему усмотрению обязать арбитров провести повторное рассмотрение спора»¹⁷.

Следует отметить, что основания, предусмотренные первым пунктом статьи V Нью-Йоркской конвенции, должна доказывать сторона, против которой направлено арбитражное решение. А основания, установленные пунктом 2 статьи V, суд может применить по собственной инициативе. Текст обоих пунктов статьи V Конвенции гласит, что в признании и приведении в исполнение может быть отказано. Суды некоторых стран толкуют это положение так, что даже при наличии оснований для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения суд может, а не должен отказать в признании и приведении в исполнение. В этом плане представляет интерес решение Высшего Апелляционного Суда Гонконгского Специального административного региона от 9 февраля 1999 г. по делу *Hebei Import & Export Corporation v. Polytek Engineering Company Limited*¹⁸.

При разрешении этого дела Китайский арбитражный институт провел обследование оборудования в присутствии председателя состава арбитража и одной стороны. Вторая сторона (покупатель)

¹⁷ United States Federal Arbitration Act, United States Code, Title 9 Enacted Feb. 12, 1925, Codified Jul. 30, 1947 with the last amendment of May 7, 2002.

¹⁸ Yearbook of International Commercial Arbitration, vol. XXIV a. 1999. P.652-677.

- Polytek - не была уведомлена о таком обследовании и не приняла в нем участия. Получив уведомление о проведенном обследовании, Polytek каких-либо заявлений не сделал, а продолжил участие в разбирательстве. Решение обязывало Polytek оплатить стоимость приобретенного оборудования. Продавец обратился с ходатайством в Гонконге о приведении в исполнение этого решения. Polytek доказывал, что не был уведомлен об обследовании, что является процессуальным нарушением. Однако он не сделал в отношении этого нарушения своевременного заявления в ходе арбитражного разбирательства. Суд указал, что в Нью-Йоркской конвенции говорится, что в признании и приведении в исполнение может быть отказано. Поэтому суд пришел к выводу, что, даже несмотря на наличие основания для отказа в признании и исполнении арбитражного решения, у суда существует возможность поступать по своему усмотрению и разрешить исполнение такого решения. Представляется, что такая постановка вопроса правомерна. Составители Нью-Йоркской конвенции смогли создать нормы, которые охватывают и случаи, когда одна из сторон ведет себя недобросовестно. Ведь покупатель Polytek не сделал каких-либо заявлений о нарушении своих прав в ходе арбитражного разбирательства¹⁹.

В данной статье ниже приводятся несколько примеров известного международного арбитра из г. Зальцбург (Австрия) доктора Ойгена Сальпиуса о деятельности арбитражей и государственных судов европейских стран - Англии, Франции, Австрии, Швеции и Швейцарии по излагаемой теме, поскольку они имеют давние корни и богатую практику по разрешению различного рода как внутренних, так и международных споров.

В процессуальных законодательствах некоторых государств имеются правовые нормы, предоставляющие государственному суду широкие полномочия на вмешательство в арбитражное рассмотрение дел, вплоть до пересмотра или отмены арбитражного решения. Так было, например, в Англии до изменения Закона об арбитраже 1979 г. (Arbitration Act 1979) и до принятия нового Закона в 1996г. Однако стоит отметить, что до сих пор в праве

¹⁹ Хлестова И.О. Актуальные вопросы признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений в РФ

Англии сохраняется большое количество случаев, позволяющих судьям государственных судов вмешиваться в арбитражный процесс.

В рамках международного коммерческого арбитража предпочтительно выбирать место разрешения спора - страну, политически и географически нейтральную по отношению к какой-либо из сторон разбирательства, поскольку право выбранной страны для проведения арбитража также играет значительную роль при отмене арбитражных решений. Оно, по общему правилу, определяет условия подачи заявления об отмене решения или его неисполнения, устанавливая уполномоченный суд, временные ограничения на подачу заявлений и основания для их принятия и рассмотрения. Даже тот факт, что страна применяет Нью-Йоркскую конвенцию, сам по себе не может являться показателем удачного выбора страны для разрешения спора. Так, некоторые страны допускают широкие основания для отмены и пересмотра арбитражных решений, в других недостаточно чёткое законодательство, третьи страны предполагают частое вмешательство судей в ход арбитражного рассмотрения дела. Национальные суды не должны иметь права на пересмотр решений арбитражей по существу и их отмену при несогласии суда с мнением и решением арбитров. Иначе это существенно повышает расходы сторон на разрешение спора, чего в итоге стороны хотят избежать, решая его в арбитраже.

Местом проведения арбитража должна выбираться та страна, право которой не позволяет государственному суду излишне вмешиваться в ход арбитражного рассмотрения дела. Также процессуальное право выбранной страны должно гарантировать равенство сторон спора перед арбитрами. Так, например, Бельгийское право очень либерально в этом вопросе²⁰. Швейцарское же право содержит много детальных предписаний по этому вопросу и предоставляет возможность для широкого вмешательства судьям государственных судов²¹.

²⁰ Yearbook Commercial Arbitration, vol. XI (1986). P.57.

²¹ Статья 36 Швейцарского межкантонового конкордата об Арбитраже - International Concordat on Arbitration, 1969 г.

Следует также отметить, что, несмотря на реформы английского права, о чём говорилось выше, Лондон также не является лучшим выбором и при определении места проведения арбитражного рассмотрения спора в связи с дороговизной разбирательства, широкими полномочиями судей на вмешательство и процессуальным правом, всецело основанным на традициях системы общего права (Common Law), которое сильно отличается от системы романо-германского права.

Французское право, регулирующее арбитражные отношения, предусматривает возможность отмены арбитражных решений, вынесенных во Франции, только по основаниям, прямо предусмотренным в Новом Гражданском процессуальном кодексе, действующем с 01 мая 2011 года (ст.1502). Эти основания являются императивными и не могут быть изменены соглашением сторон. Интересно отметить, что право на *судебное оспаривание* арбитражного решения не будет утрачено, даже если арбитраж назвал своё решение процессуальным приказом²².

Действительность решения международного арбитража, вынесенного в Париже, должна быть определена в ходе процедуры судебного признания решения (*exequatur*), проводимой уполномоченным судом первой инстанции (*Tribunal de grand instance*). Проигравшая сторона в соответствии со ст.1520 Кодекса может оспорить данное признание, подав заявление об аннулировании в соответствующий апелляционный суд (*Cour d'appel*). Решение может быть отменено по следующим 5 основаниям: если трибунал неправильно удовлетворил или отклонил иск о подсудности; если он не был правильно сформирован; если трибунал разрешал дело без соответствия мандату; если было нарушено право равноправия сторон; если признание и исполнение противоречит международной публичному порядку. Указанное заявление должно быть подано в течение одного месяца со дня вынесения решения о признании²³.

²² См. Craig, Park, Paulsson. Op. cit. P.557.

²³ Ярким примером ссылки суда на «транснациональный публичный порядок» как на основание отмены арбитражного решения является решение Парижского Апелляционного суда по делу по иску гражданина Латвии Белоконь против Кыргызской Республики - См. Жолдошев Ж.Р. Международный публичный порядок: пределы полномочий арбитража // Третьейское разбирательство в Кыргызской Республике: современные

Австрийские суды приобретают юрисдикцию как только стороны спора выбирают местом проведения арбитража Вену или иное место в Австрии. По просьбе сторон суды имеют право исполнять функции, предоставленные им на основании Гражданского процессуального кодекса (ССР), например назначать арбитров (ст.582, параграф 1), отменять решения арбитража (ст.583) или отказывать в их исполнении (ст.595). Этот вопрос является спорным согласно предыдущим положениям ССР, хотя австрийский Верховный Суд (*Oberster Gerichtshof*) в 1980г., в знаменитом деле *Norsolar*²⁴ признал юрисдикцию австрийского суда отказать в исполнении решения арбитража по спору между французской и турецкой сторонами. Относительно исполнимости арбитражных решений и обращения в суды за приведением решений в исполнение, следует отметить, что согласно параграфу 1 статьи 594 ССР решение арбитража имеет окончательную и обязательную силу, как и решение суда, если только стороны в контракте не договорились о возможности *принесения апелляции на это решение в другом арбитраже*. В этой связи интересно отметить, что австрийское законодательство не предоставляет право на обжалование арбитражных решений в государственный суд.

Шведское право, регулирующее арбитраж, состоит из Закона об арбитраже 1999 г. Согласно ему в предмет арбитражного рассмотрения попадает большой круг вопросов. Статья 1 этого Закона устанавливает, что споры, которые могут быть урегулированы сторонами мировым соглашением, могут быть переданы на арбитражное рассмотрение. Спор может касаться существования определённого факта. Арбитры вправе не только решить вопрос о существовании факта, но также могут определить его соответствующие характеристики, устанавливая, например, что тот или иной факт является форс-мажорным обстоятельством²⁵.

вызовы и пути решения. Сборник статей к 15-летию МТС ТПП КР. Изд. «Турар», 2017. С.212-222.

²⁴ Yearbook Commercial Arbitration, vol. VII (1982). P.312.

²⁵ См. Franke Ulf. Sweden in International Handbook on Commercial Arbitration / ed. J. Paulsson Suppl. December/2000

Право Швеции позволяет сторонам спора договориться о возможности обращения во второй арбитраж после того, как спор уже был рассмотрен первым арбитражем. Законодательство этой страны не предусматривает права на обжалование арбитражных решений по вопросам факта в государственные суды, однако стороны своим соглашением могут предусмотреть и такую возможность.

Испанский арбитраж является частным правосудием, не входящим в государственную судебную систему и имеющим глубокие исторические корни. Ещё со времён римского права испанское законодательство признавало третейский суд как альтернативный метод разрешения споров. Арбитражное решение может быть отменено только по следующим основаниям, предусмотренным Законом №60/2003 «Об арбитраже», принятым в декабре 2003г. (к вопросам, не урегулированным этим законом, применяется Гражданско-процессуальный кодекс):

- 1) соглашение недействительно либо же оно вообще отсутствует;
- 2) сторона не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла отстаивать свои интересы;
- 3) решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным законодательством;
- 4) состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон, если только такое соглашение не противоречит императивным положениям Закона об арбитраже;
- 5) объект спора не подлежит рассмотрению в арбитражном порядке;
- 6) арбитражное решение противоречит публичному порядку Испании.

Как показывает практика, пытаясь аннулировать арбитражное решение, стороны ссылаются на несколько оснований одновременно, в основном используя во всех ходатайствах основание противоречивости публичному порядку, хотя понятие публичного порядка в испанском законодательстве отсутствует. Также следует отметить, что арбитраж Испании имеет одну-

единственную инстанцию и вопросы по отмене решений рассматриваются областными судами общей юрисдикции (Audiencia Provincial). Как признание арбитражного решения, так и его отказ выносятся в форме судебного определения, которое носит характер *resjudicata*, т.е. имеет законную силу и не может быть повторно рассмотрено в другом процессе²⁶.

Сделав небольшой обзор арбитражной практики по особенностям обжалования, неисполнения или отмены арбитражных решений в некоторых западных странах, обратимся к этому же вопросу в двух восточных странах азиатского континента – Китайской Народной Республики и Кыргызстана, поскольку в одной статье практически невозможно охватить более широкий круг континентов и государств.

Китайские международные арбитражные органы, такие как Китайская Арбитражная комиссия по международной экономике и торговле (СИЕТАС), как отмечал вышеупомянутый международный арбитр из г.Зальцбурга доктор Ойген Сальпиус, не проводит арбитраж по правилам каких-либо других арбитражных институтов, а стороны не могут выбирать арбитров, которые не перечислены в списке арбитров. Окончательные решения и решения по части исковых требований приводятся в исполнение народными судами, и только Народный Суд Китая согласно китайскому законодательству (ст.258 Закона о гражданском процессе и ст.23 Правил СИЕТАС) имеет право принимать решение о предоставлении обеспечительных мер. Процедура по исполнению и отказу в исполнении решений в целом напоминает концепцию Типового закона. Решение арбитража является окончательным и не подлежит обжалованию в другом арбитраже. Судам запрещается вмешиваться и рассматривать арбитражные дела по существу.

Несмотря на то, что Китайская Народная Республика и провозгласила свою суверенную власть над Гонконгом – бывшей британской колонией и огромным мировым центром бизнеса и финансов – он остаётся Специальным административным

²⁶ Бондаренко А.С. Международный коммерческий арбитраж в Испании. Электронный ресурс, 2010. http://www.juristlib.ru/book_8145.html.

регионом (Special Administrative Region - SAR) и продолжает следовать арбитражному праву, отличному от арбитражного права материкового Китая. Международный арбитраж в Гонконге регулируется Типовым законом с небольшими изменениями²⁷.

В исполнении арбитражных решений, вынесенных в Гонконге, может быть отказано только по основаниям, перечисленным в Нью-Йоркской конвенции 1958г. В дополнение к этому суд может отменить решение арбитража на основании неподсудности вопроса арбитражному рассмотрению, а также в случае, когда решение противоречит публичному порядку Гонконга. Следует отметить, что законодательство в Гонконге не позволяет пересматривать арбитражные решения на основании допущенных в них ошибок, следовательно, Гонконг может обеспечивать большую степень арбитражной свободы.

Относительно признания и приведения в исполнение Нью-Йоркской конвенции в Кыргызской Республике следует отметить, что законодательство нашей страны, касающееся и регулирующее арбитражное (третейское) разбирательство, в основном коррелирует с нормами статьи V этой Конвенции в рамках исполнительного производства.

Так, на основании части 2 статьи 421 ГПК КР²⁸ и статьи 42 Закона КР «О третейских судах в Кыргызской Республике»²⁹, основаниями для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суд могут быть следующие случаи:

- 1) если одна из сторон представит компетентному суду доказательства о недееспособности одной из сторон при заключении соглашения о передаче спора в третейский суд;
- 2) если одна из сторон не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или третейском разбирательстве;

²⁷ См.: Arbitration Ordinance. Hong Kong Laws. Гл.341.

²⁸ Гражданский процессуальный кодекс Кыргызской Республики от 25 января 2017г. №14.

²⁹ Закон Кыргызской Республики «О третейских судах в Кыргызской Республике» от 30 июля 2002г. №135 (в редакции Законов КР от 15 мая 2003 г. №93 и 11 июня 2004г. N 73)

- 3) если состав третейского суда или процедура третейского разбирательства не соответствовали соглашению сторон либо применимым правилам;
- 4) если решение третейского суда принято по спору, не предусмотренному соглашением сторон или не подпадающему под его условия, или содержит указания по вопросам, выходящим за пределы соглашения. Если указания по вопросам, охватываемым третейским соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, то часть решения третейского суда, в которой содержатся указания по вопросам, охватываемым третейским соглашением, может быть приведена в исполнение и в выдаче исполнительного листа на исполнение этой части не может быть отказано;
- 5) если сторона обоснованно заявила о недействительности третейского соглашения, а третейский суд принял спор к рассмотрению и вынес решение по существу спора;
- 6) если суд установит, что объект спора не может быть предметом третейского разбирательства по законодательству Кыргызской Республики.

Если отказ в выдаче исполнительного листа о принудительном исполнении был принят по основаниям, указанным в пунктах 2, 3 и 4 части первой настоящей статьи, третейский суд, вынесший решение, по которому отказано в выдаче исполнительного листа, обязан провести повторное третейское разбирательство.

Кроме этого, части 4 статьи 420 ГПК КР регламентирует, что при выдаче исполнительного листа суд не вправе пересматривать решение третейского суда по существу.

Следует отметить, что до внесения последних изменений и дополнений в законодательство КР, в частности до принятия нового ГПК КР 25 января 2017 г., со стороны государственных судов республики иногда наблюдались попытки вмешательства в деятельность третейских судов, как например, было по одному из третейских разбирательств, когда была произведена отмена ранее выданного районным судом определения о выдаче исполнительного листа на основании заявления должника о пересмотре дела

по вновь открывшимся обстоятельствам. В обоснование этого факта судом было указано, что заявленное должником обстоятельство является вновь открывшимся, и не было рассмотрено МТС ТПП. При этом, несмотря на возражения взыскателя, государственный суд проигнорировал тот факт, что заявленное обстоятельство относилось к существу спора, было надлежащим образом рассмотрено МТС ТПП в ходе третейского разбирательства с дачей ему соответствующей правовой оценки в своём решении³⁰.

Имелись также и некоторые другие, незначительные препятствия и вмешательства государственных судов в деятельность третейских судов, в основном на стадии исполнительного производства. В целом, следует отметить, что законодательство нашей республики позволяет третейским судам широкое поле для исполнения своих функций в рамках правового поля и в целом отвечает современным вызовам и принципам демократии. Однако это отнюдь не означает, что институт третейских судов и их арбитры должны исполнять свои функциональные обязанности недобросовестно и что ещё хуже - в нарушение как международных, так и внутренних норм действующего законодательства.

³⁰ См.: Сатаркулова И.С. Проблема исполнения решений МТС ТПП: пересмотр определения суда о выдаче исполнительного листа по вновь открывшимся обстоятельствам. - Третейское разбирательство в Кыргызской Республике: современные вызовы и пути решения. Сборник статей к 15-летию МТС ТПП КР. Изд. «Турар», 2017. С.187-188

ПОРУЧИТЕЛЬСТВО В ПРАКТИКЕ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА

В практике третейского суда часто возникают вопросы, связанные с исполнением обязательств, обеспеченных поручительством. В настоящей статье рассмотрим отдельные из них на основании новелл гражданского законодательства и практических подходов, выработанных третейским судом.

Прежде всего, возникает вопрос об *объеме обеспечительных обязательств* поручителя и могут ли обеспечиваться поручительством отдельные виды обязательств (обязательства не являющиеся денежными, будущие обязательства и т. д.)? По этому вопросу можно привести следующий пример из практики третейского суда.

Истец обратился в третейский суд с требованием принудить поручителя исполнить обязательства по договору поручительства за должника в части предоставления дополнительного залогового обеспечения, так как Истец считает, что поручитель должен выполнить не только денежное обязательство должника, но и неденежные обязательства, связанные с совершением действий, в частности по предоставлению за должника дополнительного залогового обеспечения. В рассматриваемом случае должник одновременно является и залогодателем, а залоговое имущество было утрачено в результате непредвиденных обстоятельств (форс-мажор).

На мой взгляд, обязанность лица, предоставившего обеспечение в форме поручительства, состоит не в исполнении обеспеченного обязательства за должника, а в исполнении своего собственного, обеспечительного обязательства.

Гражданское законодательство Кыргызской Республики определяет поручительство, как один из способов обеспечения исполнения обязательств. Поручитель гарантирует кредитору исполнение обязательств должником, а в случае если должник не сможет исполнить обязательство, готов взять его исполнения на себя. Поручительство, как и другие способы обеспечения исполнения обязательств, призвано снизить вероятность неудовлетворения интересов кредитора.

Предметом денежного обеспечительного обязательства является обязанность Поручителя возмещать все те денежные потери, которые образовались из-за неисполнения обеспеченного долга.

Согласно пункту 2 статьи 344 Гражданского кодекса Кыргызской Республики поручитель отвечает перед кредитором в том же объеме, как и должник, включая уплату процентов, возмещение судебных издержек по взысканию долга и других убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником, если иное не предусмотрено договором поручительства.

В силу акцессорного (придаточного или дополнительного) характера обязательство поручителя перед кредитором не может быть большим по объему или более обременительным, чем обязательство должника, за которого ручался поручитель. Обязательство из договора поручительства обеспечивает основное обязательство в том объеме, в каком оно вытекает из договора между поручителем и кредитором.

Также в силу акцессорного характера поручительства объем обязательств поручителя может быть меньшим, чем объем обязательства должника по основному обязательству, так как поручитель может ручаться за исполнение должником основного обязательства полностью или в части.

Поручительство возникает на основании заключения договора, в котором поручитель обязывается перед кредитором отвечать за исполнение должником обязательств полностью или частично (пункт 1 статьи 343 ГК Кыргызской Республики). То есть, поручитель может ручаться за весь объем обязательств должника или за определенную его часть. Все зависит от готовности поручителя взять на себя такую ответственность.

В рассматриваемом в третейском суде деле поручитель принял обязательство отвечать перед кредитором при неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного поручительством денежного обязательства по возврату заемных средств в установленный в договоре срок и в размере, определенном в договоре поручительства. В этой связи, поручитель не должен и не может отвечать перед кредитором за совершение или не совершение должником иных действий, в частности по замене

или предоставлению дополнительного залогового обеспечения. Иными словами, все зависит от договора поручительства и объема обеспечительных обязательств, принятых самим поручителем.

В Гражданском Кодексе Кыргызской Республики прямо не указано, что поручительство может быть дано по неденежным обязательствам (например, обязательств по выполнению работ, передаче товара и т.п.), но, это не ограничивает поручителя принять на себя такие обязательства, поскольку по этим обязательствам, при определенных условиях, могут возникать денежные требования к должнику, например, требование о выплате денежной суммы, соответствующей имущественным потерям кредитора, вызванным неисполнением либо ненадлежащим исполнением должником обеспеченного обязательства.

Что касается возможности заключения договора поручительства по обязательствам, которые возникнут в будущем, то согласно пункту 1 статьи 343 ГК Кыргызской Республики такой договор может быть заключен с указанием в договоре условий, при которых в будущем возникнет обязательства поручителя.

Таким образом, обязательство поручителя по общему правилу исполняется им в денежной форме. Предметом поручительства может быть обеспечение неденежных обязательств, если это будет отражено в договоре поручительства. Кроме того, поручительство может обеспечивать обязательства, которые возникнут в будущем.

Важным моментом также является условие о том, *что исполнение поручителем своего обязательства перед кредитором может иметь место только при наступлении факта ненадлежащего исполнения (неисполнения) основного обязательства должником*. Если поручитель отвечает солидарно с должником, именно с момента наступления факта ненадлежащего исполнения (неисполнения) обязательства должником кредитор вправе требовать от поручителя исполнения обязательства из поручительства. Если поручитель несет субсидиарную ответственность, то порядок предъявления кредитором требований к поручителю должен соответствовать правилам статьи 364 ГК Кыргызской Республики.

Поручитель, в силу пункта 1 статьи 345 ГК Кыргызской Республики, вправе выдвигать против требования кредитора возражения, которые мог бы представить должник, если иное не вытекает из договора поручительства. Поручитель не теряет права на эти возражения даже в том случае, если должник от них отказался или признал свой долг.

Возражения поручителя могут различными: например, оспаривание действительности основного договора или возражения поручителя, направленные на освобождение его от ответственности или на уменьшение объема его обязательства.

Поручитель имеет право в качестве возражения утверждать, что поручительство прекратилось вследствие изменения обязательства должника, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, без согласия последнего (пункт 1 статьи 348 ГК Кыргызской Республики).

В целях исключения двойного исполнения обязательства кредитор (как со стороны поручителя, так и со стороны должника) законодательство предусматривает специальные правила. Поручитель, исполнивший свое обязательство перед кредитором и вступивший в результате этого в права последнего, обязан письменно уведомить об этом должника. Если должник не был письменно уведомлен о состоявшемся переходе прав кредитора к поручителю, то поручитель несет риск неблагоприятных последствий, вызванных этим.

Дело в том, что в случае исполнения должником, не получившим письменного уведомления, обязательства кредитор оно признается исполнением надлежащему кредитору (пункт 2 статьи 315 ГК Кыргызской Республики).

Поэтому, если должник, не получивший письменного уведомления, предоставит кредитору исполнение помимо исполненного поручителем, то поручитель вправе взыскать с кредитора неосновательно полученное, либо предъявить регрессное требование к должнику (статья 347 ГК Кыргызской Республики).

Сам договор поручительства является односторонне обязывающим, консенсуальным и возмездным. Между тем поручительство допустимо и на безвозмездной основе, при этом, в силу

статьи 384 ГК Кыргызской Республики факт безвозмездности поручительства должен быть указан в тексте договора.

В практике третейского суда рассматривался иск о взыскании задолженности по кредитному договору солидарно с должника и поручителей и обращении взыскания на заложенное имущество. В качестве поручителей по обеспечению возврата кредитных средств выступили участники должника- физические лица. В ходе рассмотрения дел в третейском суде выяснилось, что должник заключил соглашение о переводе долга по кредиту на физических лиц- участников должника.

Парадокс сложившейся ситуации заключается в том, что основные должники, одновременно стали выступать также и поручителями, обеспечивающими надлежащее исполнение обязательств по возврату заемных средств.

Возник вопрос о том, может ли *должник и поручитель выступать в одном лице*? Следствием образовавшегося поручительства за самих себя является то, что регрессное требование поручителей к должникам, предусмотренное статье 346 ГК Кыргызской Республики, прекращается сразу после его возникновения.

В этой связи третейский суд отказал в требовании о взыскании задолженности с поручителей, так как взыскание может быть обращено только к заемщикам (должникам).

Интересный вопрос о *сроке поручительства и сроке исковой давности*. Представим пример из практики третейского суда.

Истец обратился в третейский суд с требованием о солидарном взыскании суммы задолженности по кредитному договору с поручителя и заемщика. В договоре поручительства указано, что его действие прекращается с прекращением обязательств по обеспеченному поручительством кредитному договору. Как пояснил во время слушаний представитель истца, договор поручительства действует до конца выполнения должником своих обязательств по кредитному договору.

Третейский суд отказал в удовлетворении требований к поручителю, среди прочего, по причине истечения срока действия поручительства, так как установленное в договоре поручительства условие о его действии до конца выполнения заемщиком своих обязательств по кредитному договору не может

свидетельствовать о согласовании сторонами условия о сроке поручительства. Кроме того, исковое заявление было подано истцом после окончания срока действия поручительства, установленного в пункте 4 статьи 348 ГК Кыргызской Республики. Таким образом, срок действия поручительства на дату подачи искового заявления в третейский суд истек.

Договор поручительства прекращается по одному из пяти оснований, указанных в статье 348 ГК Кыргызской Республики:

- 1) с прекращением обеспеченного поручительством обязательства;
- 2) в случае изменения обязательства, обеспеченного поручительством, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, без согласия последнего;
- 3) с переводом на другое лицо долга по обеспеченному поручительством обязательству, если поручитель не дал кредитору согласия отвечать за нового должника;
- 4) с отказом кредитора принять надлежащее исполнение, предложенное должником или поручителем;
- 5) с истечением указанного в договоре поручительства срока, на который оно дано.

Поручительство прекращается по истечении указанного в договоре поручительства срока, на который оно дано. В соответствии со статьей 207 ГК Кыргызской Республики, срок может определяться календарной датой или истечением периода времени, указанием на событие, которое неизбежно должно наступить.

Стороны могут как указать срок поручительства, примерно равный сроку основного договора, так и установить срок действия поручительства больший, чем срок действия основного обязательства, для того чтобы кредитор имел время потребовать удовлетворения требований от поручителя, если должник не выполняет свои обязательства.

С учетом выше изложенного, стоит осторожно подходить к таким формулировкам о сроке в договоре поручительства, как "до полного погашения всех требований, связанных с Договором ...". Практическое применение таких формулировок приводит к тому,

что условие договора о действии поручительства до фактического исполнения обеспечиваемого обязательства не может рассматриваться как устанавливающее срок действия поручительства, поскольку не соответствует требованиям статьи 207 ГК Кыргызской Республики.

Согласно статье 207 ГК Кыргызской Республики, срок может определяться указанием лишь на такое событие, которое неизбежно должно наступить, т.е. не зависящее от воли и действий сторон. Факты исполнения или неисполнения обязательств сторон по гражданско-правовым договорам зависят от их волеизъявления и могут как наступить, так и не наступить.

В тех случаях, когда договор поручительства не содержит условий относительно срока действия поручительства, оно прекращается, если кредитор в течение одного года со дня наступления срока исполнения, обеспеченного поручительством обязательства не предъявит иск к поручителю. Когда срок исполнения основного обязательства не указан и не может быть определен или определен моментом востребования, поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иск к поручителю в течение двух лет со дня заключения договора поручительства (пункт 4 статьи 348 ГК Кыргызской Республики).

Сроки в один и два года, в течение которых кредитор имеет право предъявить иск к поручителю, являются пресекательными, поэтому к ним не применяются правила о перерыве, восстановлении и приостановлении сроков исковой давности и эти сроки подлежат применению независимо от того, поступило ли заявление об их пропуске от ответчика.

Рассмотрим еще один пример из практики третейского суда. Истец обратился в третейский суд с требованием к поручителю о взыскании кредитной задолженности должника. Однако, в ходе третейского разбирательства выяснилось, что срок поручительства прекратился до подачи иска. Но, поручитель в ходе процесса, признал исковые требования истца. *Влияет ли каким-то образом признание иска поручителем на судьбу требования к поручителю?*

Как было отмечено ранее, поручительство прекращается по истечении указанного в договоре поручительства срока, на

который оно дано (статья 348 ГК Кыргызской Республики). Третейский суд посчитал невозможным принять признание поручителем исковых требований истца, поскольку на момент подачи иска поручительство прекратилось, так как срок для предъявления требования к поручителям истек. В этой связи у поручителя отсутствовали основания для осуществления процессуального права признания иска. Признание поручителя в третейском разбирательстве иска при отсутствии у последнего права требования к поручителям не может привести к возобновлению гражданских правоотношений.

Различия между сроками действия поручительства и сроком исковой давности значительны. Так, течение срока исковой давности можно быть приостановлено или возобновлено после истечения; пропущенный по уважительной причине срок исковой давности может быть восстановлен судом; о применении исковой давности должно быть заявлено стороной в деле или суд может по своей инициативе рассмотреть вопрос о применении исковой давности. К пресекательным срокам по договору поручительства все эти правила не применяются, исходя их сути пресекательных сроков и самой формулировки в статье 348 ГК Кыргызской Республики, где указано, что «поручительство прекращается...».

В пункте 4 статьи 348 ГК Кыргызской Республики недвусмысленно установлено, что установленные сроки являются сроками существования поручительства, т.е. сроками существования прав кредитора по отношению к поручителю, а не сроками исковой давности. В этой связи аргументы истца о восстановлении срока поручительства либо перерыве его действия в связи с признанием ответчиком долга, со ссылкой на соответствующие положения ГК Кыргызской Республики о сроках исковой давности, третейским судом не принимаются.

Отметим еще раз, что согласно пункту 1 статьи 348 ГК Кыргызской Республики, поручительство прекращается с прекращением обеспеченного им обязательства, а также в случае его изменения, влекущего увеличение ответственности или иные неблагоприятные последствия для поручителя, без согласия последнего. Таким образом, существование поручительства обусловлено наличием обязательства, которое оно обеспечивает.

В практике третейского суда рассматривался случай, когда заёмщик – физическое лицо скончался, наследники не вступили в наследство, а кредитор заключив сделку частично уступил право (требование) долга по кредитному договору другому лицу (уступка требования). Кредитор обратился в третейский суд с требованием о выплате оставшегося долга с поручителя. *Должен ли отвечать в этом случае поручитель по оставшемуся долгу должника?*

Гражданский кодекс Кыргызской Республики не содержит норм права о переходе к поручителю в порядке правопреемства обязанностей по исполнению обязательств должника в случае его смерти.

В соответствии с пунктом 1 статьи 379 ГК Кыргызской Республики, обязательство прекращается смертью должника, если исполнение не может быть произведено без личного участия должника либо обязательство иным образом неразрывно связано с личностью должника, то есть смерть гражданина-должника влечет прекращение обязательства по договору, если только обязанность исполнения данного договора не переходит в порядке правопреемства к его наследникам.

В случае же принятия наследства наследниками умершего должника, обязательство по исполнению договора ложится на данных наследников, которые отвечают, как солидарные должники в пределах стоимости имущества, перешедшего к каждому наследнику (статья 1165 ГК Кыргызской Республики).

При этом, поручитель умершего должника по договору будет нести солидарную ответственность перед должником вместе с наследниками должника только в случае, если получено его согласие отвечать за нового должника (наследника) или в договоре поручительства уже содержится условие о согласии поручителя отвечать за исполнение обязательства перед любым новым должником в случае перехода долга по обеспечиваемому обязательству.

Исходя из вышеназванных норм, при отсутствии или недостаточности наследственного имущества у наследников заемщика обязательно прекращается невозможностью исполнения

соответственно полностью или в недостающей части наследственного имущества.

В рассматриваемом в третейском суде случае, право (требование), принадлежащее кредитору, было частично передано им другому лицу по сделке (уступка требования), при этом, поручитель не был письменно извещен (уведомлен) о совершившемся факте, несмотря на то, что данное условие было предусмотрено в договоре об уступке прав.

Таким образом, поручитель был лишен возможности выдвигать против кредитора, свои возражения, которые мог бы представить должник, так как не был надлежащим образом уведомлен и не знал о состоявшейся частичной уступке кредитором прав требования по договору, по которому он выступал в качестве поручителя.

Изменение основного обязательства по договору, влекущего неблагоприятные последствия для поручителя, лишенного возможности дать согласие или отказ на возникшее изменение по причине не уведомления Поручителя о частичной уступке прав требования по договору, влечет прекращение обеспеченного поручительством обязательства (пункт 1 статьи 348 ГК Кыргызской Республики).

Третейскому суду не были представлены сведения о наследниках должника или иных лиц, давших согласие на исполнение обязательства за должника. Информации о принятии наследниками наследства, за чьи действия мог бы отвечать поручитель, при его согласии, на момент третейского разбирательства не имелась.

Отвечать перед кредитором за должника при отсутствии самого должника, поручитель в договоре поручительства согласия не давал.

На основании данных фактов, третейский суд отказал кредитору в удовлетворении его требований к поручителю о погашении оставшегося долга.

Поручителю далеко не безразлично, кто является должником. При предоставлении поручительства поручитель учитывает имущественное положение должника, его способность (или неспособность) исполнить обязательство перед кредитором,

репутацию должника и пр. Поэтому перевод долга на другое лицо влечет прекращение поручительства, если поручитель не согласился отвечать за нового должника.

Резюмируя, анализ практики третейского суда по вопросам, связанным с поручительством, еще раз выделю, основные тезисы:

1. Срок действия договора поручительства не может обозначаться указанием на погашение кредита, поскольку он не соответствует статье 207 Гражданского кодекса Кыргызской Республики об обозначении срока календарной датой, периодом времени или указанием на событие. Последствием этого служит признание третейским судом отсутствия согласованного сторонами срока действия договора поручительства и применения к нему сроков, установленных статьей 348 Гражданского кодекса Кыргызской Республики.
2. Установленный в статье 348 Гражданского кодекса Кыргызской Республики срок поручительства является сроком действия поручительства, а не сроком исковой давности.
3. Поручительство обеспечивает исполнение денежного или выраженного в денежной форме обязательства. Поручительство может обеспечивать обязательства, которые возникнут в будущем.
4. Ответственность поручителя возникает только в том случае, если должник не исполнит или ненадлежащее исполнит обеспеченное поручительством обязательство, и в том размере (пределы обязательства), который установлен в договоре поручительства (ограничение обеспечиваемых поручительством требований).
5. Смерть должника не прекращает поручительство, за исключением случаев, прекращения обязательства смертью гражданина установленных в статье 379 Гражданского кодекса Кыргызской Республики.

**ОПРЕДЕЛЕНИЕ ЦЕНЫ ИСКА В РАКУРСЕ ОПЛАТЫ
РЕГИСТРАЦИОННОГО И АРБИТРАЖНОГО СБОРА**

Одним из требований статьи 20 Регламента является требование об определении суммы иска Истцом, который должен в исковом заявлении определить сумму исковых требований. Такой на первый взгляд, вполне тривиальный вопрос, имеет целый ряд существенно важных процессуальных последствий. Определение Истцом суммы исковых требований оказывает влияние не только на материально-предметную часть спора, но это действие непосредственным образом отражается и на его процессуальной составляющей.

Сумма иска напрямую вытекает из просительной части искового заявления, которая подразумевает прямое указание Истцом на то «что он просит». Соответственно просительная часть напрямую вытекает из предмета спора. В свою очередь один предмет спора может породить множество правовых последствий, а, следовательно, и требований в рамках одного спора у Истца может быть несколько. Таким образом, можно исковые требования условно разделить на несколько категорий:

1. по количеству исковых требований - единственные или множественные, когда просительная часть содержит одно требование (взыскание суммы задолженности) или несколько (взыскание суммы задолженности, обращение взыскания на заложенное имущество, возмещение убытков);
2. по количеству задействованных договоров - простые, которые вытекают из одного договора или сложные, которые взаимосвязаны в целом ряде договоров. При этом, исковые требования обладают еще одной чертой, которую не возможно не выделить в отдельную категорию, так как требование может быть:
3. материального и не материального характера;

То есть можно выразить категории исковых требований в следующую таблицу:

	Вид исковых требований	Исковые требования	
		1	2
а	По характеру	Простые	Сложные
б	По количеству	Единственные	Множественные
в	По типу	Материальные	Не материальные

Просительная часть любого искового заявления, так или иначе, содержит все три вида исковых требований, однако сложность определения цены искового заявления будет зависеть от того, как виды исковых требований комбинируются. Например, комбинация:

$$a1 + б1 + в1$$

будет выдавать такие иски, которые не будут вызывать сложности в определении цены искового заявления. С другой стороны, комбинация:

$$a2 + б2 + в2$$

будет вызывать определенные сложности для определения цены иска.

С другой стороны, такой набор как:

$$a2 + б2 + в1$$

будет простым. Но такая комбинация, как

$$a1 + б1 + в2,$$

уже скорее всего вызовет трудности.

Таким образом, графу **в 2** можно вынести за скобки, при любой комбинации:

$$(x+y...) + в2 = \text{сложный.}$$

То есть, следует обратить особое внимание на специфику расчета арбитражного сбора именно по спорам нематериального характера.

Арбитражный сбор по искам материального характера рассчитывается по шкале указанной в статье 3.1 Положения об арбитражных расходах и сборах. Данная шкала использует формулу повышения коэффициента арбитражного сбора, по принципу пропорциональности увеличения арбитражного сбора к увеличению цены иска. Размер арбитражного сбора по искам нематериального характера определен в статье 3.2 Положения об арбитражных расходах и сборах, в соответствии, с которой, до не давнего времени, арбитражный сбор по искам не материального характера, определялся по такой же шкале, что и иски материальные. Однако, с 2017 г. была внесена поправка в статью 3.2 Положения, в соответствии, с которой, арбитражный сбор по спорам нематериального характера стал определяться фиксированной суммой сбора. Арбитражный сбор по исковым требованиям не материального характера, согласно новой редакции статьи 3.2 Положения, выглядит следующим образом:

Цена иска, US \$	Арбитражный сбор, US \$
до 10 000	500
от 10 001 до 50 000	1 000
от 50 001 до 100 000	1 500
свыше 100 001	2 000

Сложность заключается в том, что в соответствии со статьей 21.3 Регламента, в исках, состоящих из нескольких требований, сумма каждого требования должна быть определена отдельно, в этом случае цена иска определяется общей суммой всех требований. Если исковое заявление состоит из 3 (**а**, **б**, **в**) трех требований материального характера:

пример-1:

а = 20 000 \$.

б = 15 000 \$.

в = 10 000 \$

то цена иска будет определяться по следующей формуле:

$$\Sigma = 20\,000 + 15\,000 + 10\,000 = 45\,000\$ - \text{цена иска.}$$

В этом случае, арбитражный сбор будет рассчитываться по шкале в статье 3.1 Положения из суммы иска равной 45 000 \$:

$45\,000 - 10\,000 * 2\% + 500 = 1\,200\$$ - арбитражный сбор к оплате.

Однако, рассмотрим случай, когда требования **a** и **b** материального характера, а требование **v** не материального. В таком случае, вышеприведенная формула будет являться не применимой, так как суммирование всех сумм в одну общую будет не верным. Потому что к разным суммам применяются разные принципы расчета: по материальным требованиям по формуле ст. 3.1 Положения, а по не материальным с учетом фиксированности размера сбора в соответствии со ст. 3.2 Положения в новой редакции. Тогда, получаем следующую формулу:

пример-2:

$$\mathbf{a} \text{ (матер.)} = 20\,000\$.$$

$$\mathbf{b} \text{ (матер.)} = 15\,000\$.$$

$\Sigma_{\text{мат.}} = 20\,000 + 15\,000 = 35\,000\$. \Rightarrow$ арбитражный сбор по требованиям материального характера – 1000 \$.

$$\mathbf{v} \text{ (не матер.)} = 10\,000\$.$$

$\Sigma_{\text{немат.}} = 10\,000\$. \Rightarrow$ арбитражный сбор по требованиям не материального характера – 500 \$.

Тогда, получаем формулу расчета общего арбитражного сбора с 2-х требований материального и 1-го не материального характера:

$$\Sigma_{\text{арб.сб.}} = 700 + 600 = 1\,300\$ - \text{арбитражный сбор к оплате.}$$

То есть, следует говорить о принципе «дифференцированности» механизма определения цены иска и арбитражного сбора по искам нематериального характера. Данная дифференциация заключается в том, что при наличии в иске нескольких требований материального характера и не материального требования, то принципы, установленные в ст. 21.3 Регламента будут работать не в полной мере. Так, принцип определения суммы каждого искового требования по отдельности будет равным для требований и материального и не материального характера. Однако принцип суммирования всех сумм требований для определения общей цены иска будет применяться лишь для требований материального характера (пример-2), в связи с тем, что статьи 3.1 и 3.2 устанавливают абсолютно разные механизмы расчета арбитражного сбора для исковых требований материального характера и исковых требований не материального характера.

При этом возникает вопрос, является ли дифференцированность определения цены иска и арбитражного сбора по искам нематериального характера универсальной чертой данного вида арбитражного сбора, или дифференцированный подход проявляется лишь в исковых заявлениях сочетающих требования как материального, так и не материального характера? Как будет при этом, определен размер арбитражного сбора в исковом заявлении, состоящем из нескольких требований, все из которых имеют нематериальный характер? В таком случае, как было сказано выше, сумма каждого требования будет определена отдельно. Но будет ли при этом общая цена иска для расчета арбитражного сбора определяться путем сложения сумм всех требований? Если выше установленный принцип дифференцированности не позволяет суммировать требования материального характера с требованиями не материального характера, то позволяет ли он суммировать индивидуальные требования не материального характера между собой? При утвердительном ответе на данный вопрос, то расчет арбитражного сбора при исковом заявлении, состоящем из трех требований не материального характера, будет происходить следующим образом:

Пример 3:

$$\underline{a} = 20\ 000\ \$.$$

$$\underline{б} = 9\ 000\ \$.$$

$$\underline{в} = 55\ 000\ \$.,$$

$\sum \text{арб.} = 20\ 000 + 9\ 000 + 55\ 000 = 84\ 000 = 1\ 500\$$ - арбитражный сбор к оплате (фиксированная сумма по ст. 3.2 Положения в новой редакции).

Если же говорить об универсальности принципа дифференцированности арбитражного сбора по требованиям не материального характера, то в таком случае сумма фиксированного арбитражного сбора будет устанавливаться для каждого требования по отдельности, а общая сумма арбитражного сбора по исковому заявлению в целом, будет определяться путем сложения всех сборов по каждому требованию по отдельности:

Пример 4:

$$\underline{a} = 20\ 000\ \$.$$

$\sum a = 1\ 000\$$ - арбитражный сбор по исковому требованию a (фиксированная сумма по ст. 3.2)

$$\underline{б} = 9\ 000\$.$$

$\sum б = 500\$$ - арбитражный сбор по исковому требованию б (фиксированная сумма по ст. 3.2)

$$\underline{в} = 55\ 000\$$$

$\sum в = 1\ 500\$$ - арбитражный сбор по исковому требованию в (фиксированная сумма по ст. 3.2)

в таком случае общая сумма арбитражного сбора будет определена по формуле:

$\sum \text{арб.сб.} = \sum a + \sum б + \sum в = 1\ 000 + 500 + 1\ 500 = 3\ 000\$$ - арбитражный сбор к оплате.

Позиция универсальности принципа дифференцированности арбитражного сбора по требованиям не материального характера и применения расчета арбитражного сбора указанного в примере 4, является предпочтительным и наиболее верным. Дело в том,

что ключевыми принципами третейского разбирательства являются равноправие и состязательность сторон. Равноправие сторон включает с себя то, что разрешение спора в МТС ТПП осуществляется на основе равноправия сторон перед законом и МТС ТПП, при этом, каждой стороне предоставлены равные возможности для защиты своих прав³¹. Состязательность предполагает доказывание каждой стороной тех обстоятельств на которые она ссылается как на обоснование своих требований и возражений³². На следующем примере рассмотрим доказательство того, что отсутствие принципа дифференцированности арбитражного сбора по требованиям не материального характера ведет к нарушению принципа равноправия и состязательности сторон:

Стороны ОсОО «Альфа» и ОАО «Омега» заключили договор подряда на строительство 10 объектов промышленного назначения. Таким образом, имеется рамочное соглашение и 10 производных договоров. ОАО «Омега» нарушает условия рамочного соглашения, в связи с чем, ОсОО «Альфа» подает исковое заявление в МТС ТПП (имеется арбитражная оговорка) о взыскании суммы ущерба по договору 1,2,3,4,5. Цена каждого договора определена в размере 200 000 долларов США, соответственно, цена искового заявления будет равна 1 000 000 долларов США. Так как требования материального характера, то размер арбитражного сбора в соответствии с пунктом 3.1, будет равен 9 750 долларам США. При этом, ответчик подает встречный иск о признании договоров 1,2,3,4,5 не действительными. Расторжение договоров является требованием нематериального характера, а цена иска 1 000 000 долларов США, то в соответствии с пунктом 3.2, так как цена иска свыше 100 001 долларов США, то арбитражный сбор для ответчика 2 000 долларов США. В ходе третейского разбирательства истец увеличивает иски и просит возместить ущерб и по договору 6. Для того, чтобы исковое заявление было рассмотрено с учетом дополнительного требования, истец должен доплатить 3 050 долларов США арбитражного сбора. Ответчик, при этом так же увеличивает количество требований и просит признать договор 6 не действительным. При этом,

³¹ Пункт 4.2 ст.4 Регламента МТС ТПП.

³² Пункт 4.3 ст. 4 Регламента МТС ТПП.

общая цена иска ответчика увеличивается, но так как все требования нематериального характера, то новое требование покрывается уже оплаченным арбитражным сбором в размере 2 000 долларов США, так как общая цена иска выше 100 001 долларов США. Далее истец снова увеличивает иски и просит возместить ущерб в том числе по договору 7, но ввиду отсутствия возможности доплаты арбитражного сбора, истец отказывается от дополнительного требования. Ответчик же просит договор 7 признать недействительным, так как арбитражный сбор в размере 2 000 долларов США покрывает признание договора 7 недействительным, равно как и договора 8,9,10. При таком расчете арбитражного сбора по иски требованиям не материального характера, нарушается явным образом принцип равноправия, который устанавливает предоставление каждой стороне равных возможностей для защиты своих прав.

Таким образом, следует говорить, что принцип дифференцированного расчета арбитражного сбора по требованиям нематериального характера создает автономность оплаты каждого требования не материального характера. То есть подлежит оплате арбитражного сбора в соответствии с пунктом 3.2 не сумма всех отдельно взятых требований, а каждое требование по отдельности, именно в виду фиксированности размера арбитражного сбора.

Более того, такая автономность должна распространяться и на пункт 4.1 статьи 4 Положения, которая устанавливает уменьшение арбитражного сбора на 30% в случае рассмотрения спора единоличным арбитром по правилам Ускоренного Регламента. Пункт 4.1 указывает на уменьшение арбитражного сбора именно в процентном эквиваленте (30%), а не конкретно фиксированной суммой, ввиду того, что шкала расчета в пункте 3.1 так же использует метод процентного коэффициента. В то время как пункт 3.2 содержит строгую фиксированность вне зависимости от размера цены иска.

Если же говорить про конкретные примеры определения цены искового заявления, то нельзя не обратить внимание и на процессуальную составляющую не только оплаты арбитражного сбора,

но и определение суммы исковых требований, которые будут рассмотрены ниже.

Особую сложность вызывает определение иска по требованиям, вытекающим из таких договорных обязательств, как договор аренды. Так, в МТС ТПП поступило исковое заявление ОсОО «Е» к ОсОО «Т» о расторжении договора аренды заключенного между сторонами, расторжении дополнительного соглашения к договору аренды, и взыскании суммы в размере 729 558 сом. При этом, 354 394 сом составляет сумму гарантийного взноса, 375 558 сом составляет сумму неустойки. При определении цены иска, возникает два вопроса: какое количество исковых требований содержится в исковом заявлении и какова общая цена иска. В данном случае, речь идет о требованиях смежного характера, так как в исковом заявлении имеются требования как материального, так и нематериального характера. Определение цены материального требования не составляет труда, так как она выражена самим истцом – 729 558. С другой стороны, имеются два требования по расторжению договора аренды и дополнительного соглашения к нему. В соответствии с пунктом 3.2 Положения об арбитражных расходах и сборах МТС ТПП, по спорам нематериального характера, цена договора определяется исходя из суммы оспариваемого договора. Исходя из этого, в данном случае, цена расторжения договора аренды будет равна цене договора. Однако зачастую договор аренды конкретного ценового содержания не имеет, так как в большинстве своем они имеют неопределенный срок действия. В данном случае, в части размера арендной платы, договор содержит условие ежемесячной оплаты в размере 50 долларов США в месяц за 1 кв.м. Однако, общая площадь арендуемого помещения не указана, так она должна быть по условиям договора определена при подписании сторонами акта приема передачи помещения, но исковое заявление подано до его подписания. При этом договор аренды содержит условие оплаты гарантийного взноса, который по условиям договора, не является ни авансом или предоплатой, ни займом, ни залогом, а выступает в виде предусмотренного договором иного способа обеспечения надлежащего исполнения арендатором своих обязательств, который будет возвращен арендатору после прекращения договора.

Размер гарантированного взноса устанавливается арендодателем, исходя из общей площади помещения и его месторасположения. В течение трех дней с момента подписания договора, арендатор внес арендодателю гарантийный взнос в размере 354 394 сома (является частью суммы требования материального характера). Может ли гарантийный взнос браться в качестве расчетной базы для определения цены искового требования? Не только может, но должен. По сути, исходя из конкретного примера, если бы даже и имелась информация относительно размера площади арендуемого помещения, то определить цену договора было бы невозможно, так как договор бессрочный, а период фактического пользования помещением равен нулю, так как исковое заявление было инициировано до подписания акта приема передачи помещения. Однако стороны установили условие внесения гарантийного взноса, который хоть и не является залогом, но обеспечивает гарантию оплаты аренды. Если бы стороны все таки подписали акт приема передачи помещения, арендатор вступил в право владения помещением, но нарушил бы обязательство по оплате, то период, когда общая сумма обязательств по оплате аренды превысила бы размер гарантийного взноса, стал бы тем мериллом для расчета начала возникновения права требования для подачи искового заявления в суд. Определение цены требования нематериального характера является не достаточным для определения цены иска в целом, так как еще следует определить количество исковых требований, а именно являются ли требования о расторжении договора аренды и дополнительного соглашения одним требованием или двумя самостоятельными требованиями. Рассмотрим этот вопрос ниже.

Какой критерий применим для определения цены иска, когда речь идет о таких требованиях, которые являются взаимоисключающими или, например, противоречащими законодательству? Некоторые арбитры установили практику, при определении цены иска, не брать в расчет требования, если удовлетворение одного требования ведет к автоматическому удовлетворению другого. Например, в вышеприведенном примере, расторжение договора аренды ведет к прекращению действия дополнительного соглашения. Логика арбитра в данном случае основывается на том что,

что цена иска такова, как если бы расторгался один договор. На первый взгляд, такая логика проста, понятна и правильна. Но, если посмотреть на ситуацию под другим ракурсом, то ситуация оказывается не столь очевидной.

Так, в МТС ТПП обратился гражданин К.З. с иском к банку Т. о признании недействительным торгов на заложенное имущество во внесудебном порядке, признании недействительным Протокола №1 о несостоявшихся внесудебных публичных торгах, приведении сторон в первоначальное положение. По сути, такое исковое заявление содержит 3 отдельных требования, которые выделены тремя отдельными пунктами требований. С другой стороны, критика такого подхода основывается на том факте, что такие требования носят взаимоисключающий характер. Так, в случае, признания недействительными торгов, такое признание ведет и к признанию недействительным Протокола внесудебных торгов, что в свою очередь подразумевает и приведение сторон в первоначальное положение. Сторонники такой логики считают, что в таком случае, арбитражный сбор должен уплачиваться из цены 1 искового требования – признание недействительным торгов. В тоже время, такой подход не точен, потому что вне зависимости от того, что удовлетворение одного требования ведет к бессмысленности последующих, цена иска должна рассчитываться суммированием каждого требования отдельно, даже если требования различаются по форме выражения, но дублируют друг друга по сути. Иначе, можно будет говорить о том, что производится процесс оценки искового заявления вне третейского разбирательства на основании разграничения исковых требований по категориям их исполнимости. Исполнимость отдельно взятого искового требования или исковых требований в целом, не может оказывать влияние на определение цены иска и оплату арбитражного сбора.

Можно задать такой вопрос - что может просить в исковом заявлении истец? По сути, истец может просить в исковом заявлении все, что угодно³³. Более того, расчет арбитражного сбора должен производиться посредством включения в сумму цены

³³ При условии соблюдения требований подсудности, установленных пунктами 2.3 и 2.4 статьи 2 Регламента.

искового заявления даже такого требования, которое явным образом противоречит действующему законодательству. Другое дело, что не любое требование будет удовлетворено, в том числе и на основании несоответствия законодательству. Однако при этом, факт нарушения законодательства устанавливается именно решением третейского суда, которое и подразумевает оплату арбитражного сбора. К тому же, меняется ли характер и объем работы административного аппарата от того, что требование истца не законны? Нет. Уменьшается ли обязанность арбитра по исследованию представленных материалов дела истцом, если ни одно заявленное исковое требование не будет в конечном итоге удовлетворено? Тоже нет. Не следует делать привязки между количеством исковых требований и возможностью их исполнения. Потому что, фактически, арбитражный сбор, это сбор, который покрывает последовательно несколько статей расходов, которые возникают с начала регистрации искового заявления, до вынесения решения. Так, арбитражный сбор, включает такие расходы, как общие затраты третейского института, связанные с организацией и проведения устного слушания, а так же гонорар арбитра. При этом, объем работы, которую проделывает и третейский суд и состав арбитража, не зависит от таких моментов, как насколько верно Истец выразил исковые требования, насколько «реальна» требовательная часть искового заявления, возможна ли фактическая реализация вынесенного решения, насколько заявленные требования соответствуют законодательству.

Если говорить про цену искового заявления и оплате арбитражного сбора, то невозможно не затронуть такую тему как уменьшение и увеличение искового заявления. Пункт 4.6 статьи 4 Положения об арбитражных расходах и сборах устанавливает, что в случае уменьшения истцом размера исковых требований в процессе третейского разбирательства, сумма арбитражного сбора не пересчитывается и не уменьшается. То есть, на любой стадии третейского разбирательства уменьшение цены иска не оказывает никакого влияния на размер арбитражного сбора.

Но рассмотрим случай, когда в МТС ТПП поступило исковое заявление физического лица к другому физическому лицу о взыскании задолженности по договору займа. Истец определил цену

иска в соответствии с пунктом 21.1 статьи 21 Регламента – истребуемой суммой задолженности. При подаче искового заявления истцом оплачен только регистрационный сбор. После принятия искового заявления к производству, но до формирования состава арбитража, ответчик сделал существенное погашение задолженности, в результате чего истец подал ходатайство об уточнении исковых требований, в котором заявил об уменьшении цены искового заявления, при этом, сумма иска уменьшается значительно. Согласно, пункту 27.1 статьи 27 Регламента, в течение трех дней с даты формирования состава арбитража, истец обязан уплатить арбитражный сбор. Возникает вопрос, какая цена искового заявления должны браться за основу для расчета арбитражного сбора? Статья 23 Регламента предусматривает, что истец может при подаче искового заявления оплатить только регистрационный сбор и в течение трех дней с даты формирования состава арбитража, истец обязан произвести доплату арбитражного сбора. Размер регистрационного сбора вопросов не создает, так как регистрационный сбор вне зависимости от уменьшения суммы иска, является фиксированным по шкале установленной пунктом 2.1 статьи 2 Положения об арбитражных расходах и сборах. Однако доплата арбитражного сбора, а вернее ее размер, напрямую зависит от суммы всего арбитражного сбора, который был рассчитан до подачи иска за вычетом уплаченного при подаче искового заявления регистрационного сбора. Так как ходатайство об уточнении искового заявления подано истцом не только до начала устных слушаний, но даже до формирования состава арбитража, может ли он рассчитывать на то, что доплата арбитражного сбора будет производиться исходя из расчета арбитражного сбора, сделанного на основании ходатайства об изменении исковых требований?

Пункт 4.6 статьи 4 Положения об арбитражных расходах и сборах, устанавливает, что в случае уменьшения истцом размера исковых требований *в процессе третейского разбирательства*, сумма арбитражного сбора не пересчитывается и не уменьшается. Нельзя не обратить внимания на то, что данный пункт ставит условие, что сумма арбитражного сбора не пересчитывается и не уменьшается если истец уменьшает размер исковых

требований на конкретной процессуальной стадии, а именно в процессе третейского разбирательства. На первый взгляд, очевидно, что, так как истец уменьшил сумму иска до формирования состава, а соответственно и до процесса третейского разбирательства, то и арбитражный сбор должен быть пересчитан исходя из новой суммы искового требования. Насколько такой подход является верным?

Ключевым моментом в данном примере является то, что данное ходатайство, является, по сути, не техническим элементом, а является важным вопросом процессуального характера. То есть, рассматривать ходатайство административный аппарат МТС ТПП не может, так как это исключительная прерогатива состава арбитража. Соответственно, решение относительно перерасчета арбитражного сбора исходя из новой цены иска, возможно, только после того, как данное заявление будет рассмотрено арбитром во время третейского разбирательства и арбитром будет вынесен соответствующий процессуальный документ о принятии или отказе в удовлетворении данного ходатайства. Однако, в этом случае арбитр будет руководствоваться императивом установленным пунктом 4.6 статьи 4 положения об арбитражных расходах и сборах МТС ТПП, что в случае уменьшения истцом размера исковых требований в процессе третейского разбирательства, сумма арбитражного сбора не пересчитывается и не уменьшается.

Так же, в рамках рассматриваемой темы, невозможно не обратить внимание на пункт 6.1 статьи 6 Положения об арбитражных расходах сбора относительно издержек сторон. Данный пункт устанавливает, что если стороны не договорились об ином, арбитражный сбор возлагается на сторону, против которой состоялось решения арбитража. При этом, так как зачастую валютой оспариваемого договора является доллар США, то истец вправе просить арбитров взыскать в национальной валюте Кыргызской Республики – сомах, не только сумму общей задолженности, но и уплаченный регистрационный и арбитражный сборы. Пункт 3.1 статьи 3 Положения, устанавливает, что арбитражный сбор исчисляется в долларах США по курсу Национального Банка Кыргызской Республики на дату внесения арбитражного сбора. При

этом, пункт 3.6 позволяет уплачивать арбитражный сбор, как в сомах, так и в долларах США.

Так, в МТС ТПП обратился гражданин Э.М. с иском к гражданину Т.К. о взыскании задолженности. Регистрационный сбор в размере 570 долларов оплачен в долларах США 04 октября. Доплата арбитражного сбора в размере 575 долларов произведена 07 октября: 500 долларов США – в долларах США, 75 долларов США – в сомах по курсу НБКР на день оплаты. В исковом заявлении, истец просит сумму арбитражного и регистрационного сборов взыскать в национальной валюте Кыргызской Республики по курсу на день вынесения решения. В случае удовлетворения исковых требований истца, каким образом арбитр должен производить расчет суммы взыскания уплаченного арбитражного сбора?

На сегодняшний день существует 3 точки зрения для ответа на данный вопрос. Согласно первой, арбитражный сбор, уплаченный в долларах США, взыскивается по курсу НБКР на 04 и 07 октября, а сбор, уплаченный в сомах остается без изменения. Вторая точка зрения основывается на том, что арбитражный сбор, оплаченный в долларах США, взыскивается по курсу НБКР на день вынесения решения, а сумма, оплаченная в национальной валюте Кыргызской Республики не пересчитывается. Наконец, третий подход предполагает взыскание всей суммы уплаченного арбитражного сбора по курсу НБКР на день вынесения решения.

Последний вариант, видится наиболее верным и правильным. Во первых, необходимо определиться, подлежит ли удовлетворению требование истца о взыскании суммы арбитражного сбора в сомах по курсу на день вынесения решения. Если арбитр удовлетворяет все требования истца в полном объеме, то соответственно, и требование о взыскании арбитражного сбора по курсу НБКР удовлетворяется тоже в полном объеме. Тогда, первый вариант расчета не представляется возможным к применению априори. Второй вариант расчета является ошибочным из-за не совсем верного толкования принципа применения курса валют изложенного в статье 3 Положения. Пункт 3.1 устанавливает расчет арбитражного сбора в долларах США, что позволяет говорить о том, что курсовая разница применяется только для определения

цены иска, если она выражена в сомах. То есть, курсовая разница не влияет на арбитражный сбор сам по себе, который рассчитывается только в одной валюте (доллар США) и цену иска, если она выражена в долларах США. Таким образом, истец оплачивает фиксированную сумму арбитражного сбора в долларах США, которая должна быть возмещена в полном объеме именно в долларах США, вне зависимости от курса НБКР на день внесения оплаты в кассу МТС ТПП или день вынесения решения. Иначе говоря, если истец оплатил арбитражный сбор в размере 1 145 долларов США, то эта сумма и должна быть возмещена при вынесении решения в пользу истца, не зависимо от того, в какой валюте была данная сумма внесена в кассу и по какому курсу.

Если удовлетворять требование о взыскании арбитражного сбора по тому курсу по которому производилась оплата, то по сути требование истца удовлетворяется не в полном объеме, взыскивается арбитражный сбор не в размере 1 145 долларов США, а другая величина, в зависимости от разницы курсов на день оплаты и день вынесения решения. Если же арбитражный сбор взыскивается с ответчика по курсу на день вынесения решения в той части, которая оплачена в долларах, а в части оплаченной в сомах взыскивается в таком же размере в сомах какой и был оплачен, то, по сути истец возмещает расходы по оплате арбитражного сбора оплаченные в долларах в полном размере, а вот оплата произведенная в сомах будет взыскиваться не полном размере при уменьшении курса доллара по отношению к сому за время рассмотрения иска. А в случае увеличения курса доллара к моменту вынесения решения, то тогда, можно уже будет говорить о получении прибыли истцом из за курсовой разницы, которая, как и любая прибыль подлежит обложению налогом на прибыль.

**MEDIATION AND ACCESS TO JUSTICE.
THE ROMANIAN EXPERIENCE³⁴**

*”Traditional litigation is a mistake that must be corrected...
For some disputes trials will be the only means, but for many claims
trials by adversarial contest must in time go the way of the ancient
trial by battle and blood. Our system is too costly, too painful, too
destructive, too inefficient for really civilized people”*

Chief Justice Warren E. Burger, (Ret.) US Supreme Court³⁵

The Ministry of Justice stated³⁶ in 2005 in the Recitals that accompanied the draft law on mediation that the diversification of social and economic relations in the society that is increasingly more complicated, the economic transformations, development of new sectors and increase in the complexity of daily life avail more and more new types of conflicts. Moreover, in its motivation, the Ministry of Justice added that entrusting the conflicts to the justice bodies for resolution based on the concept of winner and loser is the classical resolution of conflict, which no longer represents the most appropriate solution, able to respond to the social and economic context. Thus, mediation was represented at that time (2005) as an appropriate response in a difficult context, a response able to also contribute to relieving the courts of law of many causes. The same source³⁷ confirmed that adopting³⁸ the

³⁴ This is a summary of the constitutional law PhD paper called ”Mediation and Access to Justice”, Craiova University, Faculty of Law, developed by Constantin-Adi Gavrilă under the coordination of professor Dan-Claudiu Dănișor.

³⁵ ”Pound Conference” address, St Paul, MN, SUA, April 1976

³⁶ Ministerul Justiției, ”Expunerea de motive a proiectului de lege privind medierea și organizarea profesiei de mediator” (Ministerul Justiției, 2005).

Ministry of Justice ”Exposure of reasons for the draft on mediation and organisation of the mediator profession” (Ministry of Justice, 2005)

³⁷ Ibid.

³⁸ Parlamentul României, Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, vol. Monitorul Oficial nr.441/22.05.2006, 2006.

The Parliament of Romania, Law no. 192/2006 on the mediation and organisation of the mediator profession, vol. The Official Journal no. 441/22.05.2006, 2006.

draft law ³⁹ was an objective aimed by the *Legislative Programme of the Government of Romania between 2005 and 2008*, also noted as such in the *Action plan for the implementation of the Strategy to reform the judicial system 2005 – 2007*, following “to provide a viable regulation of mediation, as alternative means to solve the conflicts, classifying into the assembly of actions that would contribute to increasing the quality of the justice act by unburdening the courts of many cases”.

We understand that the objective pursued by adopting this law was **to relieve the courts of law in order to increase the quality of the judicial process.**

We consider that the moment of setting this goal was closely related to the obligations assumed by our country in the process of EU integration. Furthermore, *the Action Plan for the Implementation of the Strategy of the Reform of the Judicial System 2005-2007* has also been adopted as a result of the need to rally to the conditions required by the process of EU integration of Romania. The EU integration of Romania took place on January 1st, 2007. This date was proposed at the summit in Thessaloniki in 2003 and confirmed in Brussels on June 18th, 2004. The country report on Romania’s progress in October 2004 also affirmed the date of January 1st 2007 as a date of accession for Romania and Bulgaria. The two countries signed the Accession Treaty on April 25th, 2005 at Neumünster Abbey in Luxemburg⁴⁰. Therefore, the process of adopting the mediation as a way of using the methods of alternative resolution of litigations in Romania can be viewed from a broader perspective, starting from the actual need of improving the quality of the judicial process and continuing with the formal structure of the accession of our country to the European Union.

Thus, we appreciate that the interest for adopting the mediation was a real and major one, being manifested both at the executive level of the Government by the legislative initiative of the Ministry of Justice and at that of the Parliament of Romania. Here, in the light of the aforementioned, following the adoption of the draft bill, the process to

³⁹ Ministerul Justiției, “Proiectul de Lege Privind Mediarea Și Organizarea Profesiei de Mediator,” 2005. Ministry of Justice, “The draft on Mediation and Organisation of the Mediator Profession”, 2005

⁴⁰ “Integrarea României în Uniunea Europeană,” Wikipedia, April 29, 2014, <https://ro.wikipedia.org/>. “Romania’s Integration in the European Union”

regulate the mediation has known until today eleven acts for amending⁴¹ Law no. 192/2006, express provisions⁴² in the procedural codes and other acts of normative feature⁴³.

In order to practically implement the mediation activity in our country, several legislative models have been tested by a significant number of changes⁴⁴ in the mediation law. One of these changes, Decision no. 266/7 May 2014 of the Constitutional Court of Romania amended the legislative model by arguments of breaching the access to justice, based on previously referring to the mediator (*Art. 2 Par. (1) and (1²) of Law no. 192/2006 on the mediation and organisation of the mediator profession on the date of the Decision*) in order to obtain information on the benefits of using the mediation, prior to introducing the summons under the sanction applicable to the plaintiff to reject the summons for inadmissibility.

Thus, **the legislative debate on how the voluntary nature of mediation influences the right of access to justice**, debate that has not been settled in our country or abroad, even if many theories and opinions have been formulated⁴⁵ by legal practitioners, researchers,

⁴¹ Law no.370/2009, Government Ordinance no.13/2010, Legea nr.202/2010, Legea nr.76/2012, Legea nr.115/2012, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 90/2012, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 4/2013, Legea nr. 214/2013, Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 80/2013, Legea nr. 255/2013, the Decision of the Constitutional Court no. 266/2014, the Decision of the Constitutional Court no. 713/2014

Law no.370/2009, the Government Ordinance no.13/2010, Law no.202/2010, Law no.76/2012, Law no.115/2012, Government Emergency Ordinance no.90/2012, Government Emergency Ordinance no.4/2013, Law no.214/2013, Government Emergency Ordinance no.80/2013, Law no.255/2013, the Decision of the Constitutional Court no.266/2014, the Decision of the Constitutional Court no. 713/2014

⁴² E.g. Art. 21 alin.(1), Art.227 alin.(2)-(4), Art.441, Art.916 din Parlamentul României, Legea 287/2009 Privind Codul Civil. Text ÎnVigoare Începând Cu Data de 19 Octombrie 2014, 2009.

E.g. Art. 21 Par. (2), Art. 227 par. (2)-(4), Art. 441, Art. 916 of the Parliament of Romania, Law 287/2009 on the Civil Code.Text applicable as of October 19th, 2014, 2009.

⁴³ E.g. Art.11 alin.(1) din Guvernul României, Ordonanța de Urgență Nr. 80/26 Iunie 2013 Privind Taxele Judiciare de Timbru, vol. Monitorul Oficial nr. 392/29.06.2013, 2013.

E.g. Art.11 Par.(1) of the Government of Romania, Emergency Ordinance no.80/26 June 2013 on Judiciary Stamp Taxes, vol.The Official Journal no. 392/29.06.2013, 2013.

⁴⁴ Idem 5.

⁴⁵ Prof Giuseppe De Palo, Leonardo D'Urso, Prof Mary Trevor, Bryan Branon, Romina Canessa, Beverly Cawyer, Reagan Florence, "‘REBOOTING’ THE MEDIATION DIRECTIVE: ASSESSING THE LIMITED IMPACT OF ITS IMPLEMENTATION AND PROPOSING MEASURES TO INCREASE THE NUMBER OF MEDIATIONS IN THE EU," Study (Bruxelles: European Parliament, DIRECTORATE GENERAL FOR

mediators, professors, experts in drafting laws and others.

This paper aims to analyse **how the right for access to justice is influenced by the alternative methods to settle the disputes in general and by the institution of mediation, in particular**. This analysis is an element of novelty in the research activity in our country and not only.

In the context where conflict is a growing *industry*, an increasingly more obvious characteristic of the society being in fact primarily promoted by the mass-media, the efficient implementation of alternative methods of settling the disputes and mediation in higher quality and more efficient justice is an essential objective. Through this paper, we aim to contribute in reaching this objective, analysing both sides of the various legislative models, both that by which **mediation stimulates or supports the access to justice** and that by which **mediation prevents or violates the access to justice**.

Addressing the research topic “Mediation and Access to Justice” was fed by the practical professional activity in the field of mediation, which interferes with concepts such as equity, justice and fairness, calling into question very old paradigms, such as that according to which, in justice, one party wins and the other one loses. The interest for concepts such as alternative methods to settle the disputes, social transformation, social or popular justice was not unimportant either⁴⁶, according to which the failure of a negotiation should not necessarily mean the beginning of a dispute, the parties being able to preserve their control over the procedures used, keeping the level of costs at the lowest possible level. The paper challenges the reader to consider the answer to questions such as: What are the factors that influence justice?, What are the prerequisites of an efficient justice?, How did the concept of justice change over time?, What are the limitations and current challenges of justice”, What is mediation actually?, What is

INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS’ RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS, 2014); Giuseppe De Palo and Mary B. Trevor, eds., *EU Mediation Law and Practice* (Oxford University Press, 2012); Manon A. Schonewille and Fred Schonewille, eds., *The Variegated Landscape of Mediation* (eleven international publishing, 2014); David Richbell, *How to Master Commercial Mediation*, Pap/DVD edition (London: Bloomsbury Professional, 2014).

⁴⁶ Sally Engle Merry, Neal A. Milner, *The Possibility of Popular Justice: : A Case Study of Community Mediation in the United States* (University of Michigan Press, 1995).

mandatory mediation”, How can mediation facilitate the access to justice?, How can mediation become a barrier to access to justice?, Is the access to justice free today?, Is there any difference between justice and courts of law?, What is the continuum of settling the litigations and what is the place of the judicial process in continuum?

Essentially, taking into account the current multicultural social dynamics as context of the occurrence of alternative methods to settle disputes and litigations, we consider that justice changes accordingly, which makes it not only useful, but also useful to resume the discussion about the meanings and fundamentals of justice.

The Constitutional Court of Romania⁴⁷ noted in 1994 that “the free access to justice involves the access to procedural means by which justice is done”. It is a question whether the private procedural means outside the courtroom are still part of justice. Jack B. Weinstein said that ⁴⁸ “*over the last quarter century, many have shown a need to develop the approaches of settling the disputes, which would avoid the traditional process. A number of concerns underlie the efforts to privatise the alternative methods of settling disputes: (1) anxiety over the so-called “explosion of judicial processes” which, as some say, suffocate the courts; (2) the general sense that regardless of the large number of lawyers and laws, most citizens and most companies are left outside the system and cannot benefit from aid at a reasonable cost when and how it is necessary; and (4) the proliferation of new types of processes (...). In some areas, with the approval and encouragement of governments and other regulatory bodies, judicial affairs are encouraged to leave the courts for alternative forums. This privatisation of settling the disputes should be taken into account in the context of our fundamental public commitment to make substantive justice under equal conditions for all people. We must not close the courts to those*

⁴⁷ Curtea Constituțională României, “Decizia Plenului Curții Constituționale Nr.1/1994 Privind Liberul Acces La Justiție Al Persoanelor În Apărarea Drepturilor, Libertăților Și Intereselor Lor Legitime” (Monitorul Oficial al României nr. 69, March 16, 1994).

The Constitutional Court of Romania, “the Decision of the Constitutional Court Plenum no. 1/1994 on Free Access to Courts for Individuals in order to Defend their Rights, Freedoms and Legitimate Interests”

⁴⁸ Jack B. Weinstein, “Some Benefits and Risks of Privatization of Justice Through ADR,” Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1996.

who need the protection of the court. More and better administered justice is what the supporters of old and new forms should seek.

Bringing together all aforementioned concepts, we conclude that, starting from the challenges state justice encounters in the current multicultural social context, the alternative methods to settle the disputes (ADR) have emerged as a possible solution whose implementation in legislation shall raise constitutionality issues until the identification of the *disageand ideal way of application*.

The key word is *change*, which automatically creates resistance, especially taking into account the policy of implementing the mediation procedure *by attempt*, which I have found so far in the legislation of our country.

The paper has a logical structure, subordinated to the goal pursued, which begins with the motivation of choosing the topic and formulating the fundamental questions in the first chapter.

The paper “Mediation and Access to Justice” had a double purpose. On the one hand, I aimed at overlapping the right of access to justice with the legislation on the mediation activity in order to identify the space where the access to justice is violated and to identify the legislative models which facilitate and which hamper the access to justice. On the other hand, starting from the situation created in the mediation legislation in our country through the Decision no. 266/2014 of the Constitutional Court of Romania, I also aimed to identify some solutions that would set the legal framework in agreement with the provisions of the decision and provide a plus of functionality to the mediation activity.

After identifying the problem and the research framework in the first chapter, the first chapter provides the anatomy of the mediation industry, aiming to reflect the substance thereof, which is absolutely necessary in order to understand how it interferes with the access to justice, which is the legal perspective of the study.

In terms of its essence, mediation is a process of amicable settlement in which two or more parties try to build a sustainable agreement with a third trustworthy neutral party without the power of making decisions – the mediator. In their activity, the mediator uses communication and negotiation techniques, communicating with the parties in joint and separate meetings to structure the discussions around their

points of common interest. Based on the common interest, the mediator helps the parties to gain a better, wider and more objective perspective on the situation, a perspective that allows them to generate new ideas of settlement, which would satisfy their interests mutually enough to consider that the situation is clarified.

Regarding the interference with the access to justice, I identified the principle of self-determination of the participants to mediation, according to which they have the freedom to make decisions on the form and content of the discussion during the mediation, with direct applicability on the voluntary nature of mediation, which I have presented also as a principle, motivated by its very high importance.

The voluntary nature of mediation can be defined as the freedom to access information on the mediation, to initiate it, to participate in the whole mediation procedure or to conclude an agreement with the other party in the mediation process. An element of novelty this paper brings is that it presents the voluntary nature of mediation by levels, depending on the perspective we relate to, concluding that all four perspectives, information, initiation, participation and resolution refer to the voluntary nature of mediation.

By analysing the access to justice in the next chapter both as a constitutional principle and as a fundamental right, I concluded that it has no absolute nature and may have limitations in the conditions where these limitations have a legitimate purpose and the means used to regulate them are proportional to the goal pursued. On this occasion, I have also concluded that the legislation of mediation could include elements of compulsoriness regarding the use of mediation under the conditions where the purpose would be legitimate and the means used would be proportional to the goal pursued.

Setting the theoretical bases of this paper, I have considered it is necessary for the achievement of objectives we aim at to do an analysis of the framework of mediation in other countries, including in countries outside the European Union, in order to identify the ways in which mediation is defined, the degree of compulsoriness it has from one country to another and the possible ways of sanctioning the non-fulfilment of these obligations, the legal stimulants created to attract the use of mediation and not least the way in which we could see all this information in order to create a model that could be used in this

matter, including in order to conclude this paper. This 3D analysis grid that uses the compulsoriness, the sanction and stimulant was taken from the European legislation on mediation.^{fn}

The conclusion of the compared study is that the ways to regulate the mediation process include very high differences from one country to another, differences that arise even in countries with similar legal systems, such as the United States of America or Great Britain. I have also concluded that in order to understand these differences, on the one hand, the opinion of other specialists is necessary and the identification of the way in which the cultural component interferes in this context, the example we started from being that a democracy of hundreds of years assimilates differently compared to a younger one, which can be defined as a legislative formalism.

In the next chapter, I presented the results of the study done by disseminating a questionnaire with approximately 80 specialists, whose opinions were almost unanimously pointed towards the need for legislative stimulants and to prioritising them in relation to any obligations and sanctions. Moreover, this perspective is very important for the solution we shall suggest in the next paragraph.

Before summarising all information in a model, acknowledging that the *environment* or *the local context* have a very important role in the protection of the access to justice through the functional models of legislative regulation of mediation, I analysed the cultural model of Geert Hofstede, which, in our opinion, can be applied in this case, concluding in the sense that the access to justice is even more protected as stimulating actions are rather used (“pull”) compared to the coercive ones (“push”), which induce risks of unsustainable implementation.

In the next chapter, I identified five models of regulating the mediation in terms of the compulsoriness degree introduced and established that the areas of breaching the access to justice are delimited either by the actual negation thereof as a result of introducing new coercive elements that indirectly lead the parties towards resolution, or by sanctions that are too harsh, too disproportionate with the goal pursued initially.

The process of identification was based on the following factors: (a) the voluntary nature of mediation can be respected as long as the

parties are not too bound to conclude a contract; (b) the quality of the mediation services and professional training of mediators are fundamental values; (c) the legislation on mediation may include legal obligations regarding the use of mediation if the means used are proportional to the goal pursued; (d) the degree of compulsoriness related to the perspectives of the mediation procedure is important in order to identify the models for regulating the mediation; (e) the relation between sanctions and stimulants, in its optima proportion to the cultural context is also important to identify the models for regulating the mediation; (f) the solution is not punctual, but it is rather found in a space wherein several solutions could be expressed, similar in the way that they do not violate the access to justice and different through the practical ability and cultural acceptance; (g) the introduction of mechanisms that the judge would apply as a result of “human” filtering is a factor of great importance; models that would not “block” the procedural activity are preferred; (h) it is necessary to continue the research activity.

Thus, I have identified the following models: “The purely voluntary nature (Model A), “The parties’ option to initiate the mediation” (Model B), “The parties’ option to withdraw by mediation” (Model C), “Complete coverage of the mediation procedure” (Model D) and “Indirect mandatory settlement” (Model E). Of these, the purely voluntary model that does not include any obligation to use the mediation or a correlative sanction fully meets the right of access to justice, while the model based on indirect mandatory settlement violates the access to justice. In our conclusion, model A fully protects the right of access to justice, a right that can be observed also by using the models B, C and D.

Moreover, taking into account the cultural specifics, I concluded on the functionality of mediation that the area delimited by models A, B, C and D creates a new model, which can be called the pragmatic model, which has the ability to adapt to the cultural dimensions for choosing the most appropriate solutions, both in terms of protecting the access to justice and of their actual functionality.

At the end of chapter six, I analysed the legislative sanctions and stimulants in terms of the relation to the access to justice and in that

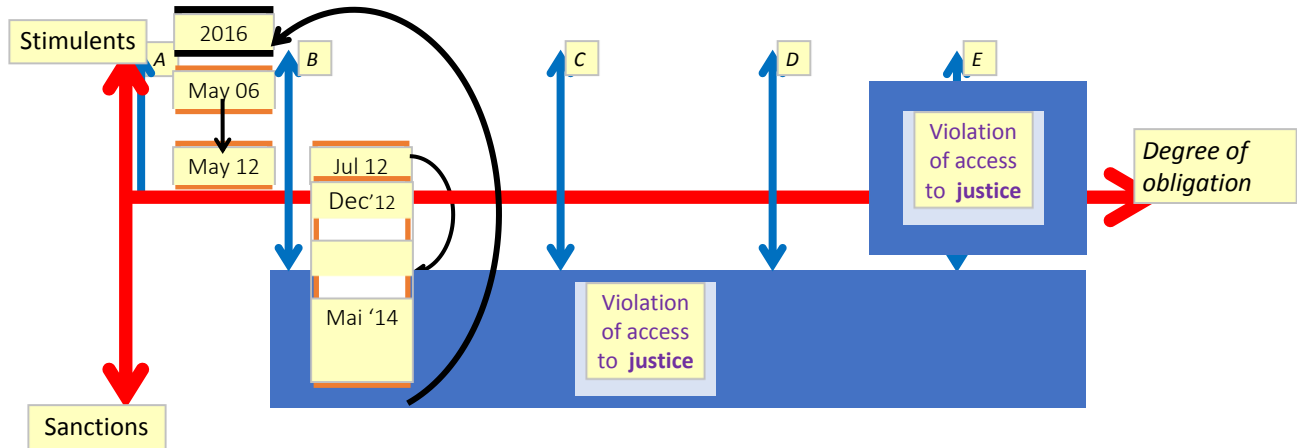
of their applicability in our country, concluding that most stimulants could be also taken in the legislation of our country.

Relating to the situation created by the Decision no. 266/2014 of the Constitutional Court of Romania⁴⁹ which declared the model of mandatory sessions of information on the benefits of mediation to be unconstitutional with the sanction of inadmissibility of the summons for plaintiff's failure to meet this obligation, I have formulated and explained in the thesis the following proposal also described in the figure below.

⁴⁹ Curtea Constituțională a României, DECIZIE Nr. 266 din 7 mai 2014 referitoare la excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 200 din Codul de procedură civilă, precum și celor ale art. 2 alin. (1) și (1²) și art. 60¹ din Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, 2014, sec. Curtea Constituțională a României.
The Constitutional Court of Romania, DECISION no. 266 of May 7th, 2014 on the Unconstitutionality Exception of Provisions of Art. 200 of the Civil Procedure Code, as well as those of Art. 2 Par. (1) and (1²) and Art. 60¹ of Law no. 192/2006 on the Mediation and Organisation of the Mediator Profession, 2014, sec. The Constitutional Court of Romania.

Figure 1 - A possible solution of repositioning the legal framework of mediation in order to ensure the access to justice and functionality of the mediation activity

1. Voluntary Model



Taking into account the major damages of image the mediation activity registered after the Decision no. 266/2014 of the Constitutional Court, it is required to rehabilitate it by **moving towards the area of the voluntary model**⁵⁰(A, B, C or D above).

⁵⁰ Even is some reasonable efforts to mediation are required (see Italy)

2. Right to Information

Taking into account the lack of authentic motivation for using the mediation that comes from the lack of trust, respect and acceptance of it, it is required to create the legal mechanisms to provide the general public with information on using the mediation and with the way of contacting the providers of mediation services.⁵¹

3. Right to a Quality Service

Taking into account the direct impact that the practice of mediation has on the fundamental value determining authentic motivation for using mediation, respectively understanding, respecting and accepting the mediation, it is required to create legal mechanisms that are efficient for controlling the quality in terms on providing competent mediation services.⁵²

4. Right to Legal Stimulants

Taking into account the need to improve the quality of justice, it is required to introduce legal stimulants for using mediation in relation to the judicial system, as follows:

- a. Full return on the stamp duty paid to vesting the court in the case where the parties reach an agreement;
- b. Reduction of stamp duties in the case where the parties have tried to initiate the mediation process in good faith;
- c. Deduction of the mediator's fee, within certain limits, from the stamp duty paid to vest the court;
- d. The introduction of a system of mediation centres attached to courts that could provide mediation services within a system and under the quality conditions agreed by the Mediation Centre and Ministry of Justice, a system that would allow the

⁵¹ Parlamentul European, DIRECTIVA 2008/52/CE a Parlamentului European Şi a Consiliului Din 21 Mai 2008 Privind Anumite Aspecte Ale Medierii În Materie Civilă Şi Comercială, 2008, Article 9

The European Parliament, DIRECTIVE 2008/52/CE of the European Parliament and Council of May 21st, 2008 on certain Aspects of Mediation on Civil and Commercial Matters, 2008, Article 9.

⁵² Ibid.

authorised mediator to exercise their activity also in the private environment⁵³;

- e. The litigants proving they have tried to solve the case by way of mediation shall receive priority deadlines;
- f. Introducing the statutory obligation that lawyers would inform their clients on the use of mediation and estimate in writing the costs their clients shall incur throughout the judicial procedures, for a knowingly procedural choice (mediation or court);

5. Obligations, Sanctions and Procedure

- a. The introduction of the obligation that people “would make all efforts” for solving the cause by agreement before the initiation or during the judicial procedures and awarding the court expenses depending on how this obligation is met;
- b. Limitation of court costs of the party who has “unreasonable objections” on the recommendation of judicial bodies stipulated by the Romanian law⁵⁴, even though that party has recovery of judgement in subsequent judicial procedures, the judge following to assess on the reasonableness of the objections;

6. Policy of Solving the Cases Involving the State

Taking into account the role that the state plays in society, it is required to assume a policy in which the attempt to amiably settle the disputes involving the state would precede the initiation of judicial procedures.

We consider that the proposed solution meets the right of access to justice, taking into account it is not required to use the mediation in any of the four perspectives⁵⁵ but only to assume the diligences to

⁵³ See the ex officio lawyer who maintains their quality of freelancer

⁵⁴ Parlamentul României, Legea nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator. Art. 6” Organele judiciare și arbitrale, precum și alte autorități cu atribuții jurisdicționale informează partile asupra posibilității și a avantajelor folosirii procedurii medierii și le îndrumă să recurgă la această cale pentru soluționarea conflictelor dintre ele”.

Romanian Parliament, Law no. 192/2006 on mediation and the organisation of the mediator profession, Art. 6 “Judicial and arbitrary bodies as well as other authorities with jurisdictional competences inform the parties on the possibility and advantages of using the procedure of mediation and guides them to this way for settling the conflicts between them”.

⁵⁵ See the perspectives of the voluntary nature of mediation, respectively Information, Initiation, Participation and Resolution in the Chapter on mediation

amiably solve the cases. The litigants who made such diligences can also make reasonable objections at the recommendation of the court to use mediation.

The solution also provides the premises of more informed litigants, who would benefit from a competent mediation service, able to provide substantial and actual procedural stimulants, including that of observing the attitude of the state to favour the idea of amiable settlement. All these increase the chances for the parties to sit down at the mediation table and prevent the initiation of judicial procedures, freeing the loaded role of the courts, giving a plus of efficiency to spending the public money and ultimately facilitating the access to justice.

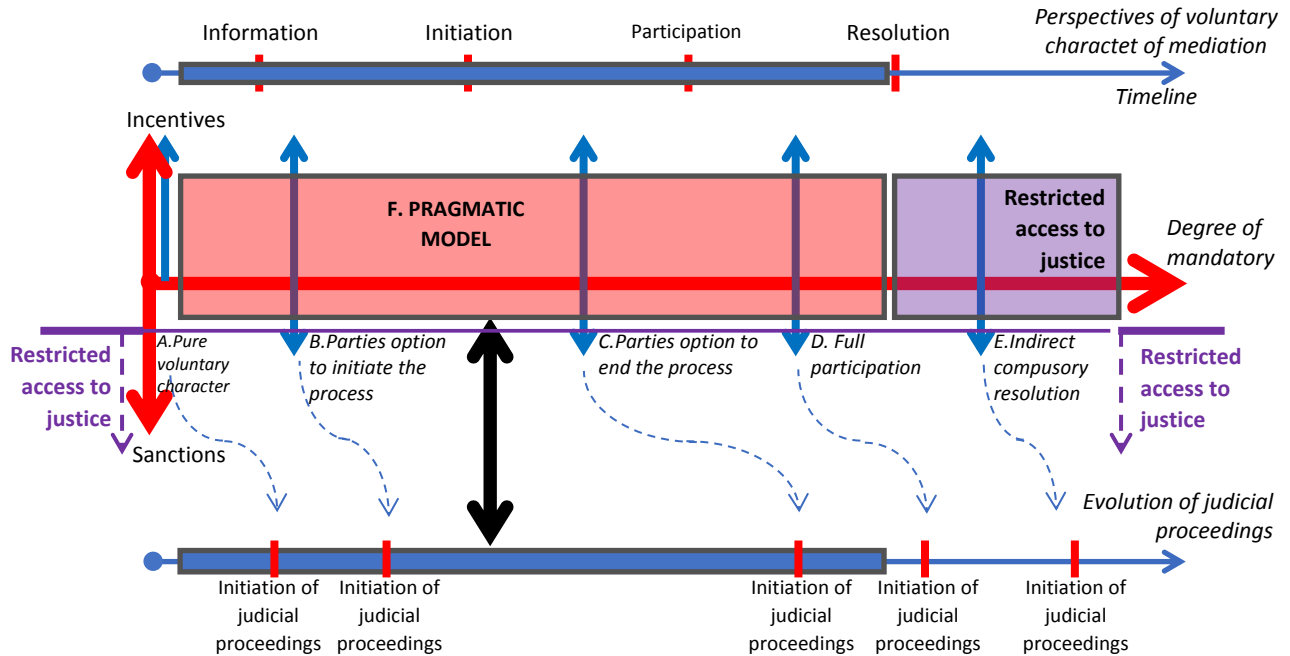
In our opinion, the solution also provides functionality, taking into account that it generates an artificial motivation through positive measures, which in conjunction with the right to information and the right to a quality service can have a regenerating impact of authentic motivation on the medium and long term.

Finally, we are left with the question whether the “nationalisation” of the concept of “justice”⁵⁶ is possible. Taking into account the fact that the access to justice means the free access to any procedural means by which justice can be done, and the negotiation and mediation seem to fit the profile, perhaps replacing the constitutional concept of “justice” with “state justice” and that of “access to justice” with “access to courts” could bring us closer to the answer.

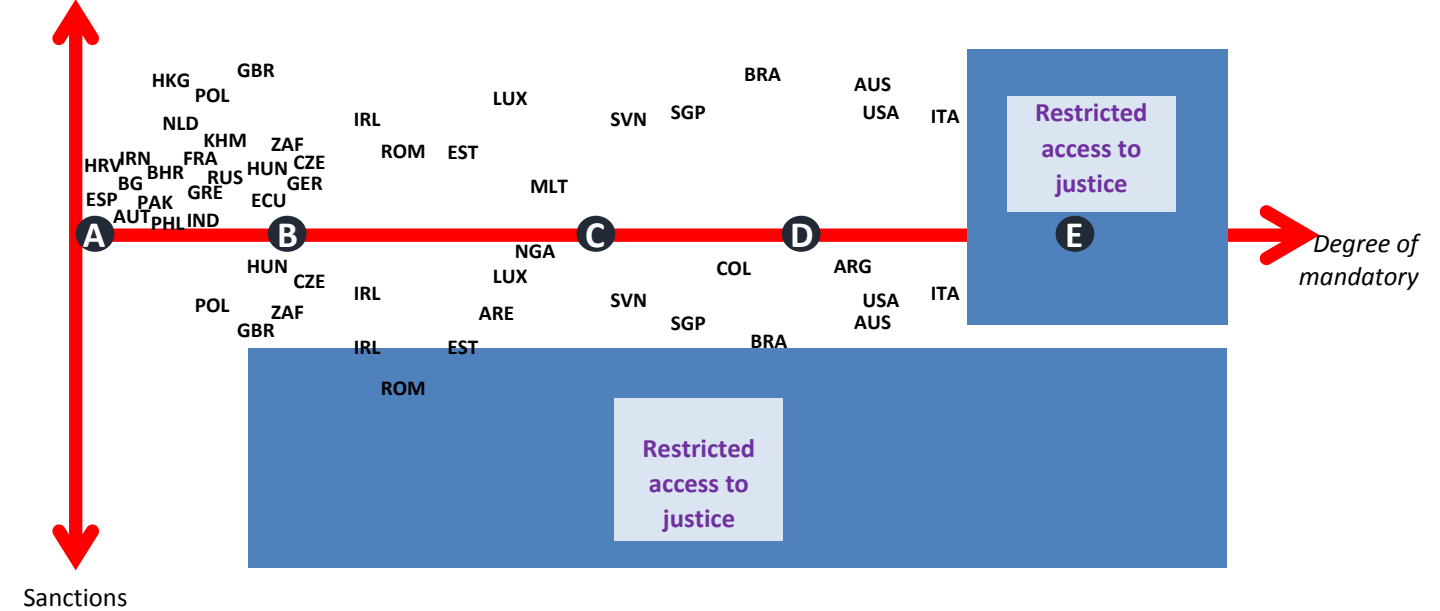
⁵⁶ Adunarea Constituentă, Constituția României republicată în Monitorul Oficial nr. 767 din 31.10.2003. Articolul 124

Constituent Assembly, the Romanian Constitution republished in the Official Journal no. 767 of 31.10.2003 Article 124

Annex 4 – The pragmatic model of legislative regulation of mediation activity
Annex 5 – Graphic presentation of the relation between the mediation legislation and access to justice in Romania and other countries



Incentives



ALTERNATIVE OR APPROPRIATE⁵⁷

Over three thousand years ago, Ramses II, the Egyptian pharaoh, and the Emperor Hattusilis III concluded the Kadesh Peace Treaty, one of the oldest peace treaties in history. The treaty ended the Egyptian Hittite war that lasted more than 80 years.

If we speak about treaties, inevitably we speak about negotiation and the Latin word *negotia* (business). If we examine treaties or contracts through the business eyes, we would discover that they have developed hand in hand with international trade relations which exist due to the variations in resource availability and comparative advantage for centuries. We would further notice that the first activities of international trade relations occurred within the Mediterranean Region. Thus, it is not surprising that contract law found its roots in Roman and Ancient Greek thought.

“If a man fails to fulfill an agreed contract - unless he had contracted to do something forbidden by law or decree, or gave his consent under some iniquitous pressure, or was involuntarily prevented from fulfilling his contract because of some unlooked-for accident - an action for such an unfulfilled agreement should be brought in the tribal courts, if the parties have not previously been able to reconcile their differences before arbitrators (their neighbors, that is).” Plato, *The Laws*

Similarly, trade relations with northern Europe influenced the English contract law particularly since the Magna Carta 1215 which has guaranteed merchants "safe and secure" exit and entry to England "for buying and selling by the ancient rights and customs, quit from all evil tolls." Ancient Greek and Roman thought also influenced the history of English contract law heavily.

While international trade has existed throughout history (Uttarapatha, Silk Road, Amber Road, scramble for Africa, Atlantic slave trade, salt roads, for example), its economic, social, and political importance has been on the rise in recent centuries. Through the late 17th and 18th centuries, Sir John Holt and Lord Mansfield actively

⁵⁷ I would like to thank Ms. Megan Casey, for her editing this paper.

incorporated the principles of international trade law and custom into English common laws as they saw it: principles of commercial certainty, good faith, fair dealing, and the enforceability of seriously intended promises. As Lord Mansfield held, “Mercantile law is not the law of a particular country but the law of all nations.”

Today, however, when we speak about mediation, of the dispute resolution methods and can be described as assisted negotiation, we discover that countries of lengthy histories of international trade, business, and contract law have only recently discovered mediation and adapted it to their legal system as the need arose. For such countries as European countries and Britain, mediation is a tool to resolve disputes cheap and fast in comparison to courts. Even the phrase “alternative dispute resolution” which includes negotiation, mediation, and new hybrid methods such as Med Arb means alternative to the existing, expensive, busy, lengthy court processes.

Another example of alternative or appropriate is the Ottoman Empire where its subjects did not consider trade a decent or respectful way of earning a living. Link England, Ottomans guaranteed merchants “safe and secure” exit and entry to Ottoman Empire but never value international trade as English did. Therefore, until the 1880s, only non-Muslims conducted international trade while Muslims became craftsmen or local merchants within a Lonca system which secured fair business for every Ottoman citizen. To be a craftsman meant to do what a human being was born to do, living in accordance with the reason of life and it was a way to be good and useful to the community.

In the 1880s, an order of the Sultan called Nazariye Traders granted permission to a limited number of merchants for international trade with strict rules. On the other hand, non-Muslim merchants were free of Sharia law and could conduct any trade they may choose unless they have a dispute with a Muslim. Both Muslims and non-Muslims in the Ottoman Empire used traditional mediation as a dispute resolution method within their communities. Thus, within these cultures such as Ottomans, mediation was a tool for peace in the community, being able to look face-to-face after a conflict and to keep relations sustainable.

As a result, in the Ottoman Empire, mediation has never been an alternative dispute resolution like in England but rather the dispute resolution itself for centuries. Today, when we say *more than 100 countries in the world use mediation as an alternative dispute resolution*, we mean that countries like the USA, the UK, European countries had the need for an alternative method. This need led to the discovery of mediation and its re-introduction to the world as if mediation is a new way of resolving disputes. A more honest explanation would be that every country uses mediation; either newly introduced to the legal system or traditionally for centuries!

Of course, we have many challenges to overcome.

Since David Ricardo explained the comparative advantage of trading with other nations, the modern world has become increasingly more economically integrated. International trade has expanded, and trade agreements have increased in complexity. This resulted in a global village with various legal systems leading to more complex international trade relations specially when resolving disputes.

Internationally speaking, arbitration, in comparison to mediation is more recognized due to the New York Convention which was adopted by a UN on June 10, 1958. Mediation, however, has been broadly discussed and taken into consideration by the help of two major steps: 1) The UNCITRAL which was established by the United Nations General Assembly through resolution 2205 of December 17, 1966. It plays a key role in developing a framework to pursue its mandate to further the progressive harmonization and modernization of international trade law by preparing and promoting the use and adoption of legislative and non-legislative instruments in several key areas of commercial law. 2) The EU Directive on mediation 2008/52/EC which is the guideline for cross-border civil and commercial disputes.

The challenge is, while many nations recognize arbitration as a dispute resolution method for international trade and commerce, what will be with mediation and how can we create a standard when it comes to mediators?

Above, I have been mentioning mediators and traditional mediators, yet the system of today already defined mediation as a court-annexed or court-referred, mandatory, opt-out or voluntary process with incentives, extra judicial, etc. Who is the mediator of mandatory

mediation or extra judicial mediator? What skills they must have or what kind of training they must complete? How about personality? When the mediator mediates between parties, would personality become a critical issue? Can we place a 48-hours trained lawyer-mediator atop a traditional mediator who had mediated over 100 diverse cases? Questions can be hundreds and here comes the importance of accreditation organizations. There are some organizations which are certifying mediators according to some criteria and there will be many others in parallel to the international developments and increasing use of mediation. There are GMN (Global Mediators & Negotiators), IMI (International Mediation Institute) and its QAPs, CIArb (Chartered Institute of Arbitrators), and some others locally, regionally, or internationally certifying mediators.

To compare mediation to the legal system, it is cheap and fast, yes. But what about its traditional use which supported harmony within the community? Do we want mediators to become notaries to stamp agreements, or do we want that through mediation, our global village merchants have an opportunity for sustainable relations? These questions introduce yet another challenge: In our century, when international trade became inevitably important and global, can we still refer to mediation as an “alternative dispute resolution,” or to we need to shift our minds as Professor Marco Turk stated to “appropriate dispute resolution”?

As a conclusion, this way or that way, international certification of mediators will increasingly become more important. But if we insist on standardization whether it be according to the new “modern” version of mediation, we shall neglect the wisdom of centuries of traditions. However, reintroductions of dispute resolution methods and especially mediation through UNCITRAL, UN Directive, or other treaties must not consider such methods as mediation only as a fast and cheap resolution for commercial disputes. We must remember that sustainable business is not possible without sustainable relations and peace within communities. In an increasingly polarized world, mediation can be a common language with different dialects to resolve disputes. This idea recognizes all versions of it with respect, emphasizes that we do not need mediation as an alternative. And that we need to

take each dispute as a unique one and apply what is appropriate to resolve.

THE NEW YORK CONVENTION: FUTURE CHALLENGES

When asked to discuss future challenges related to the New York Convention, I was immediately confronted with the fact that the word "challenge" represent sat least two meanings: The first relates to a difficulty or a problem. However, a second meaning of the word relates to "*a task or situation that tests someone's abilities*"—or in other words—an opportunity. Based on this dual understanding of the word, I decided to carve out a number of difficulties posed in relation to the future application of the New York Convention and thereafter identify potential opportunities.

I. Challenges posed to the New York Convention

Challenges for the New York Convention may arise from many areas, but this article focuses specifically on challenges emanating from shifting politics, increasing competition, and trending reform.

Shifting Politics

International arbitration has been hit by a wave of criticism over the past several years. This is particularly the case with regard to investment arbitration. Some astute observers within the arbitration community⁵⁹ identified one of the first ripples of criticism as beginning in 2010, when a group of 76 professors, lecturer sand fellows with different nationalities and academic backgrounds released a statement that substantially questioned investment arbitration's *status quo*.

⁵⁸ The views presented in this article are solely those of the author and do not represent the views of Allen & Overy LLP.

⁵⁹ For example, Charles Brower has previously mentioned the Osgoode Declaration; cf. Charles N. Brower and Sadie Blanchard, What's in a Meme? The Truth about Investor –State Arbitration: Why It Need Not, and Must Not, Be Repossessed by States, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 53 (2014), p. 698, 710, available at http://blogs2.law.columbia.edu/jtl/wp-content/uploads/sites/4/2014/10/52ColumJTransnatlL689_Whats-in-a-Meme.pdf. Gary Born also discussed it during his speech at the 33rd Annual Freshfields and Queen Mary University Arbitration Lecture, cf. Alison Ross, Born takes 'Game of Thrones' Message to Freshfields, *Global Arbitration Review*, 16 November 2018, available at <https://globalarbitrationreview.com/article/1177000/born-takes-%E2%80%9Cgame-of-thrones%E2%80%9D-message-to-freshfields>.

The statement, known as the Osgoode Declaration,⁶⁰ argued that investment arbitration leads to proceedings and awards tilted in favour of investors which in turn lead to the corrosion of democratic principles and a state's right to regulate. In response to changing social, economic, and environmental conditions, the authors of the Osgood Declaration demanded that States review their investment treaties with a view to withdrawing or renegotiating. They further recommended that States take steps to replace or curtail the use of investment treaty arbitration, e.g. by strengthening their domestic justice systems. Additionally, the authors called upon the international business community to refrain from promoting investment treaties and to use other means of international dispute resolution.

In 2012, the wave started to take shape when the *Philip Morris*⁶¹ and the *Vattenfall*⁶² cases were initiated. These cases subsequently garnered widespread media coverage as well as sharp criticism from the public, who were outraged that claims for billions of dollars could be raised against a State for taking measures concerning sensitive policy areas like tobacco and nuclear energy.⁶³ Incendiary comments by politicians and citizens groups continued to surface in the media, particularly in 2016, when CETA negotiations were wrapping up and

⁶⁰ Public Statement on the International Investment Regime, 31 August 2010, available at <https://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/>.

⁶¹ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12.

⁶² *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12.

⁶³ See e.g. *The Economist*, *The Arbitration Game*, 11 October 2014, available at <http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21623756-governments-are-souring-treaties-protect-foreign-investors-arbitration>; Petra Pinzler, Wolfgang Uchatius, & Kerstin Kohlenberg, *Schattenjustiz im Namen des Geldes*, *Die Zeit*, 10 March 2014 available at www.diezeit.de; Claire Provost and Matt Kennard, *The Obscure Legal System that Lets Corporations Sue Countries*, *The Guardian*, 10 June 2015, available at <https://www.theguardian.com/business/2015/jun/10/obscure-legal-system-lets-corporations-sue-states-ttip-icsid>; George Monbiot, *The TTIP Trade Deal Will Throw Equality Before the Law on the Corporate Bonfire*, *The Guardian* 13 January 2015, available at <https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/jan/13/ttip-trade-deal-transatlantic-trade-investment-treaty>.

TTIP negotiations were intensifying.⁶⁴ Likely due to the public outcry, the ISDS provisions of CETA were completely revamped.⁶⁵

But this was not the end. The wave continued to grow.

- Since 2015, the European Commission has been working to replace the investor state dispute settlement system presently included in investment treaties concluded with EU Member States with a system involving a permanent body, i.e. a multilateral investment court. Reference to the latter system has already been included in the EU's agreements with Canada, Singapore, Vietnam and Mexico,⁶⁶ although none of these treaties have yet entered into force. On 20 March 2018, the Council of the Europe authorised the Commission to negotiate, on behalf of the EU, a convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes.⁶⁷

⁶⁴ See e.g. Benn Quinn, TTIP Deal Poses 'Real and Serious Risk' to NHS, Says leading QC, *The Guardian*, 22 February 2016, available at <https://www.theguardian.com/business/2016/feb/22/ttip-deal-real-serious-risk-nhs-leading-qc>; Phillip Inman, MPs can view TTIP files –But Take Only Pencil and Paper With Them, *The Guardian*, 18 February 2016, available at <https://www.theguardian.com/business/2016/feb/18/mps-can-view-ttip-files-but-take-only-pencil-and-paper-with-them>; Heribert Prantl, TTIP und CETA – Wie Dick und Doof, *Süddeutsche Zeitung*, 30 August 2016, available at <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/freihandel-ttip-und-ceta-wie-dick-und-doof-1.3142211>; Peter Gauweiler, CETA ist eine Gefahr für die Demokratie, *Süddeutsche Zeitung*, 15 September 2016, available at <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/handelsabkommen-ceta-ist-eine-gefahr-fuer-die-demokratie-1.3161474>; Eva Joly, Fabio De Masi and Emmanuel Maurel, CETA – Ein schlechter Deal für Europa, *Zeit Online*, 14 October 2016, available at <https://www.zeit.de/wirtschaft/2016-10/ceta-freihandelsabkommen-kanada-eu-schiedsgerichte-ttip-verbraucherschutz>.

⁶⁵ *Zeit Online*, CETA – EU und Kanada Einigen Sich Bei Investorenschutz, 29 February 2016, available at <https://www.zeit.de/wirtschaft/2016-02/ceta-kanada-eu-einigung-investorenschutz>; *Handelsblatt*, Handelsabkommen CETA – EU und Kanada Fixieren Neuen Investitionsschutz, 29 February 2016, available at <https://www.handelsblatt.com/politik/international/handelsabkommen-ceta-eu-und-kanada-fixieren-neuen-investitionsschutz/13033948.html>; Axel Berger and Henning Klodt, CETA – Neue Verpackung, Alter Investorenschutz, *Zeit Online*, 11 March 2016, available at <https://www.zeit.de/wirtschaft/2016-03/ceta-investoren-investitionsschutz-reform-ttip-eu-kanada-usa>.

⁶⁶ European Commissioner for Trade Cecilia Malmström, A Multilateral Investment Court: A Contribution to the Conversation about Reform of Investment Dispute Settlement, Speech at the Belgian Ministry of Foreign Affairs on 22 November 2018, Transcript, p. 2, available at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/november/tradoc_157512.pdf.

⁶⁷ Press Release by the Council of the EU, 20 March 2018, available at <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/03/20/multilateral-investment-court-council-gives-mandate-to-the-commission-to-open-negotiations/pdf>.

- Investment arbitration became a heated discussion during the 2016 U.S. presidential election campaign.⁶⁸ This continued after Donald Trump was elected president. Since he was sworn in, his administration dropped out of the TPP,⁶⁹ paused TTIP negotiations,⁷⁰ and renegotiated NAFTA.⁷¹ If ratified, the new United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA) will significantly limit ISDS.⁷²

The arbitration community did not ignore this upheaval. In 2017, the UNCITRAL Working Group III was mandated to "*identify and consider concerns regarding investor-State dispute settlement*"; to "*consider whether reform was desirable in the light of any identified concerns*"; and if reform is desirable, to "*develop any relevant solutions to be recommended to the Commission*".⁷³ In its Draft Report dated 6 November 2018, the working group concluded that reforms should be developed by UNCITRAL to address concerns with respect to *inter alia*: unjustifiably inconsistent interpretations of investment treaty provisions and other relevant principles of international law by

⁶⁸ Cf. Elizabeth Warren, The Trans-Pacific Partnership Clause Everyone Should Oppose, The Washington Post, 25 February 2015 available at www.washingtonpost.com; Zach Carter, Amanda Terkel and Ryan Grim, Hillary Clinton Agrees with Elizabeth Warren on Trade Dispute with Obama, The Huffington Post, 30 April 2015, available at https://www.huffingtonpost.com/entry/hillary-clinton-trans-pacific-partnership_n_7173108.html?section=australia&guccounter=1&guce_referrer_us=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2x1LmNvbS8&guce_referrer_cs=r8iWWsfkru2Vif-lI0IgeQ.

⁶⁹ Peter Bracker, Trump Abandons Trans-Pacific Partnership, Obama's Signature Trade Deal, The New York Times, 23 January 2017, available at <https://www.nytimes.com/2017/01/23/us/politics/tpp-trump-trade-nafta.html>.

⁷⁰ Philip Blenkinsop, U.S. Trade Talks in Deep Freeze After Trump Win, says EU, Reuters.com, 11 November 2016, available at <https://www.reuters.com/article/us-usa-election-eu-trade-idUSKBN1361UN>.

⁷¹ Andres Schipani and James Politi, US, Canada and Mexico Sign Deal to Replace Nafta, The Financial Times, 30 November 2018, available at <https://www.ft.com/content/e84a6ec2-f4a3-11e8-ae55-df4bf40f9d0d>.

⁷² Investment Treaty News, NAFTA 2.0 finalized, Announced as USMCA: Mexico, United States Agree to Limit ISDS Clause; Canada to Pull Out of ISDS After a Three-Year Window, IISD.org, 17 October 2018, available at <https://www.iisd.org/itm/2018/10/17/nafta-2-0-finalized-announced-as-usmca-mexico-united-states-agree-to-limit-isds-clause-canada-to-pull-out-of-isds-after-a-three-year-window/>.

⁷³ Cf. Draft Report of Working Group III (Investor State Dispute Settlement Reform) on the Work of Its Thirty-Sixth Session, United Nations Commission on International Trade Law (A/CN.9/964), 6 November 2018, p. 1, available at https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/draft_report_of_wg_iii_for_the_website.pdf.

ISDS tribunals; the adequacy, effectiveness and transparency of arbitrator disclosure and challenge mechanisms; lack of appropriate diversity; and the cost and duration of ISDS proceedings.⁷⁴

Although the precise effects of these developments remain to be seen, it is evident that they will have a lasting impact on the future of investment arbitration as we know it and will invariably affect how the New York Convention is applied.

Increasing Competition

International commercial arbitration for dispute resolution (and as a result the application of the New York Convention) is facing an increasing amount of competition as a form of dispute resolution. In particular, a number of jurisdictions (such as France, the Netherlands, China, Germany, and Belgium) have recently established international commercial courts or have announced plans to do so. Inline with this development, the JURI Committee of the European Parliament released a study in September 2018, which recommended that the EU "*require Member States to establish specialised courts or chambers for cross-border commercial matters*".⁷⁵ The objective of this recommendation is to provide the advantages of international arbitral tribunals at a state court level. Thus, one of the goals of establishing these commercial courts is to entice international parties into bringing more of their disputes before domestic courts.

The application of the New York Convention to non-ICSID investment arbitration awards also faces increasing competition.⁷⁶ This is evident from the *Achmea* decision issued by the European Court of Justice on 6 March 2018, which determined that investor-state arbitration provisions contained in intra-EU BITs are contrary to EU law.⁷⁷ This decision was subsequently endorsed by the European

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Giesela Rühl, Study for the JURI Committee of the European Parliament, Building Competence in Commercial law in the Member States – PE 604.980 (2018), p. 65.

⁷⁶ The recognition and enforcement of ICSID awards are governed by Articles 54-55 of the Convention.

⁷⁷ ECJ, Case C-284/16 dated 6 March 2018 – Slowakische Republik v. Achmea BV (ECLI:EU:C:2018:158).

Commission in July 2018.⁷⁸ The full implications of the *Achmea* decision for investor-state arbitration are not yet clear. This is particularly the case since the tribunals in *Vattenfall*⁷⁹ and *Masdar Solar*⁸⁰ held that the *Achmea* decision does not apply to intra-EU disputes brought under the Energy Charter Treaty. Moreover, the tribunal in *UP and CD Holding*⁸¹ held that, due to the ICSID Convention's special character as a multilateral public international law treaty, the *Achmea* ruling does not affect intra-EU disputes brought under the ICSID Convention. In spite of this uncertainty, however, it is already clear that the *Achmea* decision leans toward settling international disputes within courts of the European Union or its member states, rather than resolving them by way of ISDS. The New York Convention generally applies to investment arbitration awards rendered by non-ICSID tribunals,⁸² but if intra-EU investment disputes are resolved in courts rather than by way of arbitration, the New York Convention will no longer be relevant for such disputes.

Trending Reform

Reform is trending in international arbitration. Various institutions – for example, the ICC,⁸³ DIS⁸⁴ and HKIAC⁸⁵ – have recently modified their arbitration rules. In addition, the International Centre for Settlement of Investment Disputes is currently in the process of revising its arbitration rules.⁸⁶ Furthermore, the Prague Rules were launched on

⁷⁸ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Protection of intra-EU investment, COM (2018) 547/2.

⁷⁹ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the *Achmea* issue, 31 August 2018.

⁸⁰ *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018.

⁸¹ *UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35, Award, 9 October 2018, paras. 252-267, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10075.pdf>.

⁸² Cf. Tentative Draft No. 6 of the Restatement of the Law, The U.S. Law of International Commercial and Investor-State Arbitration, American Law Institute (2018), p. 16, paras. 11-14.

⁸³ ICC Arbitration Rules 2017, effective 1 March 2017.

⁸⁴ DIS Arbitration Rules 2018, effective 1 March 2018.

⁸⁵ HKIAC Administered Arbitration Rules 2018, effective 1 November 2018.

⁸⁶ Cf. Proposals for Amendment of the ICSID Rules — Consolidated Draft Rules (Vol. 2), ICSID Secretariat, 2 August 2018.

14 December 2018 and ostensibly offer a new option for parties to structure their proceedings in a way which emphasises civil law traditions.⁸⁷ For example, the Prague Rules empower arbitral tribunals to restrict document production and to limit the number of witnesses called to testify at the hearing.

Against this *en vogue* backdrop, one might ask whether the New York Convention could also use a facelift. Admittedly, the New York Convention faces its share of divisive issues. In particular, the wording of Article V (1) (e) of the Convention has come under scrutiny since it states that courts "*may*" deny enforcement when an award has been set-aside or suspended at the seat. This has been interpreted differently across jurisdictions. For example, U.S. court decisions such as *Chromalloy*⁸⁸ in addition to the Draft Restatement of U.S. Law on International Commercial and Investment Arbitration⁸⁹ affirm that U.S. courts are willing to enforce awards that have been set aside at the seat. French⁹⁰ and Dutch⁹¹ courts have also demonstrated that they are willing to enforce such awards. This contrasts with the traditional approach, which retains the spirit of *ex nihilo nil fit* ("out of nothing follows nothing"). Jurisdictions following this approach will not enforce awards that have been set-aside at the seat.⁹²

⁸⁷ Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration, 14 December 2018, available at <http://praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf>

⁸⁸ *Chromalloy Aeroservices Inc. v Arab Republic of Egypt* 939 F.Supp 907 (D.C. Cir. 1996).

⁸⁹ Tentative Draft No. 6 of the Restatement of the Law, The U.S. Law of International Commercial and Investor-State Arbitration, American Law Institute (2018), Section 4-16 lit b: ("Even if a Convention award has been set aside by a competent authority, a court of the United States may confirm, recognize, or enforce the award if the judgment setting it aside is not entitled to recognition under the principles governing the recognition of judgments in the court where such relief is sought, or in other extraordinary circumstances").

⁹⁰ *Société Hilmarton v. société OTV*, Cour de Cassation (1Ch. civ.), 23 March 1994, 1994 Rev. Arb. 327; *Société OTV v. société Hilmarton*, Cour de Cassation (1Ch. civ.), 10 June 1997, 1997 Rev. Arb. 376; *Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding et Société Mnogutia Est Epices*, Cour de cassation (1 Ch. civ.), 29 June 2007, 2007 Rev. Arb. 507.

⁹¹ *Yukos Capital s.a.r.l. v. OAO Rosneft, Gerechtshof*, 28 April 2009, XXXIV (2009) Y.B. Com. Arb 703; *Northern River Shipping Lines v. Kompas Overseas Inc.*, *Rechtbank* 3 September 2010, XXXVI (2011) Y.B. Com. Arb 302; *Nikolai Viktorovich Maximov v. OJSC Novolopetsky Metallurgickesky Kombinat*, *Rechtbank* 17 November 2011, XXXVII (2012) Y.B. Com. Arb 274.

⁹² Cf. Nigel Blackaby, Constantine Partasides et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (6th ed. 2015), p. 638.

Is reform needed to address these divergent approaches? This is what Professor van den Berg famously suggested when he introduced the Miami Draft, in which he proposed to complete, revise, clarify, and update the provisions contained in the New York Convention and align them with prevailing judicial interpretations.⁹³ However, considering that a full reform of the New York Convention requires unanimous approval by all 159 contracting states, the chances of successfully amending the Convention look bleak. A more implementable approach would preserve the current wording of the Convention while providing increased guidance on its interpretation. This approach is pursued by the UNCITRAL Secretariat Guide on the New York Convention,⁹⁴ which aims "*to increase efforts to promote wider adherence to the Convention and its uniform interpretation and effective implementation*".⁹⁵

II. Opportunities for the future

While the challenges are indeed formidable and the future is somewhat uncertain, it's not all doom and gloom. The future presents various opportunities to strengthen the wide-spread application of the New York Convention. This article highlights some of the opportunities that the Belt and Road Initiative as well as technological advances present.

The Belt and Road Initiative

China's Belt and Road Initiative ("**BRI**") comprises many economic opportunities for the Central Asian Region, including construction and infrastructure projects. More than USD 1 trillion has already been assigned to more than a thousand BRI projects spanning from transport links (sea, road and rail) to energy (oil and gas pipelines, power stations, utility grids, hydropower plants, wind farms) to the

⁹³ Albert Jan van den Berg, Preliminary Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards: "the Miami Draft", 29 May 2008, available at <http://www.newyorkconvention.org/draft+convention>.

⁹⁴ UNCITRAL Secretariat Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (2016), available at http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/2016_Guide_on_the_Convention.pdf.

⁹⁵ *Ibid.*, p. x.

development of fibre optic cable networks and satellite-navigation services.⁹⁶ Invariably, these substantial projects will lead to legal disputes.

Arbitration is well suited to BRI disputes due to the international setting of the BRI, which potentially involves more than 60 countries with different languages and cultures. However, BRI disputes present particular challenges for arbitration as well. The countries involved encompass a broad array of legal systems and norms and have varying degrees of experience with supporting arbitration and implementing arbitration awards.⁹⁷ For this reason, choosing the most suitable seat for the arbitration is crucial and must be done carefully. In this regard, one of the first things parties will look at is whether a country is a Contracting State to the New York Convention.

The precise dispute resolution mechanisms that will be used to resolve BRI disputes are not yet certain, although several options have been discussed.

- The States involved could agree that parties must submit their arbitrations to a BRI Arbitration Court (similarly to the EU's proposed multilateral investment court) which would adjudicate disputes in accordance with a special set of rules.
- These States could also decide to enforce a uniform dispute resolution mechanism. In this regard, the International Academy of the Belt and Road in China issued the Blue Book on the Dispute Resolution Mechanism for the Belt and Road on 11 October 2016, which proposed that parties pursue mediation then arbitration.⁹⁸

⁹⁶ Belt and Road Initiative Quarterly: Q1 2018, HSBC, 19 June 2018, available at <https://www.business.hsbc.com/belt-and-road/belt-and-road-initiative?cid=HBUK:DM:S2:CMB:L11:O:1:1806:003:ChinaIntl; China's Belt and Road Initiative, Five Years In, Stratfor Worldview, 22 June 2018, available at https://worldview.stratfor.com/article/chinas-belt-and-road-initiative-five-years>.

⁹⁷ Ernst-Ulrich Petersmann, Trade and Investment Adjudication Involving 'Silk Road Projects': Legal Methodology Challenges, EUI Working Papers LAW 2018/02, p. 10–16, available at http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/51225/LAW_2018_02.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁹⁸ Cf. International Academy of the Belt and Road, The 4th International forum on the Belt and Road: Dispute Settlement Mechanisms, 11 October 2016, available at http://interbeltandroad.org/en/major_events/the-4th-international-forum-on-the-belt-and-road-dispute-settlement-mechanisms/. Cf also Rimsky Yuen, The Belt and Road Initiative: Impact on the Future of Dispute Resolution, Transcript of Presentation at the 5th Asia Pacific ADR

- Furthermore, these States could decide to allow for complete freedom of contract, which will lead to increased competition between jurisdictions as the choice for the seat of arbitration. Each jurisdiction offers distinct pros and cons, but a seat's relationship to the New York Convention will be a key factor. In addition, parties will be able to choose between institutional or ad hoc arbitration. In this regard, various regional arbitral institutions offer unique advantages (e.g., facilities, administrative support, and panels).⁹⁹

Aiming to facilitate the BRI, China has pushed for a one-stop international dispute resolution platform. In this context, the Chinese Supreme People's Court announced on 5 December 2018, that specific arbitral institutions (i.e. CIETAC, SCIA, SHIAC, BAC, CMAC) and mediation institutions (CCPIT, SCMC) would serve this platform.¹⁰⁰ However, this international dispute resolution platform is not mandatory for all BRI projects and it remains to be seen how and where future arbitral disputes will be resolved.

Increasing Harmonisation

Increasing harmonisation poses a second area for opportunity in relation to the New York Convention. In particular, harmonising interpretations of the New York Convention at national levels will help to eliminate or at least attenuate some of the problems mentioned above. The harmonisation of judicial interpretations circumvents the obstacle of having to revise the New York Convention and simultaneously retains the Conventions' intended flexibility.

To this end, legal technology presents new ways to increase judicial harmonisation. For example, artificial intelligence can enable courts to streamline comparative case analysis.¹⁰¹ Thus, if courts are

Conference on 12 October 2016, p. 5-8, para. 15, available at <https://www.doj.gov.hk/eng/public/pdf/2016/sj20161012e2.pdf>.

⁹⁹ Cf. Patrick M. Norton, *China's Belt and Road Initiative: Challenges for Arbitration in Asia*, 13 U. PA. Asian L. Rev. 72, 89–93 (2018), available at <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=alr>.

¹⁰⁰ Cf. Press Release by the SCIA, 11 December 2018, available at <http://www.sccietac.org/web/news/detail/1831.html>.

¹⁰¹ Cf. Judge Kevin Burke, *An Exciting Opportunity for Judges to Get Good, Solid Research*, American Judges Association Blog, 16 May 2017, available at <http://blog.am-judges.org/?m=20170516>; Law Technology Today, *Judges Say You're Missing Cases*.

provided with access to enforcement decisions by various domestic courts, artificial intelligence could potentially lead to more harmonious interpretations of the New York Convention across jurisdictions. For this purpose, an international database similar to the Harvard Law's Case Law Access Project¹⁰² or UNCITRAL's CLOUT Collection¹⁰³ could be created. Digitally storing case law and awards on an international platform would also foster transparency by providing easier access to these decisions. To this end, blockchain could be utilised to prove the existence and authenticity of an award.¹⁰⁴ In particular, the decentralised architecture of blockchain would protect awards and decisions from removal, tampering and alteration,¹⁰⁵ which could potentially occur after they have been uploaded to the database.

Naturally, the devil is in the details and certainly these suggestions would take careful planning and, in all likelihood, years of implementations. But clearly, legal technology presents a wealth of opportunities which can – and should – be explored.

III. Conclusion

In summary, the present political climate threatens the success of international arbitration and thereby the success of the New York Convention. These challenges must be appropriately faced if the world wants to see another 60 successful years of the New York Convention, and arbitral institutions and organisations have a significant role to play. The future presents multiple opportunities for the New York

Here's how A.I. Can Help, *Lawtechnologytoday.org*, 29 November 2018, available at <https://www.lawtechnologytoday.org/2018/11/heres-how-a-i-can-help/>.

¹⁰² The Caselaw Access Project Database, available at <https://case.law/api/>.

¹⁰³ Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT), available at <http://www.uncitral.org/clout/>.

¹⁰⁴ Ibrahim Mohamed Nour Shehata, *The Marriage of Artificial Intelligence & Blockchain in International Arbitration: A Peak in the Near Future!!!*, *Kluwer Arbitration Blog*, 12 November 2018, available at <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/11/12/the-marriage-of-artificial-intelligence-blockchain-in-international-arbitration-a-peak-into-the-near-future/>.

¹⁰⁵ Charlie Morgan, *Will the Commercialisation of Blockchain Technologies Change the Face of Arbitration?*, *Kluwer Arbitration Blog*, 5 March 2018; Mauricio Duarte, *Could Blockchain Help the Recognition of International Arbitration Awards?*, *Kluwer Arbitration Blog*, 20 April 2018.

Convention, not least through BRI projects and legal technology. It is an exciting time for arbitration and the New York Convention. I personally look forward to being part of it.

**INTERNATIONAL ARBITRATION AND THE PROTECTION
OF THE ENVIRONMENT: INVESTORS LISTENING
TO CIVIL SOCIETY**

Introduction

Originally, a legal framework protected and dealt with one goal. Dealing with migration, climate change and economic growth requires legal framework to deal with several goals. In this regard, the Paris Agreement¹⁰⁶, the Agenda 2030 of the European Union¹⁰⁷ address the Sustainable Development Goals (SDGs)¹⁰⁸. However, how to deal with a collision of goals, for example, how to assess an agriculture farm that irrigation system and village water infrastructure depends on an artificial lake in nature resort but destroys the protected biodiversity. Recent documents provide no guidance how to rate projects which may achieve one SDG on cost of another. This paper aims to provide some attempts of solutions.

Recent international documents addressing SDGs shift in the focus of international investors and thereby may have a major impact on emerging and developing countries, e.g. the Kyrgyz Republic. States implement these policies and assesses risks and opportunities. The European Union but also other states like the Kyrgyz Republic implemented or plan to implement the Agenda 2030 in their domestic law. These policies affect the core economy of a state, civil society, and protection of public resources for contemporary and future generations.

¹⁰⁶ Paris Climate Agreement, December 2015, <https://unfccc.int/process/#:a0659cbd-3b30-4c05-a4f9-268f16e5dd6b>.

¹⁰⁷ European Commission, The 2030 Agenda for Sustainable Development, https://ec.europa.eu/europeaid/policies/european-development-policy/2030-agenda-sustainable-development_en and United Nations, Transforming our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development, 2015, <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld/publication>.

¹⁰⁸ General Assembly, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>.

Due to the broad application of these SDGs, the implementation affects different legal disciplines. For example, it affects a higher standard of protection of the environment, increase of the democratic process, protection of minorities, and increase of good governance (ESG). However, Agenda 2030 and the respective policies lack guidance on how to solve situations in which these objectives collide and how to set priorities among the different goals.

This paper argues that addressing SDGs creates more likely a benefit if the legal framework governing the investment contains clear ESG standards which establish participation rights, as well as methods or valuation. It first addresses the content of ESG standard; thereafter analyses the current international legal framework reflecting ESG; addresses the challenges caused by implementation of a higher ESG standard; and, finally, suggests solutions to avoid conflicts and to price ESG. The paper provides no overall analysis of environmental protection in international arbitration¹⁰⁹ but reflects challenges related to the current international awards and judgments.

Content of the Environment, Social and Governance (ESG)

In 2016, 195 states agreed on the Paris Agreement within the United Nations Framework Convention on Climate Change to deal with greenhouse-gas-emissions mitigation, adaptation, and finance, starting in the year 2020. Additionally, recalling the failure to achieve the Millennium Development Goals by 2015, the United Nations General Assembly re-collected 17 goals to develop sustainable in the Resolution 70/1 of the United Nations General Assembly. These SDGs refer to:¹¹⁰ 1 -No poverty; 2 -Zero hunger; 3 -Good health and well-being for people; 4 - Quality education; 5 - Gender equality; 6 - Clean water and sanitation; 7 - Affordable and clean energy; 8 - Decent work

¹⁰⁹ See following books, Alan Boyle and Catherine Redgwell, *International Law and the Environment*, 4th ed. (Oxford University Press, 2019); Philippe Sands and others, *Principles of International Environmental Law*, 4th ed. (Cambridge University Press, 2018); Daniel Bodansky, *The Art and Craft of International Environmental Law* (Harvard University Press, 2011); Daniel Bodansky, Jutta Brunnée and Ellen Hey, eds., *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford University Press, 2008).

¹¹⁰ Website to SDGs, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/> (last visited 4.12.08).

and economic growth; 9 - Industry, Innovation, and Infrastructure; 10 - Reducing inequalities; 11 - Sustainable cities and communities; 12 - Responsible consumption and production; 13 - Climate action; 14 - Life below water; 15 - Life on land; 16 - Peace, justice and strong institutions; and 17 - Partnerships for the goals. Addressing these goals in a legal framework can be understood as addressing ESG.





States committed to achieve the SDGs by 2030 in the Agenda 2030.¹¹¹ As a consequence, the European Union for example enacted a legal framework to ensure that these goals are achieved.¹¹² Similarly, the Kyrgyz Republic announced a framework.¹¹³ Other states committed themselves similar. The framework provides a basis for investors to assess projects in the light of these goals. Under these frameworks, States fund and delegate duties to invest to Export Credit Agencies and International Financial Institutions. It is namely in the World the

¹¹¹ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment 15, E/C.12/2002/11, (20 January 2003). See also Report of the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights on its Fifty-Fifth Session, Resolution 2003/1, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/43 (2003) (reaffirming “the right to drinking water supply and sanitation for every woman, man and child”); Preliminary report of Special Rapporteur El Hadjii Guissé, E/CN.4/Sub.2/2002/10 (25 June 2002) (finding the right to drinking water to be a human right).

¹¹² European Commission, Action Plan: Financing Sustainable Growth, COM(2018) 97 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0097>.

¹¹³ Mr. Kanybek Imanaliev, Member of the Parliament, Deputy Chairman of the Committee on Foreign Affairs, Defense and Security of the Jogorku Kenesh, announced in the International Conference „The New York Convention and its Interaction with Domestic Laws of the Central Asian Countries“ 30 November 2018, Bishkek, Kyrgyz Republic.

World Bank¹¹⁴, in Asia the Asian Development Bank¹¹⁵, in Europe the European Bank for Reconstruction and Development¹¹⁶, in the European Union the European Investment Bank¹¹⁷, and in Germany the Kreditanstalt für Wiederaufbau KfW¹¹⁸. The products of international financial institutions and export credit agencies impose obligations on participants related to international investments. Agenda 2030 likely transfers soft to hard obligations upon the investor and its stakeholders.

¹¹⁴ Sustainable Development Goals (SDGs) and The 2030 Agenda, <http://www.worldbank.org/en/programs/sdgs-2030-agenda> (last visited 6.12.18).

¹¹⁵ ADB and the Sustainable Development Goals, <https://www.adb.org/site/sdg/main> (last visited 6.12.18).

¹¹⁶ EBRD expects to step up investments in support of 2030 development agenda, <https://www.ebrd.com/news/2018/ebrd-expects-to-step-up-investments-in-support-of-2030-development-agenda.html> (last visited 6.12.18).

¹¹⁷ Sustainable Development Goals, <http://reports.eib.org/eib-operations-inside-the-eu-2017/sustainable-development-goals> (last visited 6.12.18).

¹¹⁸ Das Nachhaltigkeitsportal der KfW, <https://www.kfw.de/nachhaltigkeit/kfw-Konzern/Nachhaltigkeit/> (last visited 6.12.18).

Current International Legal Framework

The framework to protect the environment under international law contains rules of different origins and sources. They may refer to individual rights like the right to water¹¹⁹ at issue in *Methanex Corporation v. United States of America*¹²⁰; democratic rights¹²¹ which are at issue in *Pac Rim v. El Salvador*¹²²; or minority rights¹²³ as in *Glamis Gold v. the United States of America*¹²⁴.

The individual rights provide a minimum standard under international law to protect individuals against action of the states. A state may reduce some of these rights by legitimate law. However, the core of some individual rights may not be reduced by any state legislation.

Additionally, democratic rights provide citizens of a state rights to participate in the state's decision making process. It encompasses the rights to elect and to be elected. The rights do not require states to become active and facilitate democratic action.

Finally, minority rights provide minorities protection of their culture, custom, and religion. These rights protect groups of individuals like tribes that fit not in the system of the states but legitimately lived at the place prior to the states foundation, for example nomads sharing territory and not attached to a particular place or property. The rights establish a duty of the state to actively approach and consult minorities. Any state is free to provide a higher standard under domestic law than the standard under international law.

The source of these rights lies in international documents. In particular, the International Covenant on Civil and Political Rights

¹¹⁹ https://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/CESCR_GC_15.pdf.

¹²⁰ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, <https://www.italaw.com/cases/683>.

¹²¹ [Arts. 21 and 22 of the ICCPR.]

¹²² *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, <https://www.italaw.com/cases/783>.

¹²³ General Assembly, Role of languages and culture in the promotion and protection of the rights and identity of indigenous peoples, U.N. Doc. A/HRC/21/53, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-53_en.pdf.

¹²⁴ *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, <https://www.italaw.com/cases/487>.

(ICCPR)¹²⁵, African Charter on Human and Peoples' Rights (ACHR)¹²⁶, American Convention on Human Rights¹²⁷, European Convention on Human Rights (ECHR)¹²⁸ contain and reflect some of these rules. Especially, the protection of minorities is in Art. 27 of the ICCPR ('In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.') and in details in the Convention concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation¹²⁹.

Furthermore, international documents clarify the states' obligation to provide access to information and consult civil society in projects that potentially adverse effects the environment or the civil society.¹³⁰ These international documents refer to the duty of the states to protect individual rights, democratic rights, and minority rights, and to provide access to information and procedural rules which allow stakeholders and civil society to raise issues and participate with regard to

¹²⁵ The International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) is a multilateral treaty adopted by the United Nations General Assembly through GA. Resolution 2200A (XXI) on 16 December 1966, and in force from 23 March 1976, https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=ind&mtdsg_no=iv-4&chapter=4&clang=_en.

¹²⁶ African Charter on Human and Peoples' Rights, (Adopted 27 June 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entered into force 21 October 1986), http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf.

¹²⁷ American Convention on Human Rights, (Adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, 22 November 1969) <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>.

¹²⁸ European Convention on Human Rights, as amended by Protocols Nos. 11, and 14, <https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>.

¹²⁹ Convention concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation, 1989 Indigenous and Tribal Peoples Convention - International Labour Organisation Convention 169, Convention concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation (Entry into force: 15 Jun 1960), convention had been ratified by 175 out of 187 ILO member states, https://www.ilo.org/dyn/normlex/de/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312256,en:NO.

¹³⁰ Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention), June 1998, <http://www.unece.org/environmental-policy/conventions/public-participation/publications/public-participation/convention-on-access-to-information-public-participation-in-decision-making-and-access-to-justice-in-environmental-matters/convention-on-access-to-information-public-participation-in-decision-making-and-access-to-justice-in-environmental-matters.html>.

the operation of larger projects. Some of these documents are international hard and others soft law.

The duty to protect the environment and civil society may be shifted to the private sector if the state is unable to protect it or them. This matters for the private sector as an international investor may not hardly justify its conduct to pollute the environment by the lack of domestic law if the pollution breaches an international standard. Principle 11 of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights establish ‘Business enterprises should respect human rights. ...’¹³¹ and clarifies in the official commentary that ‘... [this obligation] exists over and above compliance with national laws and regulations protecting human rights. ...’¹³² Similarly, other sources reflect the duty of business operators and investors to protect the environment and the civil society.¹³³ These documents emphasise the tendency that business has to at least comply with an international standard in absence of a higher domestic standard.

The compliance with these international obligations issues de facto a license to an investor with the relevant civil society.¹³⁴ This social license may be seen as a concession or agreement of the civil society to the investor. It entails that the civil society agrees to the conduct of the investor in addition to the investment agreement or concession of the host state. For example, the traditional authority of the minority accords in consultation with their people under their rule of law to the business. The risk exists that the state provides a concession without

¹³¹ Guiding Principles for Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, U.N. Doc HR/PUB/11/04, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

¹³² Guiding Principles for Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, U.N. Doc HR/PUB/11/04, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

¹³³ OECD Guidelines for Multinational Enterprises are government-backed recommendations on responsible business conduct to encourage sustainable, updated 2011, <http://mneguidelines.oecd.org/about/>; Equator Principles, <https://equator-principles.com/>; IFC Performance Standards on Environmental and Social Sustainability, <https://www.ifc.org/performancestandards>; Loan Market Authority, Green Loan Principles, https://www.lma.eu.com/application/files/8415/2162/5092/LMA_Green_Loan_Principles_Bookletpdf.pdf.

¹³⁴ John Morrison, *The Social License: How to Keep your Organization Legitimate*, Palgrave Macmillan, 2014, p. 19.

consultation of the minorities under its development program. As consequences, the minorities rise their voice after the investor invested and established operation.

Despite having a significant amount of international documents, the international sources of the protection of the environment provide no method to deal with a conflict of interest, for example, among stakeholders, civil society and others protecting the environment. If they priorities differently the protection of the environment, social, and governance, the operator of the investor needs to decide upon the conflict (this may even lead to working against a goal in favour of another). For example, how to decide if the farmer transfers wetland to a water reservoir to provide water to civilians and operate a farm while destroying the biodiversity in the wetland. The local police will not destroy the water reservoir if it strips at the same time the civilians of the infrastructure.

Challenges due to the Implementation

ESG Obligations

Recent cases demonstrate the challenges investor face with regard to conflicts of interest under ESG policy (first field) and the lack of method to resolve it (second field).

The first field relates to unfair and unequal able treatment and expropriation as well as only limited full protection and security disputes in international dispute resolution. In *Bear Creek Mining Corporation v Peru*, the investor sued the state for not renewing the concession necessary for operating the mine.¹³⁵ The main question of the dispute was whether the tribunal had received a social license based on consultation activities with the local population.¹³⁶ The tribunal stated that the investor has to prove that the communities should be aware of the investor's community work.¹³⁷ Philipp Sand noted that despite that the ILO Convention no 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples

¹³⁵ *Bear Creek Mining Corporation v Peru*, ICSID, Award (20 November 17), <https://www.italaw.com/cases/2848>.

¹³⁶ Joshua Paine, Case Comment *Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru*, *Judging the Social License of Foreign Investment and Applying New Style Investment Treaties*, *ICSID Review* 2018 (33), pp. 340 – 348, p. 341.

¹³⁷ *Bear Creek Mining Corporation v Peru*, ICSID, Award (20 November 17), para. 411.

imposes no direct obligation on the state, it helps interpreting obligations of businesses.¹³⁸ The tribunal stated that the state failed to provide evidence that the investor failed to reach the community regarding its operation.¹³⁹ Under this set of rule, the investor has to inform civil society about the options to be consulted with regard to the investment.

In another case, *Wind stream Energy v Canada*, the investor sued Canada for not finalizing the Feed-In Tariff contract as originally intended due to the government non-stringent behaviour.¹⁴⁰ Canada first confirmed willingness of a Feed-In Tariff despite that the policy was not in place at the time of negotiations. Thereafter, scientific evidences assessed the technology differently. Civil Society's interest and the interest of the investor collided, so that ultimately, the Canadian municipalities rejected the suggested offer and confirmed reject negotiations.¹⁴¹ Under this set of rules, the state created trust to invest in the ESG framework but ultimately rejected a contract due to other environmental concerns.

On the other hand, in *Peter Allad v Barbados* the investor claimed from Barbados damages due to Barbados failure to maintain the biodiversity next to his resort.¹⁴² The tribunal rejected the investors claim as the investor failed to proof the environmental degradation. Despite the decision against the investor, the question if a state has to maintain under full protection and security the ecosystem caused significant attention.¹⁴³ Under this set of rules, the investor invested based on the states ESG policy but failed to prove damages related to the state's alleged violation of its own policy.

¹³⁸ Joshua Paine, Case Comment *Bear Creek Mining Corporation v Republic of Peru*, Judging the Social License of Foreign Investment and Applying New Style Investment Treaties, *ICSID Review* 2018 (33), pp. 340 – 348, p. 343.

¹³⁹ *Bear Creek Mining Corporation v Peru*, ICSID, Award (20 November 17), p. 211.

¹⁴⁰ *Windstream Energy v. Canada*, UNCITRAL, Arbitration, Award (27 January 2016), <https://www.italaw.com/cases/1585>.

¹⁴¹ James Harrison, Significant International Environmental Law Cases 2016 – 2017, *Journal of International Law*, 2018 (30), pp. 527 – 541 p. 528..

¹⁴² *Peter A. Allard v. The Government of Barbados*, PCA Case No. 2012-06, *Peter A. Allard v. The Government of Barbados*, PCA Case No. 2012-06.

¹⁴³ James Harrison, Significant International Environmental Law Cases 2016 – 2017, *Journal of International Law*, 2017 (29), pp. 553 – 563, p. 557.

Tribunals decide in both direction related to ESG. If for example the Kyrgyz Republic establishes a bidding framework for green projects such as windmills, smart grid, railways, and telecom, an error in the negotiation process, a higher standard or adjustment of the tariff after the granted concession or signed contract, as well as a delay in announced governmental infrastructure entails the risk of breaching the investor's right. The government needs to carefully draft the policy and act foreseeable for an investor to avoid or reduce this risk.

ESG Valuations

In the second field, if a dispute arises, the question of assessing the environment remains unclear. Only few international documents provide methods of assessing the environment.¹⁴⁴ The international framework seems to provide no answer how to monetarize an environmental damage.

The *ICJ Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River Judgment Feb 2018 dealt with Compensation and Quantum of Damages* in an international case. In this Judgment, Costa Rica had claimed damages for the destruction of the biodiversity from Nicaragua due to the latter's activities.¹⁴⁵ The question of quantum of damages laid core of the example.¹⁴⁶ The court confirmed that to carry out an environmental impact assessment is a requirement of general international law.¹⁴⁷ Nicaragua failed in fulfilling this requirement. As a consequence, the tribunal decided that Nicaragua has to pay Costa Rica damages but a lower amount than Costa Rica claimed. The tribunal outlines that no universal approach exists with regard to the assessment of environmental damages.¹⁴⁸ It applied an autonomous approach assessing the environmental damages, a combination of approaches already applied by international tribunals in investor state

¹⁴⁴ For example, Global Reporting Initiative, GRI Standards, <https://www.globalreporting.org/standards>.

¹⁴⁵ ICJ, Judgement of 16 December 2015.

¹⁴⁶ James Harrison, Significant International Environmental Law Cases: 2017 – 2018, in *Journal of Environmental Law*, 2016 (28), pp. 533 / 550, p. 534.

¹⁴⁷ James Harrison, Significant International Environmental Law Cases: 2015 – 2016, in *Journal of Environmental Law*, 2016 (28), pp. 533 / 550, p. 534.

¹⁴⁸ ICJ, Judgement of 2 February 2018, para. 44.

cases.¹⁴⁹ Judge Dugard emphasised in the dissenting opinion the failure to appropriately assess the methods using exclusively one method only despite the statement to combine the methods.¹⁵⁰ In particular it was unclear to assess the value of 300 trees older than 100 years.¹⁵¹ Various options not mentioned in this case remain to be assessed: valuation of cost for replacement, valuation of income generated due to harvesting, or sustainable harvesting of the forest (including value for the public such as function of carbon sink or production of oxygen), cost of plantation, cost of plantation plus maintenance of the first year, costs of the replacement until as it was prior to the moment of destruction.

Avoidance of Conflicts and Valuation

This paper suggests to include conflict of ESG interest and methods of valuation in the legal framework among the investor, state and civil society. The Equator Principles provide guidance on how to address ESG in the framework for financial institutions.¹⁵² This document covers ESG in the light of financial institutions and largely addresses the IFC Standards. It is one option to include them in the facility agreement but other may be possible as well.

In order to ensure compliance with the ESG, the operator may only receive loans if it provides evidence that ESG measures are addressed and so far possible fulfilled (i.e. ESG Compliance as Condition Precedent for First Drawing). In this regard, an independent environmental advisor may audit the project and provides a report to the financial institutions. Compliance with ESG is done on regularly basis together with an action plan reflecting the current operation in the light of ESG at the time of assessment (i.e. ESG Assessment, Reporting and Action Plan).

The report of the ESG advisor could be published to the community to allow them access in the basis and measures with regard to the ESG compliance. The transparency provisions establish a claim mechanism

¹⁴⁹ ICJ, Judgement of 2 February 2018, para. 52.

¹⁵⁰ ICJ, Dissenting Opinion of Judge Dugard, Judgement of 2 February 2018, para. 10.

¹⁵¹ ICJ, Dissenting Opinion of Judge Dugard, Judgement of 2 February 2018, para. 16.

¹⁵² Guidance to EPFIs on Incorporating Environmental and Social Considerations into Loan Documentation, <http://www.compliance-exchange.com/governance/library/equatorprinlo-andoc.pdf>.

for the benefit of the community if the community is of the opinion that the ESG goals are not addressed or other violation exist with regard to their rights (i.e. Transparency and Community Obligations). It is a standing offer to the community to mediate or arbitrate claims under domestic law. The mediator decides if the claim lies in the subject of the investor or the state and shifts the claim in either responsibility (i.e. Due Process for the Community prior to the Dispute).

The framework establishes how ESG compliance is rated and monetarised (Include Methods on Evaluation). Merely referring to the method of evaluation as established by the GRI may not be sufficient for a rating. Further research has to be done in this area. If a tribunal requires the investor to re-establish ESG benefits to the civil society, an auditor supervises the implementation or reconstruction.

The investor may reduce refinance costs if the project is operated under ESG compliance. It allows access to Export Credit Agencies and other International Financial Institutions. Any failure to comply with ESG may lead to higher costs. If the operator achieves only some ESG, the interest rate should adjusted depending on the degree of compliance (i.e. Interest Rates adjustment related to ESG Compliance).

If a dispute arises in connection with the investment, the provisions above provide enough evidence to prove the conduct of the investor with regard to the community and allow a tribunal to interpret the environment and social damage.

Conclusion

The 17 SDG aim a lot. The implementation likely leads to collision among the different SDGs. However, not addressing them is not the solution for the investor, since in case of a dispute the tribunal likely assess non-compliance in favour of the opposing party. The international legal ESG framework tends to shift the duty to address international law on the investor in states unable to address them.

Addressing ESG strengthens the business relationship among all the participants. The dialogue among civil society, the state, and the investor may increase the value of an investment while reducing the likelihood of a state measures that deals with ESG. Addressing the

ESG at an early stage legitimizes the investment and strengthens the business relationship between all stakeholders.

Dr. Apostolos Anthimos

ONLINE DISPUTE RESOLUTION. THE .EU ADR PARADIGM

Introduction

It is beyond any doubt that since the 1997 Treaty of Amsterdam, which initiated the opening of judicial cooperation in civil and commercial matters, domestic civil procedures are influenced by EU legislation on issues such as International Civil Litigation and Conflict of laws. One could undoubtedly claim that, to start cross border litigation, a European lawyer needs to be aware of at least 10 EC regulations. In particular:

- i) In order to select the proper legal regime, one needs to know the scope of application of Regulations 44/2001 (Brussels I), 2201/2003 (Brussels IIa), the Insolvency Regulation (1346/2000), the Payment Order Regulation (1896/2006), the Small Claims Regulation (861/2007), the Maintenance Regulation (4/2009), and the Lugano Convention.
- ii) In order to establish the proper forum, one needs to know mainly the particulars of Reg. 44/2001 (for civil and commercial matters) and 2201/2003 (for family matters), or even the provisions of the Lugano Convention.
- iii) In order to ensure an impeccable service of process, one needs to consult the provisions of Reg. 1393/2007 on service of process abroad.
- iv) In order to achieve the best possible means of evidence, one needs to possess the content of the cross border evidence regulation (1206/2001).
- v) In order to trace the proper applicable law, one needs to distinguish between Regulations Rome I (593/2008) for contractual, and II (865/2007) for non-contractual obligations.
- vi) Finally, in order to proceed to recognition and / or enforcement, one needs to be aware of the differences between the regulations mentioned under i), and the specific mechanism established by the European Enforcement Order Regulation Nr. 805/2004.

Still, there are other ways of dealing with a cross border dispute, much easier to cope with. One solution would fall under the directive 2008/52 on mediation in civil and commercial matters, which has been transposed into national law by all Member States (except Denmark). There is a huge debate about mediation, its pros and cons. However, this is not my topic. I will focus on a particular dispute resolution mechanism which was established by the EU, with the aim to resolve cases of a particular nature, namely domain name disputes under the European code .eu.

A. What is a Top-level Domain Name? – What is .eu?

A domain name is a simple way for a person or a legal entity to be identified on the Internet. Rather than having numerical addresses that are difficult to remember, Internet users prefer domain names. Examples include ‘europa.eu’ (the home page of the European institutions). Top Level Domains (TLDs) are at the heart of the international Internet domain name system – they are the ‘suffix’ at the end of the domain name, and come in two basic categories: i) generic TLDs (gTLDs), which are not tied to any country. Among others, these include the following: .com, .org, .net, and .biz, to name but a few; ii) country code TLDs (ccTLDs) such as the French .fr, the British .uk, or the Romanian.ro. The “.eu” TLD is the EU code, and is not replacing any existing national country code TLDs in the EU, but complements them and gives users the option of having a pan-European Internet identity for their ‘internet presence’.

Since the end of 2005, registration under the European Union code. eu is also provided. The establishment of a special code for the EC was organized and based on long and arduous efforts of EU institutions¹⁵³, whose achievement was Regulation (EC) 733/2002 of 22.4.2002 "*on the implementation of the. eu Top Level Domain*"¹⁵⁴. The main objectives of the Community as stated in the preamble are:

¹⁵³ COM (2000), 153, 2.2.2000, The creation of the .EU Internet top level domain, COM (2000) 202, 11.4.2000, The Organisation and Management of the Internet International and European Policy Issues 1998 – 2000, COM (2000) 421, 5.7.2000, Internet domain name system – Creating the .eu top level domain, COM (2000) 827 = OJ C 96 E / 27.3.2001, p. 333-335, on the implementation of the Internet Top Level Domain ".EU".

¹⁵⁴ OJ L 113/30.4.2002, p. 1 et seq.

To promote the internal market in cyberspace; to combat the digital divide, while protecting however the privacy of users; and to achieve a system of self-regulation and self-administration. Against this background, Reg. 733/2002 determined the features of the Registry, which would be charged with the organization, administration and management of the .eu system. Next step was the Commission's designation of a European registry administrator. By Commission decision of 21.5.2003 the reins of the EU domain name were given to the European Registry for Internet Domains (EURID), which is based in Brussels¹⁵⁵. The Registry was assigned with the following powers: The registration of domain names; the observance of the database; building an online search service; and the accreditation of registrars across Europe¹⁵⁶.

From the very beginning, the main objective of the EC was the establishment of a legal framework for combating the plague of abusive registrations, which afflicted in the past both national, and general domain name codes. Article 4 § 2 d Reg. 733/2002 laid the foundation to establish a system of out of court dispute resolution mechanism for .eu domain name registrations. On the basis of Article 5 § 1 Reg. 733/2002, Reg. 874 / 2004 dated from 28.4.2004, "*laying down public policy rules concerning the implementation and functions of the .eu Top Level Domain and the principles governing registration*" was adopted¹⁵⁷. This Regulation triggered the activation of the EC code. In particular, this regulation achieved the following:

¹⁵⁵ www.eurid.eu

¹⁵⁶ Two monographs have been published on the .eu domain name system in Germany, see Kipping, *Das Recht der .eu-Domains* (2008), and Scheunemann, *Die .eu Domain: Registrierung und Streitbeilegung* (2008). In addition see Morrissey, *The .eu waiting game, Managing Intellectual Property* March 2005, 42 et seq, Nolan / McMahon, *EverCloserUnion.eu*, *CRi* 2006, 17-21, Koenig / Neumann, *Europas Identität im Internet - die Einführung der Top-Level-Domain ".eu"*, Teile I und II, *JurPC Web-Dok.* 154/2002, Abs. 1 – 36. For ECJ case law on the matter, see Order of the Court (Sixth Chamber) of 17 February 2009, *Galileo Lebensmittel GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities*, ECR 2009, I-959, and Order of the Court of First Instance (Second Chamber) of 28 August 2007, *Galileo Lebensmittel GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities*, ECR 2007, II-93

¹⁵⁷ OJ L 162/30.4.2004, p. 40 et seq. See also Fercsik Schnyder, *Die europarechtliche Regelung der Einführung der Top Level Domain „.eu“ auf Verordnungsebene*, *Hanse Law Review* Vol. 2 No. 1, 9 et seq., Bock, *Die dotEU-Domain auf den Vormarsch*, *AnwBl* 2005, 416.

- a. It gave the possibility to apply for a .eu domain name registration via a digital - and thus rapid and quite effective - procedure, covering all EU official languages.
- b. It consolidated the principle of first come, first served registration policy.
- c. It established a gradual registration procedure so as to prevent cyber squatting. Unfortunately, this has not does been averted entirely in practice.
- d. It identified the terms and conditions for the assignment of domain names.

The green light to start up the application phase was given on 7.12.2005. Since then, over 3 million domain names were registered¹⁵⁸, making the .eu domain name code one of the most attractive cyber-locations worldwide within less than five years.

One of the major worries of the EU was how to combat delays in conflicts arising out of domain name registrations under the .eu code. At this stage I will depict the problem by means of a short case study, so as to deal easier with the issue henceforth: A, a company with its seat in Bucharest, Romania, is the owner of a national trademark, let us say “Steaua”. The company already is the holder of the domain name steaua.ro. A is thinking to expand its activities outside the country, which is the reason why they decide to register their Romanian trademark under the .eu code. To their surprise, they realize that this particular domain name has been registered by B, a Greek individual, resident of Thessaloniki, who is neither affiliated with the Romanian company, nor has any IP rights on the sign in question. A wants to annul B’s registration, and claim the distinctive sign for its own use. A’s board and legal counsellor are therefore of the opinion to start litigation against B before Romanian courts of law, but hesitate because of a number of issues, such as international jurisdiction, service of process abroad, translation of documents in the ensuing proceedings, evidence, applicable law, recognition and enforcement of the Romanian ruling in Greece, to name but a few. An alternative to the costly and definitely lengthy solution of double (Romania & Greece) or cross border litigation (Greece directly) exists in this case since 2006,

¹⁵⁸ See EURID’s quarterly progress Report for the 3rd Quarter 2012, in the following link: http://www.eurid.eu/files/publ/Q3_2013.pdf.

namely Regulation 874/2004, which establishes a unified EC-wide ADR procedure, expeditious, fully digitalized, harmonizing the applicable law in question, and setting aside all problems surrounding international litigation, the likes of which I mentioned before.

Next, it is to be noted that the establishment of a Resolution Body for dealing with .eu domain name disputes¹⁵⁹. Since the beginning of 2006 the .eu ADR Dispute Resolution Centre operates under the auspices of the EU¹⁶⁰. The headquarters of the .eu ADR Centre are situated in Prague. Currently it is the sole Dispute Resolution Body dealing with complaints related to disputes arising from the use of .eu domain names. Its establishment was the product of a competition held according to Article 23 Reg. 874/2004 (Selection of providers for alternative dispute resolution)¹⁶¹.

B. The Basic Principles of the .eu ADR Court

The basic operating principles of the .eu ADR Court are defined in Articles 22 and 23 Reg. 874/2004¹⁶². These provisions provide for the possibility of adjudication through either a single or a three member arbitration committee [or Panel] (Article 23 § 2 para. A). The selection of the arbitrators - Panellists was carried by internal procedures of the alternative dispute resolution provider. The nominated Panellists demonstrate the required 'expertise' in the field, whereas the provider is obliged to maintain a list of Panellists with relevant qualifications,

¹⁵⁹ Gongol, Out-of-court dispute resolution policy in EU electronic commerce, **Budapest Tech, Keleti Faculty of Economics, FIKUSZ 2008 Business Sciences - Symposium for Young Researchers: Proceedings**, 2008, pp 41-54

¹⁶⁰ <https://eu.adr.eu/>

¹⁶¹ Taylor, Alternative dispute resolution: Its application to protect intellectual property rights under .eu: The first pan-regional top level domain name, *RDAL/ IBLJ*, N°2, 2007, 231 et seq, Hoeren, Streitschlichtung rund um die .eu-Domain - ein erster Eindruck, *MMR* 2006, 777, Jaeger-Lenz, Die Einführung der .eu-Domains – Rechtliche Rahmenbedingungen für Registrierung und Streitigkeiten, *WRP* 2005, 1234-1239.

¹⁶² For a more detailed presentation see Schafft, Streitigkeiten über „.eu-Domains“, *GRUR* 2004, 986, Bettinger, Alternative Streitbeilegung für .EU, *WRP* 2006, 548 et seq., Eichlberger, Das Verhältnis von alternativen Streitbeilegungsverfahren zum Zivilprozess bei Streitigkeiten über .eu-Domains, *K&R* 2008, 410-413, Remmert, ADR – an alternative for .eu domain name disputes?, *CRi* 2006, 161-164.

which is freely accessible on the Internet (pursuant to Article 23 § 2 II).

The operational framework of the arbitration procedure is specified in Article 22 § 1 Reg. 874/2004. The following disputes constitute exclusively the subject matter jurisdiction of the .eu ADR court:

- a. Speculative or abusive registrations, and
- b. Appeal / Recourse against decisions of the registry on registration or refusal of registration of the domain name requested.
- c. Therefore, claims on monetary or other damages, as well as actions for recovery of costs by the applicant are outside the scope of the arbitration process.

The activation of arbitration proceedings is not mandatory for the complainant, who can seek protection directly before the courts. Instead, participation in the arbitration process is binding for the domain name holder and the Registry (Article 22 § 2). The costs of proceedings are to be paid by the complainant, who is obliged to proceed to advance payment of the ADR court's fees.

With regard to appeals against the registry, it is stipulated that the language of the proceedings must be English. Conversely, when the complainant seeks protection against a .eu domain name holder, the language is to be determined on the basis of the administrative procedure followed for the registration of the name. For example, if I would wish to take action against the holder of the domain name anthimos.eu, I should check the language that the latter chose at the registration stage. The powers given to the holder to select any language he/she wishes, however, may cause difficulties at the stage of proceedings. For this reason, the possibility to change the language of the proceedings is given, in accordance with the requirements set under Article 22 § 4 Reg. 874/2004.

Throughout the course of arbitration proceedings any change in the legal status of the domain name is prohibited, for instance, its transfer or cancellation for other reasons not related to pending proceedings. The Regulation provides for a preliminary review stage of the complaint by the provider of alternative dispute resolution, in order to verify its compliance with the provisions of Reg. 733/2002 & 874/2004, and the procedural rules of the arbitral tribunal. In case of deficiencies, the applicant is to be informed and he/she will be asked to rectify

his/her application within a reasonable time set by the provider. Through this pre-trial stage the arbitration Panel is exempted from any admissibility control of the complaint related to its proper filing.

The complaint is then notified to the defendant through provider channels. Within thirty days upon receipt, the defendant is obliged to state his position (Article 22 § 8). The arbitration panel is required to issue a decision within thirty days from the date of receipt of the defendant's response. In case that the latter fails to submit one, the 30 days term begins from the day on which the period for filing a response elapsed. The decisions of the arbitration committee should be fully reasoned; their publication on the website of the provider is mandatory.

Over the next three business days upon receiving the decision, the provider shall communicate its text to the parties. The decision is binding for the disputants. However, the right to initiate legal proceedings for challenging the decision within 30 calendar days upon notification is provided by the Regulation (Article 22 § 13).

From what has been said until now, it is easy to understand that the process as defined under Article 22 Reg. 874/2004 is elliptical: It fails to cover a number of issues, and causes interpretation difficulties on the very issues it attempts to regulate. For this reason, the .eu ADR Court has developed the ADR Rules and the Supplementary Rules for Alternative Dispute Resolution¹⁶³. These rules are a mixture of administrative, procedural and substantive provisions, and a useful guide for any potential party to a .eu dispute.

C. The proceedings before the arbitral tribunal

I will now try to give a concise description of the proceedings followed during a .eu dispute by the ADR Court, which, as already mentioned, is the sole alternative ADR provider for this kind of disputes.

I. The ADR Rules

The ADR Rules are divided into three chapters:

¹⁶³ https://eu.adr.eu/adr/adr_rules/index.php

1. The first chapter [General Provisions - Articles A1 - A6] contains very useful information about pre-trial issues. In particular, Article A 1 contains a series of definitions on key concepts of the procedure, while Article A 2 regulates the details of the required notifications. This provision is extremely important, if one takes into account the innovative nature of the process, namely the purely digital environment in which the dispute unfolds.

A very critical issue is regulated in Article A 3 of the ADR Rules. The arbitration process could virtually take place in any EU language. The Rules provide however the possibility to change the language of proceedings, by filing a special remedy prior to the beginning of arbitration. The details of this special procedure are determined by the provision aforementioned.

A settlement among the parties is also possible before the start of arbitration proceedings, which is binding for the Panellists, once they have been notified hereon. At the same time, suspension of proceedings is also allowed, if the parties wish to attempt to settle their dispute. Article A 4 regulates the formalities of the latter in detail.

The question of parallel pending proceedings before a national court is dealt with in Article A 5: The ADR Rules clearly state that "the conduct of the proceedings shall not be affected by any court proceedings." However, the existence of a final decision concerning the dispute, which has been announced to the .eu ADR Court, leads to termination of proceedings in accordance with Article A 4 § 3 ADR rules.

2. In the second chapter, bearing the title "Conduct of arbitration proceedings", both administrative and procedural rules are to be found. In particular, given the peculiarities in the preparation of proceedings, the ADR Rules have introduced a quasi-review of the complaint's admissibility from the administrative branch of the arbitration body, so as to avoid the unnecessary burden of the Panel. Attempting an empirical approach to the process, we could describe the individual stages as follows: The "Complaint" is filed before the arbitration tribunal. Under Article B 1, all details and prerequisites of the contents of the 'complaint' are defined exhaustively.

The arbitral tribunal dates the receipt, and subsequently examines the complaint in regards to its compliance with the conditions laid

down in Article B 1. In case of deficiencies, the complainant is informed and asked to rectify the action within a deadline set by the .eu ADR Court. If the action is free of shortages, the arbitration body marks the day of commencement of arbitration proceedings, and then sends the action to the defendant [for details see Article B 2 ADR Rules].

Upon receipt of the complaint, the defendant has 30 working days to respond / refute the claims of the complainant. According to Article B 3, and in a similar fashion as we saw in the case of the complaint, the "response" is subject to certain formal conditions, which must be respected by the defendant as well, otherwise the arbitration board will return the document to its sender, in the same manner followed for the complaint.

Once the complaint and response filing process has been terminated, the arbitral body considers the file as "completed", and proceeds then to the appointment of the Commission/Panel, which will be asked to rule on the dispute. The case may be tried either by one Panellist or a three-member Panel / arbitration committee [see Article B 4]. For the second alternative, the consent of both parties is required. The selection of Panellists is then based on equal treatment, i.e., one Panellist is chosen by each party, and one by the arbitration body; the latter appoints also the Panellist in case where the parties did not choose a 3-member-Panel to deal with their dispute. In any case, it is a basic prerequisite that the panellist or panellists possess the necessary qualifications of impartiality and independence, as defined in Article B 5 ADR Rules.

Upon completion of the appointment of the Panel, and after the deadline for requesting an exemption from the parties has been elapsed, the file is then formally transmitted to the arbitration panel (one or three member section). The latter has 30 days to render its decision, beginning from the official date the defendant's reply has been received, and not from the date of its appointment. A request for extending the above term can be however submitted. The committee holds certain powers, set out in Articles B 7-9 ADR Rules.

It should be emphasized that immediate contact between the Panellist and the parties is not allowed under any conditions whatsoever. Sole responsible for the purposes of receiving and transmitting

documents and requests of the parties is the so-called "case administrator", a person exclusively entrusted with the case by the arbitration body.

Article B 11 ADR rules contains special provisions with regard to the particulars of the award rendered by the committee. This provision essentially repeats what is already stipulated in Article 21 Reg. 874/2004. All possible forms of decision that may be rendered by the committee are enlisted in Article B 12 ADR Rules, namely: The rejection or acceptance of the complaint on the one hand, and also another form of ruling, i.e. the so-called interim decision, which could be considered equivalent to a decree ordering the conduct of evidence, or similar to a decision ordering adjournment of the proceedings until evidence deemed relevant to the case in question is produced.

Finally, a noteworthy potential development is regulated in Article B 12 h ADR Rules, pursuant to which, "if after considering the submissions the Panel finds that the Complaint was initiated in bad faith, the Panel shall declare in its decision that the Complaint was brought in bad faith and constitutes an abuse of administrative proceeding".

From the time the decision has been notified to the parties, the latter have thirty calendar days at their disposal, in order to hinder the enforcement of the award. A special remedy against the latter is not mentioned neither in the Regulations, nor the ADR Rules. The latter use the wording "legal proceedings" before a national court, a fact that automatically leaves space to national jurisdictions to decide upon the very nature of the above, whereas the same remedy stands as a reason for suspending the enforcement of the Panels decision.

3. The third and final chapter contains provisions regulating the exclusion of liability of the arbitration body and its panellists, and the right to amend the .eu ADR Rules by the Registry (i.e. the EURid).

By the end of 2013, the caseload of the .eu ADR Court was as follows¹⁶⁴:

Year	Number of disputes
2006	718
2007	187

¹⁶⁴ I wish to thank Ms. Lada Válková from the Czech Arbitration Court for her kind assistance with respect to the statistical data of the .eu ADR Court.

Year	Number of disputes
2008	102
2009	51
2010	62
2011	34
2012	45
2013	52
Total	1251

Year	Number of Language Trials
2006	7
2007	5
2008	2
2009	1
2010	2
2011	1
2012	3
2013	5
Total	26

II. Challenge of .eu ADR Decisions Before National Courts

As previously mentioned, the parties are entitled to challenge the decision. In particular, according to Art. 22 para 13 Reg. 874/2004, “*the results of ADR shall be binding on the parties and the Registry unless court proceedings are initiated within 30 calendar days of the notification of the result of the ADR procedure to the parties*”. A statistically small number of decisions rendered by the .eu ADR Court have been challenged before national courts, as evidenced in the following table:

Result of the dispute	Number of proceedings
Claim accepted	5
Claim denied	11
Settlement	5
Withdrawal	2
Pending	13
Total	36

The best known case¹⁶⁵ is the reifen.eu case Nr. 910¹⁶⁶, which caused even a preliminary ruling before the ECJ. In particular, the defeated party challenged the decision before the competent court of 1st instance in Salzburg, Austria. Upon his second defeat, the party lodged an appeal before the Appellate court of Linz, facing another rejection, which brought the dispute before the OGH, i.e. the supreme Austrian court. The latter opted to refer the matter to the ECJ¹⁶⁷, which interpreted the relevant provision (Art 22 Reg. 874/2004) in accordance with the initial decision of the CAC and the following rulings of the Austrian courts (decision in case C-569/08, from 3.6.2010)¹⁶⁸. As it

¹⁶⁵ For a thorough analysis of the .eu ADR Court case law and pertinent decisions from national courts, see Rau, *Der internationale Schutz von Domainnamen und Markenrechten im Internet* (2010), p. 254 et seq.

¹⁶⁶ https://eu.adr.eu/adr/decisions/decision.php?dispute_id=910 = GRUR 2006, 947

¹⁶⁷ OGH Case no. 17Ob17/08m, decision of 18.11.2008.

¹⁶⁸ Judgment of the Court (Second Chamber) of 3 June 2010, *Internetportal und Marketing GmbH v Richard Schlicht*, ECR 2010, I-4871. The decision was commented by Thiele, *Wirtschaftsrechtliche Blätter* 2010, p. 346-347; Viefhues, *EuGH: Eintragung von "www.reifen.eu" durch Trick mit Sonderzeichen bösgläubig erschlichen*, GRUR-Prax 2010, p. 288, Wendt, *EuGH: Bösgläubige Domainregistrierung bei ".eu"-Domains reifen.eu*, MMR 2010, p. 542-543, Anderl, *EuGH zu bösgläubigen Domain-Registrierungen*, *European Law Reporter* 2010, p. 250-254, Pühr, *Marken- und Domainnamensrecht*, GRUR-Int 2010, p. 855-856, González Vaqué, *El TJUE precisa el alcance de la noción de mala fe en caso de registro abusivo de nombres de dominio (Reglamentato nº874/2004): la sentencia "Internetportal und Marketing GmbH"*, *Autocontrol* 2010 nº 158, p.11-14, Grötschl, *Zur Bösgläubigkeit bei der Anmeldung von .eu-Domains*, MR-Int: *Europäische Rundschau zum Medienrecht, IP- & IT-Recht* 2010, p. 126-132, Sujecki, *Concept of "Bad Faith" in the domain name registration of an .eu top level domain*, *European Intellectual Property Review* 2012, p.

was to be expected, the Austrian Supreme Court (decision from 13.7.2010) abided by the ECJ's ruling in the procedure followed¹⁶⁹.

Finally, it remains unclear whether the .eu ADR Court is allowed to address a preliminary question directly to the ECJ. One panellist dared this step. In particular, in the ADR proceeding case no. 3757¹⁷⁰, the Panel had rendered an interim decision, in which it referred the following question to the European Court of Justice for a preliminary ruling: *Is the Arbitration Court attached to the Economic Chamber of the Czech Republic and Agricultural Chamber of the Czech Republic for alternative dispute resolution (ADR) for .eu domain name disputes (Czech Arbitration Court), set up accordingly to EC Regulation 874/2004, authorized to make a reference to the Court of Justice pursuant to the second paragraph of article 234 EG?* The ECJ assigned the case with no. C-126/07¹⁷¹. However, soon after its referral to the ECJ, the Panel terminated the proceedings because the parties had reached an out-of-court settlement¹⁷².

D. Comments on the .eu ADR Procedure

What follows are some comments on issues concerning the ADR-Rules and the overall operation of this Dispute Resolution mechanism¹⁷³ in my capacity as a Panellist of this Arbitration Court since its early stages.

803-807, Ernst, EU-Domain: Kuriositätenkabinett in "sunrise-period", jurisPR-WettBR 8/2010 Anm. 3 zu EuGH 2. Kammer, Urteil vom 03.06.2010 - C-569/08.

¹⁶⁹ OGH 13.7.2010, jusIT 2010/83, p. 175 (Thiele) = wbl 2010, 597/226 (Thiele) = EvBl 2010/151, p. 1065 = ÖBl 2011/5 p. 24 (Bücheler) = GRUR Int 2011,352 - reifen.eu III.

¹⁷⁰ https://eu.adr.eu/adr/decisions/decision.php?dispute_id=3757.

¹⁷¹ OJ C 117 / 26.05.2007, p. 8.

¹⁷² OJ C 297 / 8.12.2007, p. 34.

¹⁷³ See also Willoughby, Domain Name DRS Policies: from the sublime to the ridiculous, Journal of Intellectual Property Law & Practice, Vol. 1, No. 8, 539-549, Willoughby, The scandal of the .eu regulations, Managing Intellectual Property November 2004, 20 et seq, Taylor, The '.eu' domain name: one year on, World Trademark Review September/October 2007, 54 et seq., Malte Müller, .eu-Domains: Erkenntnisse aus dem ersten Jahr Spruchpraxis, GRUR Int 2007, p. 990 et seq., Malte Müller, Das neue alternative Streitbeilegungsverfahren für .eu-Domains: Einführung und erste Erkenntnisse aus der Praxis, SchiedsVZ 2008, p. 76 et seq., Thiele, Abgereift - Europäisches Domainrecht unter "dot eu, M&R 2011, 103 et seq, Mietzel, Die ersten 200 ADR-Entscheidungen zu .eu-Domains - Im Spagat zwischen Recht und Gerechtigkeit, MMR 2007, 282, Mietzel, Quo vadis - .eu-ADR? - Eine erneute Bestandsaufnahme nach 650 Entscheidungen, MMR 2007, 757, Pothmann / Guhn, Erste

1. An important drawback constitutes the translation of ADR Rules in some languages, like for example the Greek version, which contains plenty of incomprehensive terms, thus causing uncertainties, which hinder the work of both parties and their attorneys, and also the mission of Panellists, who are required to interpret the relevant regulations. As a Greek national, I would like to focus my comments on the translation of the Rules into the Greek language, although I could say some words in regard to the German version, but I would prefer to leave this point to my German and Austrian colleagues.

First of all, the downloadable Greek version shows numerous technical failures related to the reproduction of paragraphs and their numbers. Secondly, the translation did not take into account the Greek alphabet with regard to the numbering of the paragraphs. Thirdly, the terminology used is far from being described as accurate. Last but by no means least, some passages failed to reproduce the meaning given in other versions, with most notable the example of Art. B 4 d ADR-Rules, where the Greek version is literally incoherent.

2. My second remark deals also with language issues, although from a different perspective. I am referring to an interim decision on case 2675¹⁷⁴, concerning a request to change the language of ADR proceeding. Both parties were Greeks, located in Athens. The respondent opted for English in the registration agreement. The complainant put forward reasons of economy of proceedings, since all documents were written in Greek, i.e. the common language of the parties. The Panel rejected the request, stating that there was no evidence of

Analyse der Rechtsprechung zu .eu-Domains in ADR-Verfahren, K&R 2007,69-78, Sobola, Ansprüche auf .eu-Domains Verfahrensrechtliche Möglichkeiten und bisherige Rechtsprechungspraxis, ITRB 2007, 259-261, Neefs, Typosquatting and the .eu Top Level Domain, Droit & Nouvelles Technologies, <http://www.droit-technologie.org/actuality-1049/typosquatting-and-the-eu-top-level-domain.html>. Finally, see the periodical reports by: Mietzel, Die bösgläubige Gemeinde... Zum ADR-Verfahren um die Domain wuestenrot.eu, MMR 2006, XIII, Mietzel / Prates Bendlin, .eu-ADR September 2007: Gleichnamigkeit und generische Begriffe, MMR 2007, IX, Mietzel / Prates Bendlin, .eu-ADR August 2007: Beweispflicht bei fremden Marken und Territorialitätsprinzip MMR 2007, VIII, Mietzel / Prates Bendlin, .eu-ADR Oktober 2007: Von Umweltschützern und Heimbessitzern, MMR 2007, X, Mietzel Prates Bendlin: .eu-ADR Juli 2007: Gleichnamige, Bodybuilder und Poeten MMR 2007, XV, Mietzel, .eu-ADR November/Dezember 2007: Kein guter Winter für Davos, MMR 2008, XII, Mietzel, .eu-ADR März/April 2008: Prag(u)er Frühling, MMR 2008, XXIV

¹⁷⁴ https://eu.adr.eu/html/en/adr/interim_decisions/02675B.pdf.

exceptional circumstances brought before by the complainant. The Panel concluded that, *the Complainant's reasoning underline a sort of exclusive reservation of all ADR proceeding concerning Greek parties not only to the Greek language, but also to the Greek – speaking panellist. Indeed, one could argue that those economy reasons would be fully satisfied if the Panellist is able to read Greek written documents at his hand.* Finally, the Panel made reference to recital 7 and Art. 22 of Reg. 874/2004, which promote a pan-european linguistic approach within ADR proceedings.

I respectfully disagree with this view. First of all mention should be made to Art. 22 Para. 4 of Reg. 874, which clearly states that the basic rule *shall be subject to the authority of the panel to determine otherwise, having regard to the circumstances of the case.* So, there is no need to search necessarily for *exceptional* circumstances. Secondly, the view followed opens the path for serious abuse from existing or potential cybersquatters. Putting it the other way around, I would not be surprised, if a Panel decides to change the language of proceedings, when the parties involved were English, Finns or Romanians, and the language of the registration agreement were Greek or Portuguese. I would therefore strongly support that the language declared from the registrant should have a certain connection to his actual whereabouts or at least his professional background. Last but not least, allowing English to prevail in similar cases is to my mind exactly the opposite of a pan-european linguistic approach, and I have reasons to believe that Recital 7 of the Regulation is to be regarded as a protective shield for a number of languages, however not for English.

3. The third issue of my short remarks deals with the procedure followed for the challenge of panellists. According to Art. B 5 d ADR-Rules, when a panellist has been challenged by one party, the other party or the challenged panellist will be entitled to submit a response. This right shall be exercised within two days after receiving the respective communication. Pursuant to Art. B 5 e ADR-Rules, the Provider will decide on the challenge, and its decision will be final and not subject to appeal. To my mind, two points should be discussed here:

The first point is the 2-days term, which seems to me strangulating under certain circumstances. I happened to be appointed to serve as a

panellist on a case, where the complainant filed a request for challenge, so I experienced the difficulties in achieving to prepare an appropriate response within two days. On the other side I feel obliged to underline the flexibility of the .eu ADR Court concerning the extension of terms. Still, I consider that the 2-day term has to be modified and I don't believe that a slight change would harm the speedy delivery of the decision.

The second point in this matter is related to the decision taken by the provider. Normally, interim decisions are published in the web page of the .eu ADR Court. This is for example the case for requests for a change in the language of the proceedings or to a challenge of complaint termination due to administrative deficiencies, or to an interim decision suspending proceedings according to Art. B 12 ADR Rules. Strangely enough, a decision concerning the challenge of a Panellist is not published in the web page. Besides this, there seems to be no reasoning in those decisions, judging from the form A 23 and the experience I had on a recent case. I understand that, compared to the rest of interim decisions, the decision on the request to challenge a panellist is delivered by the provider, i.e. from the .eu ADR Court itself, and that the issue may be subject to data protection up to a certain degree. Still, as it is apparent from the form A 23, we are talking about a decision, not an order, which means that a minimum of reasoning should be present. The fact that the decision rendered is final and conclusive does not alter the situation, since the same is the case in language proceedings as well. All in all, I think that this different approach might leave a bitter taste in some parties involved.

4. My final point deals with the importance of procedural irregularities within this Dispute Resolution system. In particular, I am referring to matters like failure of the complainant to prove his/her standing to sue, inadmissibility of procedural acts, procedural nullities, etc. There are no specific provisions dealing with the matter, which causes a gap in the .eu ADR construct.

Conclusion

I would like to finish by highlighting the values of the .eu ADR mechanism, compared to the ordinary course of judicial proceedings.

One could underline the following advantages inherent to the procedure followed by the .eu ADR Court:

- Speediness and efficiency in the delivery of Justice
 - The parties can anticipate a decision within 3-4 months the latest.
 - The parties complete all formalities through the web, by using the special interface of the .eu ADR Court's website.
 - The parties are not supposed to present themselves before the ADR Court in Prague.
 - The parties are not responsible for any notification towards their opponent.
 - The decision is easily enforceable, by means of cancellation of the registration regarding the domain name under dispute from the .eu Registry.

- Rationalization of proceedings
 - The parties are in full knowledge of the proceedings. The policies, practice, Rules and Regulations of the .eu ADR Court are explained on the web site. Transparency is achieved to its maximum.
 - The parties are not dependent on any international jurisdiction rules and are not endangered by them. The .eu ADR Court has been conferred jurisdiction by virtue of an EC Regulation.
 - The parties can select any lawyer they wish to, irrespective of his place of origin and the place (s)he practices the profession.
 - The parties are saved from extra legal fees, necessary for litigation abroad, upon the condition that the defendant is not lodging an appeal before a national court.
 - The parties avoid execution costs. Neither the .eu ADR Court, nor EuRID are charging anything for cancellation of the registration under dispute.

DISQUALIFICATION OF AN ARBITRATOR UNDER ICSID

The disqualification of a tribunal member under the Rules of International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) is extremely rare in ICSID proceedings, notwithstanding it is established in the ICSID procedural rules. According to the 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention), the standard of disqualification is a manifest lack of qualities required thereof.¹⁷⁵ Looking to the prior cases, it can be concluded that the tribunal is extremely cautious about the disqualification proposal in which the tribunal will consider all elements related and the applicant is required to follow a vague procedural requirement and bears a quite heavy burden of proof.¹⁷⁶ As reported by the ICSID's official website, there are only four¹⁷⁷ of the sixty-two decisions upheld the challenge and fifty-eight declined the challenge.¹⁷⁸

Unfortunately, ICSID's case statistics do not provide for a statistical break down of resignations, disqualifications, and proposals for disqualification that are overruled.¹⁷⁹ The first challenge was filed in *Amco v. Indonesia*¹⁸⁰ in 1982, and it was not until 16 years later that

¹⁷⁵ Wang, Peng, Challenge and Disqualification of Arbitrators Under ICSID: A Case Analysis (July 18, 2012). Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2112004>> accessed 5 January 2018.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ (i) Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. V. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/11/5), (ii) Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador (ICSID Case No. ARB/08/05), (iii) Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan (ICSID Case No. ARB/13/13) and (iv) Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/98/2).

¹⁷⁸ ICSID Website, 'Decision on Disqualification'. Available at <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Process/Decisions-on-Disqualification.aspx>>, accessed 5 January 2018.

¹⁷⁹ Nora Ciancio, e Implications of Recent ICSID Arbitrator Disqualifications for Latin America, 6 Y.B. Arb. & Mediation 440 (2014).

¹⁸⁰ Amco Asia Corp. et al. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator (June 24, 1982), cited in Decision on Jurisdiction, 1 ICSID Reports 399, 2 (Sept. 25, 1983).

the next one was filed in *Pey Casado v. Chile*¹⁸¹.¹⁸² However, an increasing number of proposals to disqualify a tribunal member have been filed since the early 2000s and broadly consisted with the general trend of increasing cases, although it does not correlate exactly with the number of cases filed in any given year.¹⁸³

The challenges are attributed to various factors, including: (i) conflicts arising from the fact that a rapidly expanding caseload has jeopardized the perceived independence of individuals who have acted as counsel or sat as arbitrator in numerous proceedings; (ii) the perception that parties are, in any case, increasingly interested in the impartiality of their tribunal; and (iii) the desire by some parties to disrupt and delay proceedings to the maximum possible extent.¹⁸⁴

However, as a matter of practice, the disputing parties and the IC-SID take various steps before a tribunal is constituted to avoid nomination of an arbitrator who does not meet the requirements of the IC-SID Convention. It is usual for parties and their counsel to review the profile of potential tribunal members before suggesting a party-appointed arbitrator or agreeing to a tribunal President. Among the relevant considerations are whether a nominee would be conflicted, as it is not in the interest of any party to have their proposed arbitrator successfully challenged. Nor is it in the interest of potential tribunal members to allow their nomination to proceed when they have a conflict of interest. As a result, nominees either disclose a potential conflict so the parties may waive any objection, or decline the nomination.¹⁸⁵

This article explores the issues of disqualification a tribunal member under the ICSID regime from the procedural and substantive view.

¹⁸¹ Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Decision (Feb. 21, 2006), cited in Award (May 8, 2008).

¹⁸² Kinnear, M. (2014). Challenge of Arbitrators at ICSID—An Overview. Proceedings of the ASIL Annual Meeting, 108, 412-416. doi:10.5305/procanmeetasil.108.0412.

¹⁸³ Meg Kinnear and Frauke Nitschke, Disqualification of Arbitrators Under the ICSID Convention and Rules, Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals (Chiara Giorgetti ed.), Brill / Nijhoff, p. 35 (2015).

¹⁸⁴ Volterra Fietta, The Public International law firm, E-newsletter, 'Challenges to arbitrators under the ICSID Convention – Increasingly Common but Success remains Improbable': Available at <https://www.volterrafietta.com/challenges-to-arbitrators-under-the-icsid-convention-increasingly-common-but-success-remains-improbable/>, accessed 5 January 2018.

¹⁸⁵ Supra note 9, at 34.

Legal Framework of Disqualification an Arbitrator under the ICSID Convention and ICSID Rules.

The ICSID Convention is an international treaty that came into force in 1966. It established the International Centre for Settlement of Disputes (“ICSID”) with the mandate of facilitating dispute settlement between States and foreign investors, thereby stimulating flows of private capital into the host State.¹⁸⁶ Since its creation, it has been the world’s leading facility for international investment disputes.¹⁸⁷ ICSID administers cases under the ICSID Convention, the ICSID Additional Facility, and the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”) Arbitration Rules.¹⁸⁸

The fundamental qualification for ICSID arbitrators are set out in Articles 14 and 40 of the ICSID Convention. Article 14(1) provides the basic qualifications of arbitrators on the ICSID Panel of Arbitrators as follows:

"Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment. Competence in the field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel of Arbitrators."

Article 40(2) requires arbitrators appointed from outside the ICSID Panel of Arbitrators to meet the qualities stated in Article 14.¹⁸⁹

Pursuant to the Article 57 of the ICSID Convention, either party may propose the disqualification of an arbitrator who does not meet the requirements of the Article 14 of the ICSID Convention, once the Tribunal has been constituted.¹⁹⁰

¹⁸⁶ The text of the ICSID Convention, the arbitration rules under the ICSID Convention and ICSID Additional Facility, and further information about ICSID can be found at www.worldbank.org/icsid.

¹⁸⁷ *Supra* note 9, at 34.

¹⁸⁸ UNCTAD IIA Issues Note, No.4, June 2013; see also ICSID, The ICSID Caseload-Statistics, Issue 2014-2, available at www.worldbank.org/icsid.

¹⁸⁹ ICSID Convention, Article 40(2) “Arbitrators appointed from outside the Panel of Arbitrators shall possess the qualities stated in paragraph (1) of Article 14.”

¹⁹⁰ ICSID Convention, Article 57.

Articles 38¹⁹¹ and 39¹⁹² of the ICSID Convention contain the nationality requirements applicable to members of a Tribunal. Non-compliance with these nationality requirements constitutes the second ground for disqualification under Article 57 of the ICSID Convention.¹⁹³

The procedure regarding a proposal to disqualify an arbitrator established under Rule 9 of the ICSID Arbitration Rules, entitled “Disqualification of Arbitrators”¹⁹⁴. According to the Rule 9(6), the proceeding is suspended until a decision has been taken on the proposal.

The decision on the proposal for disqualification is made by the other members of the Tribunal or will be made by the Chairman of the ICSID Administrative Council when the other members are equally divided or where the proposal refers to a sole arbitrator or to a majority of the Tribunal.¹⁹⁵ If the proposal for disqualification upheld, consequently, it results vacancy on the tribunal where will be appointed an arbitrator pursuant to the ICSID Arbitration Rules.¹⁹⁶ However, if the proposal is rejected, the proceeding will resume with the same tribunal.¹⁹⁷ On rare occasions, the Chairman of the Administrative Council has asked a third party for a recommendation on a challenge proposal.¹⁹⁸ While it is within the discretion of the Chairman to do so, it is unusual. Even where a recommendation is requested, the Chairman is not bound by it.¹⁹⁹

¹⁹¹ ICSID Convention, Article 38.

¹⁹² ICSID Convention, Article 39.

¹⁹³ ICSID Website, ‘Disqualification of Arbitrators - ICSID Convention Arbitration’. Available at <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Disqualification-of-Arbitrators.aspx>>accessed 5 January 2018.

¹⁹⁴ ICSID Arbitration Rules 9.

¹⁹⁵ ICSID Convention, Article 58, See also ICSID Arbitration Rules 9(4).

¹⁹⁶ ICSID Arbitration Rules 11.

¹⁹⁷ ICSID Arbitration Rules 9(6).

¹⁹⁸ Supra note 9, at 49. Author gives as an example *Generation Ukraine v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 4.16 (September 16, 2003) and *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award 36 (February 6, 2007), the Chairman requested a recommendation from a third party prior to making a decision on proposals to disqualify an arbitrator who formerly held senior staff positions at the World Bank. Such a recommendation was also requested in *Pey Casado v Chile*, supra note 5, and *Abaclat and others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision (December 21, 2011).

¹⁹⁹ Supra note 9, at 49.

Issues in Procedural Requirements

After the proposal of disqualification is filed by parties, the Tribunal or the Chairman of the ICSID Administrative Council will consider whether it was untimely. Yet, neither ICSID Convention nor the ICSID Rules specify a definite deadline for the disqualification proposal beyond which the proposal will not be considered. In accordance with the ICSID Arbitration Rule 9, “A party proposing the disqualification of an arbitrator pursuant to Article 57 of the Convention shall promptly, and in any event before the proceeding is declared closed, file its proposal with the Secretary-General, stating its reasons therefor.” Thereupon, pursuant to the 27 Rule of the ICSID Arbitration Rules, only timely requested, the tribunal will consider the substance of the disqualification proposal and a party that fails to object promptly to a violation of a relevant rule is deemed to have waived its right to object.

In the ICSID Convention: a commentary, Prof. Christoph Schreuer points out that promptly with respect to challenge to disqualify an arbitrator, means the proposal to disqualify must be made as soon as the party concerned learns of the grounds for a possible disqualification.²⁰⁰ As the ICSID Arbitration Rules²⁰¹ does not fix a time limit for submission of challenges, the tribunals must decide case by case basis whether or not a proposal for disqualification has been filed in a timely manner.²⁰² It is an issue when the parties can not benefit from their rights to propose disqualification of an arbitrator, who does not meet the requirements of the ICSID Convention, because of the each tribunal’s personal understanding of the word “promptly”.

However, the ICSID regime is open to the other source of international law. The tribunal can refer to the Regulations of other main international treaties, while deciding the timeliness of the disqualification proposal. Article 11 of the UNCITRAL Rules provides that “[a]

²⁰⁰ C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001) p.1198 (§10).

²⁰¹ ICSID Arbitration Rules 9(1).

²⁰² *Supra* note 1. The author refers to the *Azurix Corp. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/12) where tribunal decided eight months is late and *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3 where even fifty-three days is not prompt enough.

party who intends to challenge an arbitrator shall send notice of his challenge within fifteen days after the appointment of the challenged arbitrator has been notified to the challenging party or within fifteen days after the circumstances mentioned in articles 9 and 10 became known to the party.” Part I of Article 4(a) of the Guidelines of the International Bar Association on Conflicts of Interest provides to the Tribunal a time limit of 30 days of disqualification. Article 11 of the rules of arbitration of the International Court of arbitration of the International Chamber of Commerce provides that “[f]or a challenge to be admissible, it must be sent by a party either within 30 days from receipt by that party of the notification of the appointment or confirmation of the arbitrator, or within 30 days from the date when the party making the challenge was informed of the facts and circumstances on which the challenge is based in such date is subsequent to the receipt of such notification.”²⁰³

Issue in Substantive Requirements

The most frequently alleged ground for disqualification of a member of a Tribunal is manifest lack of the qualities required by Article 14(1) of the ICSID Convention, which means the applicant bear the burden of proof to gather evidence to argue that the arbitrator manifestly lacks the quality of being a person who may be relied upon to exercise independent judgment, not just questioning the quality of the arbitrator. Furthermore, a party may also propose the disqualification of an arbitrator “on the ground that he was ineligible for appointment to the Tribunal under Section 2 of Chapter IV”.²⁰⁴ The relationship between the qualities required by Article 14(1) of the ICSID Convention and the ground for challenge in Article 57 is not perfect.²⁰⁵

The first quality that is required from an arbitrator is to be of ‘high moral character’. This requirement was copied from Article 2 of the

²⁰³ *Supra* note 1, at 3.

²⁰⁴ Section 2 of Chapter IV of the ICSID Convention deals with the constitution of a Tribunal and contains certain restrictions on eligibility relating to nationality and other criteria.

²⁰⁵ Karel Daele, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration* (Kluwer Law International 2012), at 83.

Statute of the International Court of Justice.²⁰⁶ Neither the ICSID Convention, nor the ICSID Arbitration Rules explain what must be understood under “high moral character”. The lack of clear definition of this term was also raised during the drafting of the Convention. Some delegates therefore proposed to delete this requirement.²⁰⁷ Others observed that the concept of ‘high moral character’ could vary in different parts of the world and proposed replacing the concept by ‘integrity’. However, a majority of the delegates was in favour of retaining this wording and so it found its way into the final text of the Convention.²⁰⁸ Second quality that is required from an arbitrator is to be of ‘recognized competence in the field of law, commerce, industry or finance’. Because of the use of the word ‘or’, it is sufficient that the arbitrator has competence in one of the listed fields. The third quality that is required from an arbitrator is to be a person ‘who may be relied upon to exercise independent judgement’.²⁰⁹

The second sentence of Article 57 of the ICSID convention provides that ‘a party to arbitration proceedings may, in addition, propose the disqualification of an arbitrator on the ground that he was ineligible for appointment to the Tribunal under Section 2 of Chapter IV’. The second part of Article 15(1) of the ICSID (Additional Facility) Rules provides that a party may challenge an arbitrator ‘[...] or on the ground that he was ineligible for appointment to the Tribunal under Article 7 of these Rules’. The use of the words ‘in addition’ in Article 15(1) indicates that the ineligibility of an arbitrator is a separate and supplemental ground for challenge.²¹⁰

Before or at the first session of the tribunal, each arbitrator shall sign a declaration statement concerning confidentiality, applicable law, the arbitrators past and present professional, business and other relationships.²¹¹ These factors are often considered as the fact

²⁰⁶ Article 2 of the Statute provides: “The Court shall be composed of a body of independent judges, elected regardless of their nationality from among persons of high moral character, who possess the qualifications required in their respective countries for appointment to the highest judicial offices, or are juris consults of recognized competence in international law”.

²⁰⁷ Supra note 31, at 83.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Supra note 31, at 89.

²¹¹ Rule 6 (2) of the ICSID’s Arbitration Rules.

indicating a manifest lack of the qualities as arbitrators. This part will test the fact thereof to consider what factors and to what extent the factors will be considered as the fact indicating the manifest lack of qualities.²¹²

Allegations that an arbitrator should be disqualified for lack of independence or impartiality arise in various situations. Several of these situations are as follows: (i) professional or personal relationship of arbitrator with a party of its counsel;²¹³ (ii) statement by arbitrator in a case or publication;²¹⁴ (iii) repeated appointments;²¹⁵ (iv) arbitrator roles: The “Double Hat” issue.²¹⁶ Most challenges allege that the arbitrator has a prior or continuing personal or professional relationship with a disputing party or its counsel that improperly affects their ability to decide the case.²¹⁷ However, arbitrators are not disembodied spirits dwelling on Mars, who descend to earth to arbitrate a case and then immediately return to their Martian retreat to await inertly the call to arbitrate another. Like other professionals living and working in the world, arbitrators have a variety of complex connections with all sorts of persons and institutions.²¹⁸

One of the greatest criticisms of investment arbitration is the impartiality of arbitrators. Critics believe that arbitrators produce decisions reflecting their own ideologies and personal self-interests and in a way to maximize their likelihood of future appointments.²¹⁹ On the other hand, absolute impartiality can only be assured by non-human process. In a similar vein, modern accounts of the impartiality of judges and arbitrators are often framed in terms that are absolute, transcendent, superhuman, and even mythological.²²⁰ Therefore, the

²¹² *Supra* note 1, at 15.

²¹³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3).

²¹⁴ *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24.

²¹⁵ *Tidewater Inc. and others v. Bolivian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/10/5).

²¹⁶ When arbitrator acts simultaneously as counsel, arbitrator, and perhaps even as an expert witness in other investment cases. For example, *Societe Generale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13.

²¹⁷ *Supra* note 9, at 53.

²¹⁸ *Supra* note 1, at 9.

²¹⁹ Catherine A. Rogers, *The Politics of International Investment Arbitrators*, (2013)217, 219.

²²⁰ Rogers, Catherine A., *Ethics in International Arbitration* (2014) 311, 313.

existence of a professional²²¹ and personal²²² relationships between members of the tribunal and a party or counsel is not automatic basis for disqualification.

The standard of appraisal of a challenge may be seen to have two constituent elements: (a) there must be a fact or facts (b) which are of such nature or character as to indicate a manifest lack of the qualities required by Article 14 (1). Article 57 of the ICSID Convention requires a “manifest lack of the qualities required” of an arbitrator. The term “manifest” means “obvious” or “evident.” Christoph Schreuer, in his Commentary, observes that the wording manifest imposes a “relatively heavy burden of proof on the party making the proposal...” to disqualify an arbitrator.²²³

There is a believe that investment arbitrations under ICSID will not be workable if the arbitrators can be easily challenged and disqualified. The international investment arbitration framework would cease to be viable if an arbitrator was disqualified simply for having faced similar factual or legal issues in other arbitrations.²²⁴ That’s why, the heavy burden of proof can be treated as the protection of the arbitrators and in deeper sense, the heavy burden is to protect the unique arbitration framework of private v state which should be considered the most cherishable value.

Conclusion

Summarizing the above given issues on disqualification of a tribunal member, it can be concluded that the right to challenge an arbitrator is an essential part of arbitral due process. However, the exercise of the challenge right must be circumscribed by strict time limits, non-compliance with which will result in waiver. Another issue is that under the current framework, the party bears a heavy burden of proof. It was reasonable proposed to delete the requirement of ‘high moral character’ while drafting the Convention, because the world is truly

²²¹ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/17 & ARB/03/19 & UNCITRAL Arbitration).

²²² Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/07/16).

²²³ Supra note 1, at 5. Also see Supra note 26, at 1200.

²²⁴ Supra note 1, at 15.

diversity and there are different standards of understanding of the meaning of 'high moral character' in different parts of the world. In addition, these days world is changing so quick because of the new technologies, respectively people's values and perceptions are changing. With the current standards of proof, it is becoming impossible to prove the lack of high moral character of an arbitrator. Especially, when party tries to proof an impartiality of an arbitrator based on their professional or personal relationships with the other party or counsel. There are a lot of social and professional networks in internet where people meet and exchange ideas, information and point of view. Education became more affordable that people travel from one part of the world to another part. In this perspective, ICSID has to come up with the new definition on high moral character of an arbitrator and standards of proof depending on the current globalization and technology life.

**THE RISE AND RISE AND FALL OF INVESTMENT
TREATY ARBITRATION²²⁵**

A significant distinction between commercial and investment arbitration is the source of the parties' obligation to arbitrate. Commercial arbitrations are contractual in origin, compared with investment disputes which are inherently treaty based. State parties to investment treaties waive their sovereign immunity by granting prospective consent in specific terms to disappointed inbound investors from the other state(s) who have suffered loss arising from breach of defined standards for fair and non-discriminatory treatment, including protection from expropriation without compensation. This paper examines both the rise, and what appears to be the beginning of the fall, of investment arbitration.

The Rise

State obligations by way of prospective consent to arbitrate claims from inbound investors may arise under the terms of multilateral treaty agreements, such as the Energy Charter Treaty and, until the last few months, the North American Free Trade Agreement (**NAFTA**). The incoming Trans-Pacific Partnership Treaty (**TPP11**) signed on 8 March 2018 is the most recent comprehensive multilateral treaty between 11 states and includes specific provisions for investment arbitration in familiar, but updated, terms. More commonly, investment arbitration disputes arise under the terms of bilateral investment treaties (**BITs**) entered into by two contracting states. Following the first BIT between Pakistan and Germany signed on 25 November 1959, some 2,958 BITs and 382 other treaties containing investment provisions have been made.²²⁶ The uptake of international investment

²²⁵ These notes complement an oral presentation on 30 November 2018 at Bishkek Trade Law Seminar, Kyrgyzstan

²²⁶ UNCTAD Investment Policy Hub, International Investment Agreements (<http://investment-policyhub.unctad.org/IIA> – accessed November 2018).

agreements was initially slow, until an explosion of activity in the 1990s, represented in the following table.²²⁷



The radical remedy for an unfairly treated foreign investor to claim damages directly in arbitration proceedings against the host state was slow to be taken up: there were no claims for the first 20 years of the ICSID Convention and only 9 over the next 10 years through to 1997. Since the ICSID Convention’s inception, there have been 904 claims,²²⁸ of which 580 have been finalised, with over 320 claims pending completion to final award or settlement.²²⁹ The following table demonstrates the rise in the the number of claims initiated by investors since 1987.²³⁰

²²⁷ IIA Issue Note, Recent Developments in the International Investment Regime (May, 2018) p. 2.

²²⁸ UNCTAD, Investment Policy Hub, Investment Dispute Settlement, Known treaty-based investor- State arbitrations (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=1000> – accessed November 2018).

²²⁹ UNCTAD, Investment Policy Hub, Investment Dispute Settlement (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=5> – accessed November 2018).

²³⁰ UNCTAD, Investment Policy Hub, Investment Dispute Settlement, Arbitrations initiated 2015 (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByYear>).



Investment arbitrations most commonly are conducted either through the administration of the International Centre for the Settlement of Investment Dispute (**ICSID**) under the aegis of the World Bank, or under the UNCITRAL Rules either through arbitral institutions or as arbitrations *ad hoc*.²³¹

The ICSID Convention came into force in 1966 and is a self-contained regime for arbitrations wholly independent of state laws, including the procedures leading to the final award and enforcement.²³² There are now 162 state signatories to the ICSID Convention, of which 154 have ratified and enacted it into municipal law.²³³ In contrast, the UNCITRAL Rules are optional rules providing for the procedural regulation of an arbitration which, in contrast to the ICSID regime, embrace references to state laws with limited jurisdiction to facilitate the arbitral processes.

The rise of ICSID and UNCITRAL investment arbitrations coincided with an increase in the number of signatories to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (**New York Convention**). There are currently 159 state parties to the New York Convention, which enables in standard terms the

²³¹ ICSID Convention, ICSID/15 – April 2006; UNCITRAL Arbitration Rules 2013 (General Assembly Resolution 68/109).

²³² ICSID Convention, ICSID/15 – April 2006, Chapters IV–VII Arts. 36-63, p. 22-30.

²³³ For a full list of signatories, see <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>.

recognition and enforcement of arbitral awards in the courts of a contracting state, as if a final judgment of the courts of the enforcement state.²³⁴

Popular Fallacy: Investment Arbitration Works Against Sovereign States

There is an increasing widespread perception amongst states that the protection regimes under investment treaties discriminate, and are tilted, against the interests of respondent state parties, including both in outcome and also by having chilling effect on state capacity to adopt regulatory measures to advance or protect the interests of their citizens, as in the fields of economic regulation, health and environment laws.²³⁵

There are objective grounds to assert that these criticisms are more based on prejudice than fact, as they are almost completely denied by the statistics of investment arbitration outcomes. Of some 580 investment claims brought against states between 1987 to 2018, 208 (36%) failed on substantive ground and a further 133 (23%) were settled, 63 (11%) were discontinued and in 13 claims (2%) awards were made but no damages were ordered against states.²³⁶ Of those successes total damages averaged out at less than 20% of the amounts claimed. Hence, the underlying fact is that 72% of claims fail²³⁷ in the sense of no pecuniary award being issued. Correspondingly, only 28% of claims have succeeded. And beyond the finality of a successful monetary award, investor claimants commonly face uncertain enforcement issues, under the New York Convention or otherwise, which range between partial success and none, and most recoveries are merely partial payment only.

²³⁴ For a list of signatories by year, see <http://www.newyorkconvention.org/list-of-contracting-states>.

²³⁵ See A. Roberts & Z. Bouraoui, 'UNCITRAL and ISDS Reforms', EJIL:Talk (6 June 2018) which sets out the concerns of over 20 states regarding the current investment arbitration system with quotes from stake-holders.

²³⁶ UNCTAD, Investment Policy Hub, Investment Dispute Settlement (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS> – accessed November 2018).

²³⁷ A settlement represents a more preferable outcome for states than an award for the full sum sought

Kyrgyzstan's Experiences

Kyrgyzstan has pursued an active pro-investment climate by joining the World Trade Organisation (WTO) and entering into 46 international investment agreements, made up of 37 BITs and 9 other investment treaties, complemented by its Foreign Investment Law 2003 which imposes no limitations upon foreign ownership over assets and business within the State. Between 2004 to 2015, the total foreign direct investment into Kyrgyzstan rose from USD175m to USD1.1bn, mostly in gold mining ventures which account for 41% of all exports.

With 13 known investment claims, the Kyrgyz Republic ranks 19th in terms of states with the most claims brought against them. Of these, 6 claims resulted in final awards and three settled on undisclosed terms. Three claims are pending and two were discontinued. However, numbers of claims aside, the current claims of some US\$1bn alarmingly almost exceed the total of all inbound foreign investment.

The Decline

The Argentinian economic crisis in the 1990s was the catalyst for a shift by state parties to dissatisfaction with the perceived imbalances between protection of interests of foreign investors and national interests of recipient states. The crises resulted in a succession of emergency economic and social measures, including compulsory *pessification* (conversion) of USD denominated investments into devalued Pesos together with other state actions which in turn gave rise to over 30 high value investment claims.

States within the Americas and beyond have become increasingly agitated as to general issues concerning the erosion of state sovereignty and the fettering of capacity to govern, exacerbated by the continuing perceptions, whether correct or not, that investment tribunals are inclined towards finding for claimants. Each of Bolivia, Ecuador and Venezuela have given notice to denounce and withdraw from both the ICSID convention and the BITs to which they were party. Outside the region, other states also have moved to terminate BITs or renegotiate their terms: India (58) Indonesia (28), Denmark (8) and South Africa (9) and Romania. The trend is downward: in 2018 the number

of terminations exceeded the number of new investment treaties entered.

The recent *Achmea*²³⁸ decision of the European Court of Justice mandated the imminent termination of some 90 intra-EU BITs, even if the continuing process of abrogation is somewhat messy and uncertain. Further, as for the CETA treaty with Canada, the EU now demands that it negotiate future BITs on behalf of all EU states. This inevitably will lead to a steep decline in continuing BITs made by a member state with a state outside the union.

On any view, over coming years the number of BITs will decline from just under 3,000 as EU policies concerning intra and extra EU investment treaties bite, but also from other developments, such as the TPP11.

At the multilateral level, NAFTA was quickly reconstituted as the United States- Mexico-Canada Agreement from 30 November 2018 against short ultimatums by President Trump, with the Chapter 11 disputes provisions replaced by a new Chapter 14 effectively abrogating future investment claims, apart from state to state claims. In the same vein, the negotiations of the Transatlantic Trade and Investment Partnership between the United States and the European Union have stalled over the issue of inclusion of the investment court option demanded by the EU. In contrast, the TPP11 (now excluding the United States) embraces a full suite of investment arbitration provisions.

Modifying Existing Treaties

More formally, investment treaties may be amended. However, this happens rarely and with some difficulty. Examples include a number of former Soviet states which have opted to amend their European BITs to bring them into compliance with EU law. Similar actions have been taken in relation to extra-EU BITs, for example to modify MFN clauses or to permit exceptions for national security reasons. This occurred with the Bulgaria-India BIT in 2007 and the Czech Republic-Morocco BIT in 2010. Other actions taken include amendments to arbitration provisions, such as in 1997 between Paraguay and the United

²³⁸ Slovak Republic v. Achmea B.V. (Case C-284/16).

Kingdom and more recently in May 2016 in the Singapore- Australia Free Trade Agreement (FTA).

It has become recognised that traditional BIT terms commonly contain broadly worded substantive protections that insufficiently reserve the capacity of states actors to impose or amend economic, environmental or health regulations. The controversy over restrictions of advertising on tobacco packaging is a recent example.

There also is a capacity to consolidate numbers of investment agreements by termination or substitution. An UNCTAD survey of 167 investment agreements identified 119 as overlapping earlier investment agreements. The CETA “free trade” agreement between the EU and Canada replaces 8 prior BITs. For example, the EU- Singapore FTA replaces 12 existing BITs; the EU-Vietnam FTA replaces 22 BITs, and outside the EU, the 2011 Mexico-Central America FTA concluded replaced 3 prior FTAs.

States also may abandon unratified treaties: Brazil abandoned 14 un-ratified BITs after they were rejected by the Brazilian Congress, and in 2017 after signing the Trans- Pacific Partnership (TPP) and before ratification, the United States withdrew from the treaty prior to it coming into force.²³⁹

The Elephant in the Room: Proposals for an International Investment Court

As much as the 20 years to 2000 marked the apogee of treaty investment arbitration, the end of 20 years into the new millennium signals its coming eclipse. The immediate marker of decline was the European Parliament’s recommended that the EU Commission replace investment arbitration with an Investment Court System (ICS), now coming to be implemented for all new EU investment treaties, including CETA (the EU-Canada) Investment Treaty and the EU-Vietnam FTA.

Proponents of the curial ICS option contemplate an international court of standing, akin the Law of the Sea Tribunal, the World Trade

²³⁹ Presidential Memorandum on Withdrawal from TPP (<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/presidential-memorandum-regarding-withdrawal-united-states-trans-pacific-partnership-negotiations-agreement/>).

Organisation's Secretariat and Appellate Body, the ICC or the like. Indeed, its more fervent proponents display ambition to model the court to the level of the ICJ. This inchoate proposal, promoted by the EU Commission to seize control of the process, has now morphed into a joint-venture between the unaccountable bureaucrats of Brussels and UNCITRAL, united with UNCTAD.

The most recent advance is reported in UNCITRAL Working Group III's 36th Session meeting in Vienna between 30 November and 4 December 2018. Its report published 6 November summarises the proponents' principal criticisms of investment treaty arbitration:

1. There is uneven jurisprudence arising from decisions of successive tribunals *ad hoc*, exacerbated by the absence of an open appeal structure.
2. The arbitrators are selected by the parties, giving rise to a perception that arbitrators are amenable to a characterisation of being 'pro-state' or 'pro-investor'. Further, absence of financial independence and a vested interest in being chosen to sit as an arbitrator in future cases induces the arbitrators not to rule against the party who appointed them.
3. Arbitrators are not currently prevented from 'double-hatting', namely to act as counsel or expert witnesses in other cases, often on similar or related issues to those which they are hearing in their capacity as arbitrator and subject to any conflicts of interest.
4. Tribunals frequently reach incorrect and inconsistent interpretations of the same treaty standards, often with respect to the same or similar facts. This stems from the *ad hoc* nature of the tribunals and the lack of a system of precedent. Hence arbitration tribunals may reach incorrect or inconsistent decisions not subject to appeal or correction, so long as they are not corrupt, act within the jurisdiction afforded to them, grant fair procedures and apply the correct choice of law.
5. The current investment arbitration system lacks an efficient appellate mechanism.
6. Investor-state arbitration is accused of being highly inefficient and incredibly costly, with lawyers' and experts' fees forming

a significant proportion of that cost. It is not uncommon for the costs of an arbitration to run into the millions of dollars.

7. Lastly, the current process is criticised for failing to be sufficiently transparent. Hearings are frequently private, as are the related documents and awards, and proceedings are not available to be viewed online. Further, many claims are heard entirely in private and even their existence is not part of the public record making it difficult to subject them to any form of scrutiny. The vast majority of investor-state disputes bear upon issues of government policy, often involving energy, the environment or issues of employment and human rights. Nevertheless, the public are not allowed access and arbitrations rarely make the news in the way that domestic or international court cases do. Similarly, it is difficult for interested third-parties to have their say, either because they are not permitted to or because they are unaware of what issues have arisen.

The Merits of Reform

Seriatim, each of the 7 listed criticisms is amenable to be dismissed or rejected as fallacious and inherently damaging to the principles of efficient, low-cost finality embraced by the ITA mechanisms.

1. The provision of appeal rights are anathema to the precepts of arbitration that so long as the decision making body is honest, acts within jurisdiction and affords procedural fairness, it has the freedom to get it wrong and without the costs and delays of an appeal.
2. The right of each party to select an impartial member of a three-person tribunal, who in turn selects an impartial presiding member, is commonly seen as one of the positive advantages of the arbitral process.
3. “Double hatting” is an absurd reason to adopt a curial process in investment arbitration. Most international investment arbitrators eschew retainers as counsel. Prohibition might be readily imposed by amendments to the rules of ICSID, UNCITRAL and the like.

4. There is no objective basis to assert either that investment arbitration produces uneven “jurisprudence”. Indeed, opting for a full appeal layer implicitly accepts that erratic decision making is expected to be inherent within a curial regime.
5. It is entirely destructive to finality and efficiency to establish a full appellate structure, which would multiply delay and cost for recourse to an “appeal” body mandated to correct supposed error. Arbitration delayed is finality denied and confounds the commercial interests of claimant investors as much the priorities of respondent states.
6. To say arbitration is costly is to refer to the costs bills of legal representation, which would be expected to multiply with the introduction of appeal structures. As the current investment players are aware, the costs of a party appointed tribunal usually are between 5-7% of the total costs of an arbitration.
7. As a “slow-burn” reform to improve transparency, 24 states have signed the UNCITRAL Mauritius Convention on Transparency that applies an agreed disclosure regime for progressive publication of proceedings in investment disputes. The Convention provides that all information is to be published at the commencement of the arbitral proceedings, that all related documents are to be published; that third-party submissions are to be permitted; that hearings should be open to the public; and that all documents be stored on publicly accessible databases. The extant arbitral system is already capable of improving delivery of transparency goals free from the monolith of conversion to a court structure.

As an informed prediction, on the issue of quality of decision makers, it must be expected that the current cohort of senior and experienced treaty investment arbitrators would eschew appointment to a permanent court.

Conclusion

Over the last 25 years, international investment arbitration has delivered efficiency, cost effectiveness, and finality. However, “reform”

initiatives are now moving with inertia most likely to substitute a wholly unsuitable formal curial process to resolve investment claims.

Apart from the mistaken precepts presented as reasons for reform noted above, the establishment of curial frameworks for remedies must result in the doubling both costs and delay of the usual timeframe of 2.5 to 3 years to final award. These consequences inevitably arise from the introduction of a layer of appeal. Few claimants will be in a position to fund and carry the risk. These factors must in turn push out the risk/reward analyses of litigation funders to close of the availability of third party funding.

The hundreds of delegates, observers, and young practitioners enhancing their personal resumes at the recent October session of the UNCITRAL Working Group III in Vienna were participating in a now unstoppable movement to displace investment arbitration with the rigidities of a curial process. To call a spade a spade, these proposals are not reform. They are bids for power and control, inherent in the DNA of the EU Commission, now moving to overwhelm investment treaty arbitration worldwide. The eventual implementation of ICS, in substitution must lead to the accelerating decline, and maybe destruction, of the establishment over 50 years of investment arbitration as a most radical and successful exercise in international co-operation in the promotion of international investment. With some sense of dismay, disinterested, but informed outsiders are presented with the imagery of a mature golden egg laying goose being throttled by the unhappy combination of political control, power, prejudice and envy.

The bleak prospect is that Investment Treaty Arbitration already is within the penumbra of an uncertain future inherent in mandates for compulsory conversion to ICA dispute resolution systems. Ahead is the gloomy and destructive prospect of complete eclipse.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

- Айдарбекова Ч.А.** судья Конституционной палаты Верховного суда КР
- Алиева Ф.М.** Практикующий медиатор, стипендиат международной программы по коммерческой медиации Weinstein JAMS International Fellowship, генеральный директор Центра Медиации и Переговоров, эксперт Торгово-промышленной палаты КР по медиации, арбитр, заместитель Председателя МТС ТПП КР по медиации
- Сулейменов М.К.** Председатель Казахстанского Международного Арбитража, Директор НИИ частного права Каспийского университета, Председатель Правления Арбитражной Палаты Казахстана, академик НАН РК, д.ю.н., профессор
- Отахонов Ф.** председатель Международного коммерческого арбитражного (третейского) суда при Торгово-промышленной палате Республики Узбекистан, к.ю.н., доцент.
- Сатаркулова И.С.** арбитр, член Наблюдательного Совета МТС ТПП, адвокат
- Омуралиев С.Ч.** Арбитр МТС ТПП КР, Арбитр МТС Чинчжоуского округа КНР, адвокат, медиатор, член Международной Полицейской Ассоциации (IPA, Nottingham, United Kingdom)
- Бит-Аврагим Е.И.** Арбитр МТС ТПП, Управляющий партнер Юридического агентства «VERITAS»
- Дарбышев Ч.А.** Ответственный секретарь МТС ТПП КР
- Constantin Adi Gavrilă** Mediator, General Manager of Craiova Mediation Center

Deniz Kite Güner	PhD
Allison Torline	Attorney-at-Law (New York), Allen &Overy LLP
Dr. Dimitrij Euler	Legal intern at a leading law firm
Dr. Apostolos Anthimos	Attorney at Law (Thessaloniki), M.L.E. (Hanover), Panelist at the .eu ADR Court.
Jomart Joldoshev	LL.M., Partner Jomart& Co Ltd
Gavan Griffith QC	Arbitrator

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие	3
Список использованных сокращений	6
Влияние Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений на становление института коммерческого арбитража в Кыргызской Республике <i>Айдарбекова Ч.А.</i>	7
Медиация и арбитраж: сотрудничать нельзя конкурировать <i>Алиева Ф.М.</i>	11
Признание и принудительное исполнение иностранных арбитражных решений в Казахстане: проблемы теории и практики <i>Сулейменов М.К.</i> <i>Дүйсенова А.Е.</i>	20
Правовые основы признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений в Узбекистане <i>Отахонов Ф.</i>	45
Цели защиты принципа конфиденциальности третейского разбирательства, способы и субъекты его нарушения <i>Сатаркулова И.С.</i>	56
Особенности обжалования, неисполнения или отмены арбитражных решений в отдельных государствах <i>Омуралиев С.Ч.</i>	65
Поручительство в практике третейского суда <i>Бит-Аврагим Е.И.</i>	79
Определение цены иска в ракурсе оплаты регистрационного и арбитражного сбора <i>Дарбышев Ч.А.</i>	90
Mediation and Access to Justice. The Romanian Experience <i>Constantin Adi Gavrilă</i>	106
Alternative or Appropriate <i>Deniz Kite Güner</i>	122
The New York Convention: Future Challenges <i>Allison Torline</i>	127

International Arbitration and the Protection of the Environment: Investors Listening to Civil Society	
<i>Dr. Dimitrij Euler</i>	139
Online Dispute Resolution. The .eu adr Paradigm	
<i>Dr. Apostolos Anthimos</i>	152
Disqualification of an Arbitrator under ICSID	
<i>Jomart Joldoshev</i>	169
The Rise and Rise and Fall of Investment Treaty Arbitration	
<i>Gavan Griffith QC</i>	179
Сведения об авторах	190

Отпечатано:
Типография: ОсОО «М-Махіма»
Адрес: ул. Тыныстановна 197/1
тел: +996 312 900 435
+996 312 902 907
e-mail: m_maxima@inbox.ru
Формат: А5
Печать: 45/32, 14 печ. л.
Бумага: 80 гр
Тираж:
Заказ