

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

4/2021

**АРБИТРАЖ:
ТЕКУЩИЕ ИЗМЕНЕНИЯ И
ДОЛГОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ**

«Турар»
Бишкек 2021

УДК 347.9
ББК 67.410.1
А 79

Ответственный редактор:
Алёнкина Н.Б.

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

А 79 **Арбитраж: Текущие изменения и долговременные
тенденции.** – Б.: Турар, 2021. – 252 с.

ISBN 978-9967-35-079-3

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

Мнение авторов статей может не совпадать с позицией МТС ТПП.



Проект финансируется
Европейским Союзом



Исполнитель:

giz Германское общество по
Международному Сотрудничеству



Rule of Law

Программа «Верховенство права
в Кыргызской Республике - 2-я фаза»



Опубликовано при поддержке Программы «Верховенство права в Кыргызской Республике – 2-я фаза». Программа со-финансируется Европейским Союзом и Федеральным Министерством экономического сотрудничества и развития Германии (BMZ) и реализуется Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH (Германским Обществом по Международному Сотрудничеству). Мнения, выраженные в данной публикации, не отражают точку зрения Европейского Союза, GIZ и Программы.

УДК 347.9
ББК 67.410.1

ISBN 978-9967-35-079-3

© Международный Третейский суд
при Торгово-промышленной палате
Кыргызской Республики, 2021

СОДЕРЖАНИЕ

Список использованных сокращений	5
Приветственное слово Председателя МТС ТПП Майчиева Ш. Ю.....	6
Итак, вы получили повестку в международный арбитраж <i>Айгуль Кенжебаева, Наталья Алёнкина.....</i>	9
Привлечение третьей стороны в международном коммерческом арбитраже <i>Айжан Курманалиева.....</i>	15
Противоречие публичному порядку как основание отмены судами Республики Казахстан решений арбитражей: некоторые теоретические и практические вопросы <i>Сергей Скрябин.....</i>	33
Решения третейского суда по спорам, вытекающим из залоговых правоотношений <i>Мадина Давлетбаева, Наталья Алёнкина.....</i>	63
Является ли залоговое обязательство вечным? <i>Вадим Мелькевич.....</i>	100
Правопреемство в случае смерти залогодателя <i>Нурлан Садыков, Елена Бабицкая.....</i>	118
Из практики рассмотрения одного спора в третейском суде <i>Елена Бит-Аврагим.....</i>	125
Регламент или закон: коллизия или конкуренция? <i>Анастасия Волосатова.....</i>	135

Некоторые аспекты принятия судом иска к производству, если имеется арбитражное соглашение <i>Ажар Тюлегенова</i>	150
Международные инвестиционные споры: прорыв или падение? Кыргызстан, 2021 <i>Индира Сатаркулова</i>	156
Правовое регулирование инвестиционных споров в Кыргызской Республике <i>Жылдыз Тегизбекова, Эльмира Усенова</i>	168
Инвестиционные споры: причины, последствия, выводы Дело Petrobart Limited против Кыргызской Республики <i>Нурбек Сабиоров, Эрмек Мамаев, Курманжан Дастанбек кызы</i> ..	193
Инвестиционные споры: причины, последствия, выводы Дело «Систем Мюхендислик» против Кыргызской Республики <i>Нурбек Сабиоров, Эрмек Мамаев, Курманжан Дастанбек кызы</i> ..	200
Медиация в арбитраже: начало пути <i>Фатима Якумбаева</i>	209
Институционализация арбитража в Кыргызстане <i>Калыгул Салиев</i>	215
A “Golden Age” of International Commercial Arbitration in Central Asia: Quo Vadis, Kyrgyzstan? <i>Elijah Putilin</i>	219
Arbitration for IP and IT <i>Begaim Kaibyl daeva</i>	231
ARB and Legal Tech <i>Begaim Kaibyl daeva, Bekzod Vakhobov</i>	242

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
КР	Кыргызская Республика
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, утверждённый Решением Наблюдательного совета Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики от 3 февраля 2020 года
Типовой закон ЮНСИТРАЛ	Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже
Ускоренный регламент МТС ТПП	Ускоренный регламент Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики, утверждённый Решением Наблюдательного совета Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики от 3 февраля 2020 года

ПРИВЕТСТВЕННОЕ СЛОВО ПРЕДСЕДАТЕЛЯ МТС ТПП МАЙЧИЕВА Ш. Ю.

Уважаемые читатели,

Я рад приветствовать вас на страницах нашего уже четвёртого выпуска Ежегодного сборника статей.

Сегодня Международный Третейский суд при Торгово-промышленной палате КР продолжает оказывать содействие бизнесу в качественном и оперативном урегулировании споров посредством третейского разбирательства.

Количество рассматриваемых дел в МТС ТПП поступательно растёт, что позволяет говорить о долгосрочной финансовой устойчивости института.

Начиная с 2004 года, в МТС ТПП было рассмотрено более 1270 споров на общую сумму исковых требований свыше 144,7 миллионов долларов.

В списке МТС ТПП состоят 176 арбитров из Кыргызстана и 169 арбитров из 29 зарубежных стран.

В Международный Третейский суд при Торгово-промышленной палате КР обращаются стороны из различных стран мира. Статистика дел, рассмотренных МТС ТПП с участием истцов и/или ответчиков из зарубежных юрисдикций, выглядит следующим образом: Австрия - 1 дело, Англия (+ 1 о. Невис) - 7 дел, Болгария - 1, Германия - 2, Гонконг - 1, Израиль - 1, Казахстан - 19, Китай - 7, Куба - 1, ОАЭ - 1, Российская Федерация - 13, Республика Кипр - 1, Республики Корея - 1,

США - 1, Таджикистан - 7, Турция - 9, Узбекистан - 2, Украина - 1 и др.

Общее количество дел с иностранным участием - 76 из 18 стран мира.

Что касается гендерного баланса при назначении (избрании) арбитров, то с 2004 года было назначено (избрано) единоличных арбитров и сформировано составов арбитров в количестве 1284.

Из них в составе трёх арбитров 190 (14,8%) дел.

Исключительно в женском составе арбитров было рассмотрено 37 (19,47%) дел, в мужском – 21 (11,05%).

Количество смешанных составов насчитывает 132 (69,47%).

В составе единоличного арбитра рассмотрено 1094 (85,20%) дел.

Из них арбитры женского пола – 404, мужского пола – 490. Общее количество арбитров, участвовавших в рассмотрении дел – 110.

МТС ТПП выражает особую благодарность всем нашим коллегам, кто участвовал в становлении и развитии института, а именно: Кенебаеву Темирбеку Осмоновичу, Галлямовой Наталье Сидоровне, Брайану Кемплу, Имановой Салтанат Султановне, Айдарбековой Чинаре Аскарбековне, Сатаркуловой Индире Сабатбековне, Чекошеву Айбеку Мелискановичу, Бабицкой Елене Викторовне, Булатовой Юлии Нарыновне, Алёнкиной Наталье Борисовне, Алымбаеву Нурлану Сатылкановичу, Жолдошеву Жоомарту Раимбердиевичу, Носиновой Анаре Марсовне, Алиевой Фидане Мирзабабаевне, Якупбаевой Фатиме Абдыбоходировне, Кайбылдаевой Бегаим Мухитовне, Сунь Ли, нашим арбитрам, партнёрам и друзьям.

Выражаем признательность за поддержку и содействие в развитии арбитража и медиации в Кыргызстане Програм-

ме Европейского союза «Верховенство права в Кыргызской Республике – 2-ая фаза» в лице Стефаноса Карекласа, Радости Тофтисовой, Виктора Кеслера, Динары Идирисовой, Мадалиева Рустама, Залины Абдулхафизовой, Сажиде Батировой, проекту USAID IDLO в лице Фреда Хьюстона, Кымбат Омурзаковой, проекту USAID «Конкурентное предприятие» в лице Чнары Маматовой, Улука Кыдырбаева, Чолпон Асакеевой.

Также благодарю редакционную коллегию и особую благодарность выражаю ответственному редактору Алёнкиной Наталье Борисовне за кропотливый творческий труд по редактированию настоящего сборника, а также благодарю всех авторов статей данного сборника, желаю им успехов и надеюсь на будущее сотрудничество.

У нас впереди большая плодотворная работа на пути к тому, чтобы стать крупнейшим центром по разрешению экономических споров в Центрально-Азиатском регионе, отличающимся высоким уровнем предоставляемых услуг и безграничным доверием сторон и партнёров.

Мы готовы к вызовам и реалиям текущего времени!

С уважением,

***Председатель Международного Третейского суда
при Торгово-промышленной палате КР
Шамарал Майчиев***

ИТАК, ВЫ ПОЛУЧИЛИ ПОВЕСТКУ В МЕЖДУНАРОДНЫЙ АРБИТРАЖ...

Айгуль Кенжебаева¹
Наталья Алёнкина²

С каждым годом центральноазиатские компании всё больше интегрируются в мировую рыночную экономику, совершают различные сделки с иностранными компаниями, и в большинстве случаев одним из важных условий, выдвигаемых иностранной стороной, является включение в договор так называемой арбитражной оговорки - соглашения о том, что, в случае спора, дело будет рассматриваться в международном арбитраже (ICC, SCC, LCA и других, а также ad hoc). В момент заключения договора, как правило, никаких проблем не ожидается, и местная компания соглашается на включение арбитражной оговорки в договор, особенно не задумываясь о последствиях. Однако в реальной жизни в силу разных причин у той или иной стороны сделки может не получиться надлежащим образом исполнить свои обязательства. Между сторонами возникает спор, который они вынуждены решать в международном арбитраже, как они ранее условились. И вот на этом этапе многие наши местные компании делают серьёзные ошибки, которые зача-

¹ Управляющий партнёр международной юридической фирмы «Дентонс Казахстан», e-mail: aigoul.kenjebayeva@dentons.com

² Доцент программы «Право» Американского университета Центральной Азии, к.ю.н., арбитр МТС ТПП, e-mail: alenkinan@auc.kg

стую приводят к большим финансовым, временным и репутационным потерям.

В этой статье нам хотелось бы дать несколько простых и прикладных советов местным компаниям, участвующим в международных арбитражных разбирательствах. Многолетний опыт в области международного коммерческого арбитража в качестве арбитра и юриста, представляющего одну из сторон спора, с одной стороны, и горькая досада за наших бизнесменов, которые с большим трудом отстаивают своё дело, выходят на международные рынки, а потом теряют и деньги, и имя только из-за того, что не учли особенностей международного арбитража, «спрятали голову в песок», привлекли для защиты не тех юристов, не в полной мере воспользовались своими правами, с другой стороны, побудили нас взяться за перо.

Международный арбитраж – это специфическая область юридической практики. Её особенность состоит в том, что арбитраж возникает на основе арбитражного соглашения (оговорки) и во многом основан на автономной воле сторон. Поэтому арбитраж именуется также «частным правосудием». В то же время арбитраж невозможен без поддержки публичной власти в форме принудительного исполнения арбитражных решений государственными судами, заключения государствами международных договоров для обеспечения возможности функционирования арбитражей, гарантированной отмены арбитражных решений судами только по процессуальным основаниям и только в строго установленных международными договорами случаях.

Ещё одной особенностью международного арбитража является то, что в этой сфере по факту действует система прецедента: позиция арбитражного трибунала по тому или иному вопросу, зафиксированная в состоявшемся и опубликованном арбитражном решении, служит своеобразным ориентиром для других аналогичных дел. Поэтому, если вы

оказались в ситуации, когда спор с участием вашей компании передан в международный арбитраж, то нужно отнестись к этому со всей ответственностью: круг источников с сфере арбитража велик и разнообразен. Помимо прецедентов, это и целый ряд международных договоров, Модельный закон UNCITRAL, применимые правила арбитражного института, а также внутреннее законодательство страны в области арбитража и третейского разбирательства.

Перечень особенностей арбитража можно продолжить. Об этом написано бесчисленное количество публикаций самого разного толка: от научных и узкоспециальных до публицистических. Всё это должны знать юристы, которых вы выберете для представления своих интересов. Здесь же мы хотели привести лишь несколько основных рекомендаций, которые, надеемся, помогут на первоначальном этапе, пока вы не поручили ведение дела специалистам, которые уверенно поведут вас вперёд.

Во-первых, никогда не избирайте тактику неучастия в арбитражных разбирательствах. Арбитраж всё равно состоится, независимо от того, будете ли вы в нём участвовать или нет. Но в случае неучастия вы не будете иметь возможности защитить свои права. В таком случае шансы вашего проигрыша возрастают многократно.

Напротив, наша рекомендация: в арбитраже следует быть активными и внимательными. Необходимо в срок готовить и подавать документы, нужно сотрудничать с арбитражем, оперативно отвечая на его запросы и предоставляя информацию. При этом, сторона в арбитраже должна быть на чеку и незамедлительно реагировать на любые отступления или нарушения процедуры в процессе рассмотрения дела, поскольку в арбитраже действует правило об отказе от возражения. Промолчал – значит согласился.

Во-вторых, не экономьте на юристах. Если правда на вашей стороне, то хорошие юристы выиграют дело для вас, и

ваши расходы на юристов и арбитражные сборы будут, скорее всего, возложены на проигравшую сторону. Если у вас слабая процессуальная позиция, то лучшим выходом будет договориться с оппонентом и прийти к мировому соглашению, и желательно до начала слушаний. Если же ситуация сложная, и каждая сторона приводит сильные доводы, то работайте с лучшими юристами, которые смогут выжать из этого положения всё возможное для победы. Наш совет – обратиться к юристам как можно раньше, чтобы у них было достаточно времени на оценку ситуации и подготовку к делу.

В международном арбитраже нужно привлекать юристов, специализирующихся в арбитраже. К выбору таких юристов следует подходить тщательно. Они должны иметь обширный опыт международного арбитража по схожим делам, безупречную репутацию и наилучший послужной список. Зачастую местные компании назначают представителями своих адвокатов или юристов с опытом судебного представительства в национальных судах, не обладающих навыками участия в международном арбитраже. Серьёзная специфика рассмотрения дел арбитражными трибуналами, в отличие от национальных судов, наличие иностранного элемента в деле, выбор иностранного применимого права требуют от представителей специализации в арбитраже. Были случаи, когда одни только неумелые действия таких представителей приводили к проигрышу дела.

Ваши представители в международном арбитраже должны свободно владеть английским языком. Даже если языком производства по соглашению сторон избран другой язык, например, русский, владение английским языком представляется важным в процессе коммуникации представителя с арбитрами и секретариатом арбитражного института, которые, как правило, общаются между собой на английском. Кроме того, подавляющая часть арбитражных прецедентов существует на английском языке. Бывало, что незнание

представителем стороны английского языка, несмотря на участие в арбитраже профессионального переводчика, приводило к недопониманию и в результате к проигрышу дела.

В-третьих, подходите ответственно к выбору арбитра. Желательно, чтобы назначенный вами арбитр был одним из практикующих юристов вашей страны или по крайней мере вашего региона, имеющим опыт в международном арбитраже и свободно владеющим английским языком, для того, чтобы он мог в полной мере выполнять свои функции. Такой арбитр, хорошо зная особенности вашей правовой системы и сложившуюся в стране практику, сможет объяснить другим арбитрам некоторые тонкости обстоятельств дела или общего контекста, непонятные иностранцам, пояснив, к примеру, почему местная компания действовала определённым образом. В арбитражной практике автора настоящей публикации был случай, когда, несмотря на то, что решение было вынесено против местной компании, арбитру удалось убедить двух других арбитров включить в решение такие положения, которые помогли компании избежать уголовного дела в стране своего нахождения.

Помимо резидентства и знания языка, важно обращать внимание на предыдущий опыт арбитра по рассмотрению такого рода споров. Одно из преимуществ арбитража – это уровень экспертизы арбитров, поэтому возможность выбора действительного специалиста по спорной проблеме – это преимущество, которое нужно использовать.

Нужно ли обязательно выбирать именитых арбитров? С одной стороны, известный арбитр будет иметь большое влияние и репутацию среди коллег, и другие арбитры будут внимательно прислушиваться к его мнению. Но с другой, такие специалисты, как правило, очень заняты и есть вероятность, что у него не будет достаточно времени, чтобы глубоко вникнуть в существо спора.

На ваш выбор арбитра также может влиять его возраст, репутация, возможный конфликт интересов, наличие публикаций и сформированная позиция по той или иной проблеме. Оценить все эти факторы при выборе арбитра – также задача юристов, которых вы изберёте для представления своих интересов.

И последнее: не думайте, что в случае чего можно будет «спрятаться» за судами своей страны. Получив решение суда по спорному вопросу, несмотря на наличие арбитражной оговорки, избежать арбитража не удастся. Международный арбитраж всё равно сможет принять дело к своему производству и проигнорировать решения судов, если усмотрит в этом отказ в правосудии или нарушение надлежащего процесса.

Резюмируя, отметим, что международный арбитраж является очень хорошим способом разрешения споров: он нейтральнее, эффективнее, гибче и профессиональнее судебного процесса, решения арбитража признаются и исполняются по всему миру. Однако его преимуществами нужно суметь воспользоваться, иначе все они могут обернуться для вас недостатками.

ПРИВЛЕЧЕНИЕ ТРЕТЬЕЙ СТОРОНЫ В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

Айжан Курманалиева¹

В связи с растущей глобализацией мировой экономики современные коммерческие сделки характеризуются множественностью вовлечённых сторон. Возникновение различных споров, вытекающих из таких сделок, затрагивает права и интересы всех участников сделки. Как следствие, значительная часть дел, рассматриваемых в международных арбитражных учреждениях - это многосторонние споры. К примеру, в 2020 году в 35 процентах дел Гонконгского международного арбитражного центра участвовало более двух сторон². Также, согласно статистике дел Международного арбитражного суда при Международной торговой палате (ICAISS), в 31 процент из 2 498 рассмотренных институтом дел было вовлечено более двух сторон, в 280 делах участвовало более шести сторон, а в двух делах было вовлечено более 100 сторон³.

В последние годы многие арбитражные институты внесли изменения в свои регламенты, регулирующие вопросы

¹ Бакалавр права, Американский университет Центральной Азии, e-mail: kurmanalieva_aiz@auca.kg

² "HKIAC Releases Statistics for 2020," Hong Kong International Arbitration Centre (February 9, 2021), accessed March 28, 2021. <https://www.hkiac.org/about-us/statistics>.

³ "ICC Dispute Resolution Statistics 2019," International Chamber of Commerce (2020), accessed March 14, 2021. <https://iccwbo.org/publication/icc-dispute-resolution-statistics/>.

привлечения третьих лиц к арбитражному процессу, в то время как есть некоторые учреждения, которые никак не регулируют применение данного механизма. Несмотря на то, что количество многосторонних арбитражных разбирательств растёт быстро и имеет большое практическое значение, регулирование данного инструмента в регламентах международных арбитражных институтов вызывает ряд сложных и до сих пор нерешённых вопросов. Данная статья рассматривает проблемы, с которыми арбитры и стороны арбитражного разбирательства сталкиваются в процессе привлечения третьих лиц к разбирательству в сфере международного коммерческого арбитража, а также даёт возможные рекомендации по их разрешению.

Введение

Привлечение третьего лица к арбитражному разбирательству (в зарубежной доктрине данный механизм называется «joinder»), - это процессуальный инструмент для привлечения дополнительной стороны в арбитражное разбирательство по ходатайству одной из сторон рассматриваемого дела или самой третьей стороны¹. Данный инструмент не подразумевает любого участия третьего лица в разбирательстве, а относится лишь к его участию в качестве дополнительного истца или ответчика, для которого арбитражное решение будет носить обязательный характер. В международной доктрине термин «thirdparty» относится и к третьему лицу, и к третьей стороне, однако в данном контексте речь идёт именно о соистцах или соответчиках в качестве сторон, поэтому использование термина «третье лицо» будет неуместно в данной работе.

¹ Dongdoo Choi, "Joinder in international commercial arbitration," in *Arbitration International* 35, ed. William W. Park, (Oxford: Oxford University Press, 2019), no. 1, p. 31, accessed December 11, 2020. <https://www-kluwarbitration-com.ldb.auca.kg:6443/document/kli-ka-ai-2019-01-003?authorfullnamereversed=Choi%2C%20Dongdoo>.

Некоторые международные арбитражные регламенты дают право институту или суду привлечь третью сторону в разбирательство лишь при наличии согласия одной стороны, подающей ходатайство о привлечении третьей стороны, то есть против воли сторон или самого привлекаемого лица. Данный тип регламентов является наиболее гибким в регулировании механизма привлечения третьей стороны.

Например, согласно пункту 2 статьи 4 Швейцарского регламента международного арбитража, если одна из сторон, либо третья сторона требует применения данного инструмента, арбитражный суд должен, принимая во внимание все обстоятельства, которые он считает относящимися и применимыми к делу, вынести решение по такому требованию после консультаций со всеми сторонами¹.

Данная статья не обязывает арбитражный суд получать согласие какой-либо стороны рассматриваемого дела для того, чтобы привлечь третью сторону в разбирательство, консультирования с ними будет достаточно. Такое же регулирование предусмотрено регламентами Венского международного арбитражного центра (VIAC) и Миланской арбитражной палаты при Миланской торговой палате (МСС), в то время как регламент Центра судебного арбитража и медиации (JAMS) не обязывает суд даже консультироваться со сторонами и третьим лицом для вынесения решения касательно привлечения третьей стороны².

¹ Швейцарский регламент международного арбитража (2012), статья 4 (2), (дата обращения: 22.04.2021). https://www.businesslegalconsultancy.com/content/SRIA_russian.pdf.

² "MCC Arbitration Rules," *Milan Chamber of Commerce* (2020), Article 25.7, accessed March 12, 2021. <https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/arbitrato/ARBITRATION%20RULES%202020.pdf>; "VIAC Arbitration Rules," *Vienna International Arbitration Center* (2018), Article 14.1, available at <https://www.viac.eu/en/arbitration/content/vienna-rules-2018-online>; "JAMS Comprehensive Arbitration Rules & Procedures," *JAMS Arbitrators & Arbitration Services*, Article 6 (f), accessed March 31, 2021. <https://www.jamsadr.com/rules-comprehensive-arbitration/>.

Это означает, что, если одна из сторон рассматриваемого дела потребует привлечь третью сторону в разбирательство, а другие стороны с самим привлекаемым лицом будут против этого, суд имеет право принудительно применить данный механизм против воли сторон и третьего лица. В этом случае возникает угроза недействительности арбитражного решения, поскольку принудительное применение данного механизма потенциально нарушает консенсуальную природу арбитражного судопроизводства, а также принципы автономии воли и равенства сторон, конфиденциальности арбитража.

Судебная практика показывает, что судьи противоречиво интерпретируют гибкое регулирование привлечения третьей стороны к разбирательству. Мнения правоведов касательно такого типа регулирования тоже различаются и имеют противоречивый характер. Таким образом, методология данного исследования основана на анализе регламентов арбитражных институтов, сравнительном анализе судебной практики и академической литературы.

С помощью упомянутых источников, исследование анализирует потенциальное нарушение консенсуальной природы арбитражного судопроизводства, принципов автономии воли и равенства сторон, а также конфиденциальности арбитража в связи с применением механизма привлечения третьей стороны к разбирательству, и предлагает возможные рекомендации по их решению.

1. Нарушение консенсуальной природы арбитражного судопроизводства и принципа автономии воли сторон

Очевидно, что принцип автономии воли сторон имеет первостепенное значение в арбитраже, и арбитражное разбирательство носит консенсуальный характер. Общее правило

для участия в арбитражном разбирательстве заключается в том, что только те стороны, которые явно согласились разрешать свой спор в третейском суде, могут участвовать в арбитражном разбирательстве. Принцип автономии воли сторон предоставляет сторонам право определять в договоре, кто может участвовать в арбитражном разбирательстве с ними. Консенсуальный характер арбитража отличает его от государственных судов, поскольку в арбитраже юрисдикция третейского суда вытекает исключительно из договора, заключённого между сторонами, и получение согласия сторон на привлечение третьей стороны кажется необходимым для любого арбитражного разбирательства.

В этом отношении регулирование привлечения дополнительной стороны в некоторых арбитражных регламентах позволяет применять теорию подразумеваемого согласия, если этого требуют обстоятельства, относящиеся и применимые к делу. Согласно этой теории, подписывая арбитражное соглашение и ссылаясь на определённый гибкий арбитражный регламент, который предоставляет суду широкие полномочия по привлечению третьей стороны к разбирательству, стороны дали своё подразумеваемое согласие на возможное применение данного процессуального механизма в будущем.

Некоторые учёные убеждены, что получение согласия как минимум привлекаемой стороны всё ещё необходимо, несмотря на существование теории подразумеваемого согласия и широкие полномочия суда. К примеру, Ф. Лебуланже утверждает, что из-за консенсусного характера арбитража ни одна из сторон не может быть принудительно привлечена к разбирательству против воли¹.

Б. Ханотиу считает, что необходимо получить по крайней мере согласие третьей стороны независимо от положений

¹ Philippe Leboulanger, "Multi-Contract Arbitration," *Journal of International Arbitration* 13 (1996), p.43, accessed March 20, 2021. <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/jia0013&div=40&id=&page=>

арбитражного регламента, и ходатайство о привлечении третьей стороны имеет процессуальную силу только в том случае, если оно было принято привлекаемым лицом.¹ Это означает, что суд по-прежнему обязан получить явное согласие по крайней мере третьей стороны на его привлечение к разбирательству, даже если это прямо не указано в арбитражном регламенте.

С другой стороны, многие правоведы поддерживают идею применения теории подразумеваемого согласия. Например, по словам Д. Чоя, «согласие сторон на привлечение третьей стороны на практике часто подразумевается в арбитражном соглашении, в частности, в ссылке на гибкий арбитражный регламент, разрешающий применение данного механизма против воли сторон», и если одна из сторон рассматриваемого дела возражает против привлечения, то данное возражение «может быть отклонено на основании согласия возражающей стороны разрешать спор в соответствии с гибким арбитражным регламентом»².

Согласно К. Росу, «стороны должны предвидеть возможность принудительного применения данного механизма», а осуществление прав, налагаемых арбитражным регламентом, «не противоречит принципу автономии сторон»³. Р. Бамфорд, К. Мейдмент, Д. Шрамм, Н. Возер, К. Мюллер, Ф. Хабеггер и Т. Цубербюлер также считают, что теория подразу-

¹ Bernard Hanotiau, "Chapter 4: Joinder of Parties and Joinder of Claims: Voluntary and Compelled Intervention of Third Parties, Cross-Claims and Consolidation", in *Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract, Multi-issue – A comparative Study* 14, (2nd ed.), International Arbitration Law Library, (Kluwer Law International 2020), p. 326, accessed December 15, 2020. <https://www.kluwerarbitration-com.ldb.auca.kg:6443/document/kli-ka-hanotiau-2020-ch04?q=Joinder%20of%20Parties%20and%20Joinder%20of%20Claims%3A%20Voluntary%20and%20Compelled%20Intervention>.

² Dongdoo Choi, "Joinder in international commercial arbitration," in *Arbitration International* 35, ed. William W. Park, (Oxford: Oxford University Press, 2019), no. 1, p. 33, accessed December 11, 2020.

³ Cristián Conejero Roos, "Multi-party Arbitration and Rule-making: Same Issues, Contrasting Approaches", in *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference* 14, ed. Albert Jan Van den Berg, (ICCA & Kluwer Law International 2009), p. 427, accessed November 30, 2020.

меваемого согласия может применяться при привлечении третьей стороны, несмотря на возражения сторон, даже несмотря на возражения привлекаемой стороны¹. Одна из основных причин, по которой учёные выражают такую позицию, - это предотвращение риска будущей коллизии арбитражных решений.

Судебная практика демонстрирует противоречивое толкование гибких регламентов и применения теории подразумеваемого согласия. Например, в деле *DigiTelCom vs. Tele2 Sverige* ответчик возражал против привлечения третьей стороны к разбирательству, в то время как суд, ссылаясь на регламент ICDR, решил, что он имеет право привлекать третье лицо, даже если оно не подписывало общий договор между сторонами². Арбитражный суд постановил, что рассмотрение данного дела всесторонне было бы затруднительно без участия привлекаемой стороны, поэтому, несмотря на возражение ответчика участвовать в арбитражном разбирательстве с лицом, с которым он не имеет никаких

¹ Dorothee Schramm, "Commentary on the Swiss Rules, Article 4 (Consolidation and joinder)," in *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (2nd ed.), ed. Manuel, (Kluwer Law International, 2018), p. 361, para. 10, accessed March 31, 2021. [https://www.kluwerarbitration-com.ldb.auca.kg:6443/document/kli-ka-arroyo-edn2-vol1-032-n?authorfullnamereversed=Schramm%2C%20Dorothee;NathalieVoser,%20Multi-party%20Disputes%20and%20Joinder%20of%20Third%20Parties,%20in%2050%20Years%20of%20the%20New%20York%20Convention%20ICCA%20International%20Arbitration%20Conference%2014,%20ed.%20Albert%20Jan%20Van%20den%20Berg,%20ICCA%20Congress%20Series%20\(ICCA%20&%20Kluwer%20Law%20International%202009\),%20p.%20360,%20accessed%20December%2011,%202020;Richard%20Bamforth%20and%20Katerina%20Maidment,%20All%20join%20in,%20or%20not?%20How%20well%20Does%20International%20Arbitration%20Cater%20for%20Disputes%20Involving%20Multiple%20Parties%20or%20Related%20Claims?,%2027%20ASA%20Bulletin%20No.%201%20\(2009\),%20accessed%20March%2031,%202021.](https://www.kluwerarbitration-com.ldb.auca.kg:6443/document/kli-ka-arroyo-edn2-vol1-032-n?authorfullnamereversed=Schramm%2C%20Dorothee;NathalieVoser,%20Multi-party%20Disputes%20and%20Joinder%20of%20Third%20Parties,%20in%2050%20Years%20of%20the%20New%20York%20Convention%20ICCA%20International%20Arbitration%20Conference%2014,%20ed.%20Albert%20Jan%20Van%20den%20Berg,%20ICCA%20Congress%20Series%20(ICCA%20&%20Kluwer%20Law%20International%202009),%20p.%20360,%20accessed%20December%2011,%202020;Richard%20Bamforth%20and%20Katerina%20Maidment,%20All%20join%20in,%20or%20not?%20How%20well%20Does%20International%20Arbitration%20Cater%20for%20Disputes%20Involving%20Multiple%20Parties%20or%20Related%20Claims?,%2027%20ASA%20Bulletin%20No.%201%20(2009),%20accessed%20March%2031,%202021.) [https://www.kluwerarbitration-com.ldb.auca.kg:6443/document/ipn31051?authorfullnamereversed=Bamforth%2C%20Richard;Tobias%20Zuberbuehler,%20Klaus%20Muller%20and%20Philipp%20Habegger,%20Introductory%20Rules:%20Consolidation%20of%20Arbitral%20Proceedings%20\(Joinder\)%20Participation%20of%20Third%20Parties.](https://www.kluwerarbitration-com.ldb.auca.kg:6443/document/ipn31051?authorfullnamereversed=Bamforth%2C%20Richard;Tobias%20Zuberbuehler,%20Klaus%20Muller%20and%20Philipp%20Habegger,%20Introductory%20Rules:%20Consolidation%20of%20Arbitral%20Proceedings%20(Joinder),%20Participation%20of%20Third%20Parties,%20in%20Swiss%20Rules%20of%20International%20Arbitration:%20Commentary%20(Kluwer%20Law%20International%202005),%20p.%2041,%20accessed%20March%2031,%202021.)

² *DigiTelCom vs. Tele2Sverige*, ICDR Дело No. 50-494-T-00309-09, para. 24, (2009). (датаобращения: 26.04.2021). <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-digitelcom-ltd-telco-inc-katel-llc-and-sotel-llc-v-tele2-sverige-abaward-of-arbitrators-thursday-15th-september-2011.>

правоотношений, третье лицо было привлечено в разбирательство.¹

Регламент ICC также предоставляет арбитражному суду широкие полномочия привлекать третью сторону против воли какой-либо из сторон, однако в одном из дел ICC № 12171 суд постановил: «Третьи стороны могут быть допущены к арбитражному разбирательству только в том случае, если все стороны в разбирательстве согласны с этим»². В другом деле ICC было установлено, что «арбитражная оговорка связывает только те стороны, которые подписали оговорку, а не подписавшие оговорку лица могут быть привлечены в разбирательство только при наличии согласия всех сторон арбитражного разбирательства»³.

В данных делах, несмотря на гибкий регламент, судом было определено, что получение согласия всех сторон, включая согласие привлекаемого лица, необходимо для привлечения третьей стороны к разбирательству из уважения автономии воли сторон и консенсуальной природы арбитража.

Рекомендации

Поскольку судебная практика, а также академическая литература демонстрируют противоречивое толкование гибких положений регулирования привлечения третьей стороны к разбирательству, необходимо установить дополнительные правила для устранения или уменьшения существующей правовой неопределённости в данной сфере. Комментарии к гибким арбитражным регламентам заключают, что, когда регламент допускает возможность применения теории подразумеваемого согласия, суд имеет полномочия привлечь третью сторону, несмотря на возражения сторон, однако

¹ Там же.

² В. v. К., ICC case No. 12171, "Award on Third Person Notice," (2005), 270.

³ Note P.C., J. Droit Int'l, ICC case No.15859, Award of 2010, 877.

следует соблюдать определённые правила для установления юрисдикции над этой третьей стороной.

Если третья сторона подписывала основное арбитражное соглашение рассматриваемого дела, суд автоматически получает юрисдикцию в отношении третьего лица. Если же третья сторона не подписывала арбитражное соглашение между сторонами, комментарии к регламентам SwissRules и VIAC предусматривают три основных правила, которым суд должен следовать, принимая решение о привлечении третьей стороны к разбирательству¹.

Во-первых, третье лицо должно подписать арбитражное соглашение по крайней мере с одной из сторон арбитражного разбирательства. Данное подписанное арбитражное соглашение должно содержать следующие идентичные с основным соглашением положения: об арбитражном регламенте, месте проведения арбитража и количестве арбитров. Несоблюдение данного правила может привести к отсутствию юрисдикции над третьим лицом и недействительности решения, так как юрисдикция арбитражного суда напрямую вытекает из договора, а рассматривать дело согласно разным основным положениям нескольких арбитражных оговорок в одном разбирательстве невозможно.

Во-вторых, между третьей стороной и предъявленными исками в ходе арбитражного разбирательства должна существовать тесная связь, и арбитражное решение по определённому делу должно влиять на права и обязанности третьей стороны. Например, если одна сторона предоставила право на использование определённой лицензией с разными сферами охвата двум субъектам, могут возникать риски

¹ Dorothee Schramm, "Commentary on the Swiss Rules, Article 4 (Consolidation and joinder)," in *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* (2nd ed.), ed. Manuel, (Kluwer Law International, 2018), p. 367, accessed March 31, 2021; Paul Oberhammer and Christian Koller, "Article 14 (Joinder of Third Parties)," in *Handbook Vienna Rules: A Practitioner's Guide*, pp. 69 - 81, (Kluwer Law International, 2014), accessed March 21, 2021. <https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-viac-hb-viennarules-0016?q=joinder&type=Commentary>.

коллизии данных прав. Если сторона одного из договоров предъявит иск правообладателю лицензии касательно коллизии предоставленных прав с правами третьего лица, то для правильного и всестороннего толкования двух договоров необходимо участие третьего лица. В данном случае все стороны связаны правом пользования одной лицензией и результат интерпретации договоров повлияет на права всех трёх сторон, поэтому целесообразно привлечь третью сторону в разбирательство.

В-третьих, в случае, если в разбирательстве есть стороны, которые возражают против привлечения третьей стороны, суду или институту следует учесть интересы сторон, требующих привлечения и возражающих против применения данного механизма. С одной стороны, следует рассмотреть вопрос о том, существует ли риск признания решения суда недействительным в связи с нарушением различных принципов арбитражного разбирательства.

С другой стороны, необходимо учесть, будет ли третья сторона способствовать вынесению всестороннего решения с правовой определённой, будут ли приобретены дополнительные существенные доказательства и информация благодаря привлечённому лицу, исключит ли применение данного инструмента риск будущей коллизии арбитражных решений, если такой риск существует. Это означает, что при рассмотрении всех этих вопросов институт или суд должен оценить необходимость участия третьей стороны в разбирательстве для всестороннего анализа обстоятельств дела.

Таким образом, можно сделать вывод, что, когда арбитражный регламент предоставляет третейскому суду право по своему усмотрению применять теорию подразумеваемого согласия на привлечение третьей стороны против воли сторон разбирательства, необходимость привлечения третьего лица может перевесить консенсуальный характер арби-

тража и автономии воли сторон. Стороны договора должны учитывать этот факт при выборе арбитражного регламента в арбитражном соглашении и исключить такую возможность, если пожелают.

2. Потенциальное нарушение принципа равенства сторон

Иное возможное нарушение, которое может возникнуть в процессе применения механизма привлечения третьей стороны к арбитражному разбирательству, - это возможное нарушение принципа равенства сторон в арбитраже, которое может привести к недействительности арбитражного решения. Принцип равенства сторон или равного отношения к сторонам "является одним из основополагающих принципов международного арбитража, который должен соблюдаться как арбитражным институтом, так и арбитражным судом"¹. Очевидно, что данный принцип равенства влечёт за собой равенство сторон в разбирательстве в процессе назначения арбитров.

Многосторонние разбирательства усложняют процесс утверждения состава арбитража, в особенности если трибунал состоит из трёх арбитров, поскольку все стороны имеют право выбирать одного арбитра. В этом случае все три стороны не могут осуществить право назначения арбитра, предоставленное им в арбитражном соглашении, следовательно, принцип равенства сторон может быть нарушен.

¹ Michael Kramer, Guido E. Urbach, Reto M. Jenny, "Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure - Equal Treatment in Multi-Party Arbitration and the Specific Issue of the Appointment of Arbitrators," in *Austrian Arbitration Yearbook 2009*, ed. Christian Klausegger, et al., (Kluwer Law Arbitration, 2009), p. 151, accessed April 30, 2021. [https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1006-244?q=equal&source=Foucharde%20Gaillard%20Goldman%20on%20International%20Commercial%20Arbitration%2C%20Gaillard%20and%20Savage%20\(eds\)](https://www.kluwerarbitration.com/document/kli-ka-1006-244?q=equal&source=Foucharde%20Gaillard%20Goldman%20on%20International%20Commercial%20Arbitration%2C%20Gaillard%20and%20Savage%20(eds)).

Согласно пункту d статьи 5 Нью-Йоркской конвенции, в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, если эта сторона представит компетентной власти доказательства того, что состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или закону той страны, где имел место арбитраж¹. Это означает, что одна из сторон, которая была лишена права назначить арбитра и не одобрила состав суда, потенциально имеет право требовать признания арбитражного решения недействительным в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией.

Данное право подтверждается делом Siemens AG&BKMI Industrienlagen GmbHv. Dutco Consortium Constr. Co., известным как дело Dutco, рассмотренным по регламенту ICC тремя арбитрами в Париже². Dutco предъявила иск против BKMI и Siemens, которые возражали против рассмотрения спора в рамках одного разбирательства, настаивая на разделении производств³. Тем не менее, суд ICC решил провести одно разбирательство, при этом один из арбитров должен был назначаться истцом, а второй — соответчиками по договорённости, а третий арбитр утверждался Председателем ICC⁴.

Ответчики предприняли неудачную попытку отменить вынесенное решение в Апелляционном суде Парижа по мотивам нарушения принципа равенства сторон при утверждении состава арбитража⁵. Однако кассационный суд всё-таки

¹ Конвенция ООН «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» от 10 июня 1958 года. <https://www.newyorkconvention.org/russian>.

² SiemensAG&BKMIIndustrienlagenGmbHv. DutcoConsortiumConstr.Co. Cass. ass. plen. Jan. 7, 1992.

³ Там же.

⁴ Там же.

⁵ Там же.

поддержал доводы ответчиков, и арбитражное решение было отменено. Основанием для отмены решения послужило нарушение принципа равенства сторон арбитражного разбирательства и нарушение публичного порядка¹.

Дело Dutco впоследствии привело к изменению регламента ИСС в части многосторонних разбирательств, в частности, в новую версию регламента было введено положение о том, что в случае отсутствия соглашения сторон относительно кандидатуры арбитра, ИСС обладает правом назначить самостоятельно всех трёх арбитров и выбрать из них председателя.

Суммируя вышесказанное, если регламент напрямую не наделяет арбитражный институт правом назначить арбитров в многосторонних разбирательствах, это потенциально создаёт риск признания арбитражного решения недействительным, так как состав арбитражного трибунала не соответствует соглашению сторон. Сторона, возражавшая против привлечения третьей стороны к разбирательству, будет иметь право оспорить арбитражное решение на основании нарушения равенства сторон в назначении арбитров.

Рекомендации

Один из способов избежать риска недействительности решения на основании нарушения равенства сторон - включить в арбитражный регламент полномочия института по назначению арбитров в многосторонних разбирательствах. Таким образом, в связи с привлечением третьей стороны к разбирательству, институт будет иметь право назначить арбитров, если стороны сами не придут к согласию в данном процессе.

Другим способом может быть обязать третью сторону отказаться от права назначать арбитра и принять состав три-

¹ Там же.

бунала. Таким образом, третья сторона не сможет оспорить арбитражное решение из-за нарушения равенства сторон, а права двух других сторон касательно назначения состава арбитражного суда сохраняются.

3. Нарушение конфиденциальности арбитража

Следующее наиболее встречающееся нарушение, которое может возникнуть в процессе применения механизма привлечения третьей стороны к арбитражному разбирательству, - это возможное нарушение принципа конфиденциальности арбитражного разбирательства. Конфиденциальность арбитражного разбирательства является одной из причин, по которой стороны предпочитают решать споры в арбитражных институтах. Возражающие против участия третьей стороны могут обосновывать своё возражение утратой конфиденциальности арбитражного процесса, ведь привлекаемая сторона не всегда имеет какие-либо правоотношения со всеми сторонами разбирательства.

Кроме того, стороны рассматриваемого дела и привлекаемая сторона могут быть конкурентами в коммерческой сфере, а в процессе разрешения спора возможно разглашение коммерческой тайны или другой конфиденциальной информации сторон. Несмотря на то, что некоторые правоведы, к примеру, Г. Борн и Б. Ханотяу, утверждают, что привлечение третьей стороны к разбирательству вопреки воле какой-либо стороны приводит к потере конфиденциальности арбитражного процесса¹, большинство правоведов склоняются к тому, что принцип конфиденциальности

¹ Bernard Hanotiau, "Chapter 4: Joinder of Parties and Joinder of Claims: Voluntary and Compelled Intervention of Third Parties, Cross-Claims and Consolidation," in *Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract, Multi-issue – A comparative Study 14*, (2nd ed.), International Arbitration Law Library, (Kluwer Law International 2020), p. 326, accessed January 15, 2021; Gary B. Born, "Consolidation, Joinder and Intervention in International Arbitration," in *International Commercial Arbitration* (2nd ed.), (Kluwer Law International 2014), p. 2568, accessed January 15, 2020.

арбитража не является абсолютным и полномочия суда или института не должны быть ограничены в применении из-за данного принципа¹.

Вдобавок, существует множество различных механизмов, которые смогут обеспечить защиту конфиденциальной информации сторон в процессе рассмотрения дела. К примеру, стороны вольны определять, к каким документам или информации будут иметь доступ только арбитры. Стороны могут определить круг лиц, которым эта информация будет доступна. Использование данного метода детально описано в деле ICCNo. 7893, где существует ограничение доступа к конфиденциальной информации в ходе рассмотрения дела только определённым лицам, входящим в «клуб конфиденциальности»². При этом лица, входящие в этот клуб, будут связаны обязательством не разглашать такую информацию.

Более того, правила WIPO об арбитраже и правила IBA, касающиеся принятия доказательств в международном коммерческом арбитраже, также предусматривают возможность назначения независимого советника по вопросам

¹ Marlon Meza-Salas, "Confidentiality in International Commercial Arbitration: Truth or Fiction?," Kluwer Arbitration Blog (September 2018), accessed February 1, 2020. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/23/confidentiality-in-international-commercial-arbitration-truth-or-fiction/>; Jeffrey Waincymer, "Part II: The Process of an Arbitration, Chapter 11: Documentary Evidence," in *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law International (2012), p. 851, 11.6.8.1, accessed March 21, 2021; Emmanuel Gaillard and John Savage, "Chapter II - The Arbitral Proceedings," Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, (1999), p. 693, 1265, accessed March 21, 2021; Laurence Craig, William Park and Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration* (Oxford University Press, 2000), p. 312, accessed March 21, 2021. <https://global.oup.com/academic/product/international-chamber-of-commerce-arbitration-9780379213928?cc=us&lang=en&>; Nathalie Voser, "Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties," in *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference 14*, ed. Albert Jan Van den Berg, ICCA Congress Series (ICCA & Kluwer Law International, 2009), p. 343, accessed December 11, 2020.

² Предписания в отношении конфиденциальности, дело ICC No. 7893 (12 июля 1994), *Journal Du Droit International* (1998), стр. 1069- 1076.

конфиденциальности, который определит, следует ли обеспечивать защиту какой-либо информации, и если да, то на каких условиях и каким лицам она может быть раскрыта частично или полностью¹. В данном случае стороны имеют право скрыть какие-либо документы или доказательства не только друг от друга, но даже и от арбитров. Существует также и множество других механизмов в сфере защиты конфиденциальной информации.

Таким образом, вышеупомянутые механизмы защиты коммерческих тайн или другой конфиденциальной информации в ходе многостороннего арбитражного разбирательства доказывают, что привлечение третьей стороны не нарушает права сторон на сохранение конфиденциальности арбитражного разбирательства.

Суммируя вышесказанное, существует мнение о том, что привлечение третьей стороны к арбитражному разбирательству против воли какой-либо стороны нарушает конфиденциальность арбитража. Однако большинство правоведов приходят к выводу, что принцип конфиденциальности арбитража не является абсолютным и может быть ограничен при необходимости привлечения третьей стороны. Если стороны остерегаются риска разглашения какой-либо конфиденциальной информации, они могут использовать определённые механизмы во избежание такого риска.

¹ "What is a trade secret?", *World Intellectual Property Organization* (2021), accessed April 31, 2021. [https://www.wipo.int/tradesecrets/en/#:~:text=In%20general%2C%20to%20qualify%20as,valuable%20because%20it%20is%20secret%2C&text=be%20subject%20to%20reasonable%20steps,for%20business%20partners%20and%20employees](https://www.wipo.int/tradesecrets/en/#:~:text=In%20general%2C%20to%20qualify%20as,valuable%20because%20it%20is%20secret%2C&text=be%20subject%20to%20reasonable%20steps,for%20business%20partners%20and%20employees;); "IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration," *International Bar Association* (2010), Article 3.8, available at <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentId=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC>.

Вывод

Данная работа продемонстрировала степень неопределённости, с которой сталкиваются арбитры и стороны арбитражных разбирательств, рассматриваемых в соответствии с регламентами арбитражных институтов с гибким регулированием механизма привлечения третьей стороны в разбирательство. Арбитры и правоведы интерпретируют данные регламенты противоречиво, что создает риски неопределённости в принятии решения о применении данного механизма и недействительности арбитражного решения.

Следовательно, регламенты должны содержать подробные инструкции по установлению юрисдикции над третьей стороной. Например, следует указать необходимость обязать третью сторону быть стороной арбитражного соглашения, содержащего идентичные основные положения с основным соглашением, как минимум с одной стороной разбирательства. Более того, между третьей стороной и предъявленными исками в ходе арбитражного разбирательства должна существовать тесная связь. Также, принимая решение о привлечении третьей стороны, необходимо сбалансировать интересы сторон.

Вдобавок, необходимо включить в арбитражный регламент полномочия института по назначению арбитров в многосторонних разбирательствах, так как если согласно договору все три стороны имели право назначить арбитра, осуществление такого права будет невозможно для каждой стороны в многостороннем разбирательстве, значит, для процессуального равенства всех сторон институт должен назначить арбитров.

Что касается сторон арбитражных соглашений, содержащих ссылку на гибкие арбитражные регламенты, им следует предусмотреть возможное привлечение третьих сторон в разбирательство против их воли и исключить такую возможность в договоре, если они того пожелают. В согла-

шении рекомендуется указать, хотят ли стороны обязать трибунал получить согласие всех сторон на привлечение третьей стороны, если нет, то при каких иных обстоятельствах возможно применение данного механизма.

В заключение в статье освещается возрастающая необходимость применять механизм привлечения третьих лиц к арбитражному разбирательству в международном арбитраже и важность введения ясного регулирования присоединения в правилах международного арбитража, которое бы устранило существующие проблемные аспекты в данной сфере.

ПРОТИВОРЕЧИЕ ПУБЛИЧНОМУ ПОРЯДКУ КАК ОСНОВАНИЕ ОТМЕНЫ СУДАМИ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН РЕШЕНИЙ АРБИТРАЖЕЙ: НЕКОТОРЫЕ ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ПРАКТИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ¹

Сергей Скрыбин²

1. Вводные положения

В Казахстане арбитраж³ за годы независимости пережил несколько этапов становления и развития⁴. Ниже мы обратим внимание только на некоторые аспекты, связанные с

¹ Представленная статья является переработанным и дополненным материалом, опубликованным в Интернете. См.: *Скрыбин С. В.* Применение судами Республики Казахстан законодательства об отмене решений арбитражей. Или ещё раз о публичном порядке... // URL: <https://www.zakon.kz/4943694-primenenie-sudami-respubliki-kazahstan.html> (дата обращения: 29.10.2018). В печатной версии материал впервые опубликован в сб.: *Взаимодействие государственных судов и арбитражей в сфере альтернативного разрешения споров: Материалы научно-практического семинара (Алматы, 12 октября 2018 г.) / Отв. ред. М. К. Сулейменов, А. Е. Дуйсенова.* – Алматы, 2019. – 400 с. С. 143-169.

² Кандидат юридических наук, доцент; главный научный сотрудник Института законодательства и правовой информации Республики Казахстан; старший научный сотрудник Института частного права Каспийского университета, e-mail: sergei_skrjabin@mail.ru

³ Этот термин включает и третейский суд.

⁴ См., например, *Сулейменов М. К., Дуйсенова А. Е.* Международный коммерческий арбитраж в Казахстане: перспективы развития // URL: <http://www.zakon.kz/4867583-mezhdunarodnyjj-kommercheskijj.html> (дата обращения: 10.09.2015).

одной из форм взаимодействия государственных судов Республики Казахстан (далее – суд, суды) и арбитражей.

Первоначально суды никак не сотрудничали с арбитражами, даже не замечали их. Каждый был сам по себе. Первые проблемы возникли в сфере принудительного исполнения решений арбитражей. Сегодня, по большей части, они преодолены. И это хорошо.

Ещё одна форма взаимодействия только формируется. Её можно обозначить как пределы контроля (надзора) судов за деятельностью арбитражей. Практика знает примеры, которые наглядно демонстрируют наличие серьёзных проблем в этой сфере, а её текущее состояние весьма противоречиво.

С одной стороны, контроль судов за деятельностью арбитражей необходим. Практике известны и «карманные» арбитражи, и случаи злоупотребления свободой их создания и функционирования. В подобных случаях, можно полагать, должен быть не только некий контроль со стороны судов, но и надлежащим образом обеспечен надзор с использованием механизмов саморегулирования, предусмотренных Законом Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года № 488-V «Об арбитраже» (далее – Закон об арбитраже). Возможно, что эти механизмы нужно совершенствовать и развивать. Но это тема для отдельного исследования.

С другой стороны, глава 56 действующего Кодекса Республики Казахстан от 31 октября 2015 года № 377-V «Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан»¹ (далее – ГПК) содержит правила о производстве по ходатайству об отмене арбитражного решения (ст.ст. 464 и 465 ГПК). Некоторые примеры применения соответствующих норм вызывают достаточно большой общественный ре-

¹ Здесь и далее, если в тексте не сказано иного, нормативные правовые акты международных организаций и Республики Казахстан приводятся по ИС «Параграф» по состоянию на 10 октября 2018 года.

зонанс. Об одном подобном случае ниже будет упомянуто особо. Суть же проблемы можно сформулировать довольно просто: *непонимание или нежелание отдельных судей признать самостоятельность и независимость арбитражей от судебной системы Казахстана*. Ещё один из подобных примеров и дал повод для написания настоящей статьи.

Мы неоднократно были свидетелями того, что судьи судов различных инстанций всерьёз полагают наличие у них компетенции по осуществлению надзора за деятельностью арбитражей. Так, например, участвуя в работе международной конференции в ноябре 2016 года, стал очевидцем выступления представителя Алматинского городского суда, который с упоением рассказывал о судебном контроле за решениями арбитражей. Казалось, что действовавший на тот момент уже более года ГПК не давал поводов для подобных утверждений, ибо содержал достаточно внятные правила о принудительном исполнении арбитражного решения (ст.ст. 253-255 ГПК), уже упомянутые выше правила главы 56 ГПК о производстве по ходатайству об отмене арбитражного решения¹. Мы всегда полагали, что и в подобных ситуациях о надзоре судов за деятельностью арбитражей можно говорить весьма условно. Но практика показала иной подход. Поэтому настоящая публикация являет собой попытку обозначить основные параметры этой формы взаимодействия между судами и арбитражами, анализ некоторых оснований для отмены решений арбитражей, предложение вариантов решения соответствующих проблем.

Но обо всём по порядку.

2. Анализ фактической ситуации

Составом арбитров Казахстанского Международного Арбитража (далее – КМА) 12 февраля 2018 года было вынесено

¹ Анализ законодательства Республики Казахстан в этой сфере, практика его применения и толкования, включая зарубежный опыт, изложены ниже.

решение (далее – решение КМА), которым был разрешён спор между ТОО «Л.» и ТОО «Ш.». Исковые требования ТОО «Л.» к ТОО «Ш.» об истребовании документов и взыскании дебиторской задолженности удовлетворены. В удовлетворении встречных исковых требований ТОО «Ш.» о признании действий ТОО «Л.» по расторжению договора в одностороннем внесудебном порядке незаконным отказано. На ТОО «Ш.» были возложены расходы, связанные с рассмотрением спора.

Определением специализированного межрайонного экономического суда г. Алматы от 14 марта 2018 года (далее – Определение 14.03.2018) заявление ТОО «Ш.» об отмене решения КМА было оставлено без удовлетворения.

Обоснование принятого решения было простым: суд, руководствуясь статьёй 52 Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года № 488-V «Об арбитраже» (далее – Закон об арбитраже), посчитал, что «...законодательством установлен исчерпывающий перечень оснований для отмены арбитражного решения. Согласно пункту 3 статьи 465 ГПК при рассмотрении дела суд устанавливает наличие или отсутствие оснований для отмены арбитражного решения, предусмотренных законом, путём исследования представленных в суд доказательств в обоснование заявленных требований и возражений. При этом основания, указанные в действующем законодательстве, ответчиком суду представлены не были»¹ (с. 2 Определения 14.03.2018).

Определением апелляционной судебной коллегии по гражданским делам Алматинского городского суда от 25 апреля 2018 года (далее – Определение 25.04.2018) частная жалоба ТОО «Ш.» удовлетворена, Определение 14.03.2018 и решение КМА были отменены.

¹ Здесь и далее в тексте приводятся прямые цитаты анализируемых судебных актов.

Суд апелляционной инстанции посчитал, что судом первой инстанции допущены нарушения, предусмотренные статьёй 427 ГПК. Ссылки на конкретные основания к отмене либо изменению решения суда в апелляционном порядке в Определении 25.04.2018 нет. Но из его текста следует суть правовой позиции суда и, соответственно, основание отмены решения КМА: *нарушение публичного порядка*.

Подобных нарушений установлено два.

Первое: «...при рассмотрении дела ответчиком по делу было заявлено ходатайство о необходимости проведения строительно-технической экспертизы на предмет определения качества строительства и расчётов стоимости выполненных ответчиком работ.

Определением состава арбитров КМА в удовлетворении ходатайств о назначении экспертизы отказано.

Согласно статье 48 Закона, по вопросам, не затрагивающим существа спора, выносятся мотивированные определения.

Следовательно, арбитры при рассмотрении дела обязаны были при отказе в удовлетворении ходатайства о назначении экспертизы выносить мотивированное определение. Однако указанное определение вынесено без мотивировки причин принятия такого решения.

При таких обстоятельствах, доводы ответчика о том, что в отсутствие экспертного заключения арбитры, не будучи специалистами в области строительства и финансов, вышли за пределы своих юридических познаний, заслуживают внимания коллегии. ...коллегия приходит к выводу, что составом арбитров нарушен принцип предоставления сторонам равных возможностей для изложения своей позиции и защиты своих прав и интересов, так как не выяснен вопрос о правомерности или необоснованности доводов ответчика о качестве и стоимости выполненных им работ, что *проти-*

воречит публичному порядку» (с. 3 Определения 25.04.2018. Выделено мною – С.С.)

Второе: «...противоречит публичному порядку удовлетворение КМА требований о взыскании суммы задолженности в пользу ТОО «Л.» ...арбитры вышли за пределы исковых требований, вместо убытков взыскали сумму задолженности» (с. 3-4 Определения 25.04.2018. Выделено мною – С.С.)

Постановлением судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан от 15 января 2019 года (далее – Постановление 15.01.2019) Определение 25.04.2018 было отменено. Определение 14.03.2018 оставлено в силе¹.

3. Анализ и сопоставление правовых позиций судов апелляционной и кассационной инстанций

Правовая позиция суда апелляционной инстанции выстраивается посредством упоминания нескольких нормативных документов².

Во-первых, правил Закона об арбитраже. Определение 25.04.2018 содержит только краткое название этого документа, но, сопоставив его текст и текст закона, можно говорить об отсылке судом к правилам подп. 1) статьи 2 (понятие «публичный порядок Республики Казахстан»), подп. 4), 5) статьи 5 (принципы арбитражного разбирательства), статьи 48 (определения арбитража), п. 2 статьи 52 Закона об арбитраже (основания отмены арбитражного решения).

Ссылка суда апелляционной инстанции на подп. 4), 5) ст. 5 и ст. 48 Закона об арбитраже предполагает наличие одного из ос-

¹ Анализ и оценка правовой позиции кассационной инстанции, вытекающие из Постановления 15.01.2019, будут изложены ниже.

² Отметим небрежность суда апелляционной инстанции при цитировании нормативных документов, ибо в тексте Определения 25.04.2018 нет ни одного полного наименования акта. Полагаем, что это само по себе должным образом его характеризует.

нований для отмены арбитражного решения, указанного в п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже. Именно там законодатель указал их исчерпывающий перечень. Все они относятся к существенным нарушениям процедуры арбитражного разбирательства, должны быть надлежащим образом обоснованы (доказаны) как лицом, обратившимся с ходатайством об отмене арбитражного решения, так и судом, его разрешающим¹. Но ни доказательств, ни оснований в Определении 25.04.2018 нет.

Поэтому наибольшего внимания заслуживает ссылка на основание, предусмотренное подп. 1) п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже² – *противоречие арбитражного решения публичному порядку Республики Казахстан*, которое легально и в самом общем виде определено в подп. 1) ст. 2 Закона. Именно это основание требует специального рассмотрения, что и будет сделано в последующем.

Во-вторых, в Определении 25.04.2018 есть ссылка на п. 2 ст. 5 Нью-Йоркской конвенции и нормы «...декларации прав человека ООН и конвенции о защите прав человека и основных свобод». По этим причинам делается вывод о том, что «...нарушение данных прав в рамках арбитража также может быть квалифицировано как нарушение публичного порядка» (с. 2 Определения 25.04.2018).

Можно предположить, что под фразой «декларации прав человека ООН» имеется в виду Всеобщая декларация прав человека, принятая на третьей сессии Генеральной Ассамблеи ООН 10 декабря 1948 года³, а конвенцией о защите

¹ Это утверждение ниже будет обосновано особо.

² Следует отметить ещё один пример небрежности суда апелляционной инстанции при цитировании Закона об арбитраже. Дело в том, что п. 2 ст. 52 Закона содержит два (!) основания отмены арбитражного решения. Судом было использовано только одно, а второе (подп. 2) – спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Казахстан) – в тексте Определения 25.04.2018 никак не упомянуто. Считаем, что данное обстоятельство свидетельствует о формальном подходе суда к разрешению спора.

³ URL: <http://www.un.org/ru/universal-declaration-human-rights/index.html> (дата обращения: 10.10.2018).

прав человека и основных свобод названа Европейская конвенция о правах человека, ETS № 005, принятая в Риме 4 ноября 1950 года¹. Ссылка на статьи данных документов Определении 25.04.2018 не содержит. При этом сведений о ратификации (присоединении) Республики Казахстан к Европейской конвенции о правах человека обнаружить не удалось.

С Нью-Йоркской конвенцией дело обстоит несколько проще. Кто мало-мальски знаком с международными документами по вопросам арбитража, без особого труда скажет, что в Определении 25.04.2018 речь идёт о Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, принятой в Нью-Йорке 10 июня 1958 года (далее – Нью-Йоркская конвенция)². Однако, что очевидно из названия, её положения применяются только к *отношениям, возникающим по признанию и приведению в исполнение иностранных арбитражных решений* (п. 1 ст. 1 Нью-Йоркской конвенции). Предмет же спора был иной – отмена решения КМА. Последнее едва ли может быть признано решением иностранного арбитража. КМА создан и функционирует на территории Республики Казахстан. Иначе говоря, суд применил закон, не подлежащий применению, что относится к частному случаю неправильного применения норм материального права (подп. 2) п. 2 ст. 427 ГПК). Заметим, что правила ст. 5 Нью-Йоркской конвенции (1) практически идентичны положениям ст. 52 Закона об арбитраже и (2) в ней только упоминается о противоречии публичному порядку страны, в которой запрашивается исполнение. Но сам термин никак не раскрывается. Поэтому ссылка на этот документ бессмысленна и юридически несостоятельна.

В-третьих, суд апелляционной инстанции использовал два положения Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее – ГК). Это правила (а) п. 5 ст. 403 ГК о последствиях

¹ С изменениями и дополнениями по состоянию на 11.05.1994 года.

² Республика Казахстан присоединилась к Конвенции в соответствии с Указом Президента РК от 4 октября 1995 г. № 2485.

расторжения договора при существенном нарушении договора одной из сторон, и (б) п. 4 ст. 9 ГК об убытках¹. Иначе говоря, суд *вник в существо спора*.

Изложенное позволяет нормативное обоснование правовой позиции суда апелляционной инстанции оценить следующим образом:

1) Очевидная небрежность в цитировании нормативных правовых актов. По нашему мнению, для актов суда это является недопустимым. Согласно п. 1 ст. 224 ГПК решение суда должно быть законным и обоснованным. Верховным судом было отмечено, что «Решение является законным тогда, когда оно вынесено с соблюдением норм процессуального права и в полном соответствии с нормами материального права, подлежащими применению к данному правоотношению, или основано на применении в необходимых случаях закона, регулирующего сходное отношение, либо исходит из общих начал и смысла гражданского законодательства и требований добросовестности, разумности и справедливости», а «Мотивировочная часть начинается с изложения правовых норм, на основании которых суд принял решение. Исходя из их содержания, суд определяет круг обстоятельств, имеющих значение для дела»². Кроме того, подобный приём не позволяет понять не только название нормативного правового акта³, но и редакцию правил, на которых основана правовая позиция суда. Это особенно важно при постоянном изменении действующего законодательства. В

¹ Особо отметим то, что на с. 3 Определения 25.04.2018 приводится определение термина «задолженность», источник которого не определён. В ГК соответствующего понятия нет, но оно используется в контексте определённых правил. Наиболее близкой к анализируемой ситуации является норма п. 2 ст. 282 ГК о денежном обязательстве.

² См., соответственно, абзац 2 п. 5 и абзац 1 п. 11 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 11 июля 2003 года № 5 «О судебном решении».

³ Заметим, что правила цитирования нормативного правового акта приведены в п.п. 5 и 6 ст. 25 Закона Республики Казахстан от 6 апреля 2016 года № 480-V «О правовых актах».

противном случае обеспечить истинную законность судебных актов просто невозможно.

2) Отмена решения КМА была мотивирована ссылкой на нарушения публичного порядка, которые были «очевидными» для суда апелляционной инстанции, но никак нормативно не обоснованы. Ни одно из оснований для отмены арбитражного решения, указанных в п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже и относящихся к процедуре арбитражного разбирательства, судом не установлено.

3) Цитирование и анализ правил ГК указывает на разрешение спора между участниками арбитражного разбирательства по существу, что в действующем ГПК, Законе об арбитраже является недопустимым и можно квалифицировать в качестве *нарушения правил о компетенции судов при разрешении споров об отмене арбитражных решений*.

Правовую позицию суда кассационной инстанции, изложенную в Постановлении 15.01.2019, можно сформулировать в трёх тезисах.

Во-первых, сторона, заявляющая ходатайство об отмене арбитражного решения, в силу подпунктов 1)-6) пункта 1 статьи 52 Закона об арбитраже, обязана представить доказательства определённых обстоятельств, указанных в законе. В ходатайстве ответчика такие доказательства приведены не были.

Во-вторых, апелляция применила закон, не подлежащий применению. Речь идет о Нью-Йоркской конвенции 1958 года «О признании и приведении в исполнении иностранных арбитражных решений». Мотивы её неприменения заключались в том, что участники спора являются резидентами Республики Казахстан, решение КМА, вынесенное в Республике Казахстан, будет исполняться на его территории.

В-третьих, что наиболее существенно для анализируемой ситуации, было дано правоприменительное толкование

«нарушение публичного порядка» как основания отмены решений арбитражей (подп. 1) п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже).

Здесь имеют значение два обстоятельства. Одно – негативное (указание на то, что не может быть признано таковым), второе – позитивное (т. е. как понимать анализируемое основание).

1) в качестве первого постановлено, что *не является нарушением публичного порядка отказ в удовлетворении ходатайства о назначении экспертизы*. Данное действие поименовано *отказом стороны от права на возражение* (ст. 6 Закона об арбитраже). Иначе говоря, подобное не может быть квалифицировано в качестве нарушения публичного порядка (с. 4 Постановления 15.01.2019).

Аналогичным образом коллегия не признала нарушением публичного порядка различное толкование юридических терминов (понятие «задолженность» вместо указанного в иске понятия «убытки») (с. 4-5 Постановления 15.01.2019);

2) в качестве нормативного толкования высшей судебной инстанции было предложено следующее понимание нарушения публичного порядка: *«арбитражное решение может быть признано нарушающим публичный порядок Республики Казахстан лишь в том случае, если в результате его исполнения будут совершены действия, либо прямо запрещённые законом, либо наносящие ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагивающие интересы больших социальных групп»* (с. 4 Постановления 15.01.2019). На наш взгляд, здесь можно говорить о формировании правовой позиции Верховного суда, которая может иметь существенное значение как для формирования единообразной судебной практики, так и при рассмотрении аналогичных дел.

Последнее наиболее ценно.

4. Отмена решений арбитражей как одна из форм взаимодействия судов и арбитражей

Законодательство Республика Казахстан содержит правила о различных формах взаимодействия судов и арбитражей.

Мы выделим только три:

1) содействие суда в предоставлении обеспечительных мер и получении доказательств (ст. 39 Закона об арбитраже, ст. 157 и 158 ГПК, п. 2 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 12 января 2009 года № 2 «О принятии обеспечительных мер по гражданским делам»). Это положительная сторона, которой обеспечивается нормальное функционирование арбитражей как институтов гражданского общества;

2) взаимодействие судов и арбитражей по принудительному исполнению решений последних. Первоначально в этой сфере было несколько проблем¹. Определённым образом эти отношения выстроились, и сегодня достаточно успешны. В большинстве случаев суды без особых проблем санкционируют принудительное исполнение арбитражного решения (ст.ст. 253-255 ГПК, ст.ст. 54-57 Закона об арбитраже);

3) третья же форма взаимодействия только складывается. Выше мы обозначили её как контроль (надзор) судов за деятельностью арбитражей. Возможно, что точнее будет именовать её как *особую процедуру проверки результатов деятельности арбитражей* – их решений. Речь идёт о правилах главы 56 ГПК (ст.ст. 464 и 465), ст.ст. 52 и 53 Закона об арбитраже, регулирующих соответствующие отношения. Возникает вполне резонный вопрос: *Каковы пределы (границы) подобного контроля со стороны судов?* Полагаем, что во многом от ответа на этот вопрос будет зависеть правовая оценка ситуации с отменой решений арбитражей.

¹ См.: Сулейменов М. К., Дуйсенова А. Е. Международный коммерческий арбитраж в Казахстане: перспективы развития // URL: <http://www.zakon.kz/4867583-mezhdunarodnyj-kommercheskij.html> (дата обращения: 10.09.2015).

Вначале обратимся к комментарию ст.ст. 464 и 465 ГПК¹. Но ответа там не находим, т. к., по существу, это только пересказ правил ГПК, чем страдают многие современные комментарии законов. Можно выделить одно важное положение, в котором автор считает, что «по правилам комментируемой главы суды общей юрисдикции не вправе отменять решения иностранных арбитражных судов. Компетентный суд в соответствии с нормами главы 57 ГПК может только отказать в признании и приведении в исполнение решения иностранных арбитражей»². Для темы настоящей статьи это утверждение можно несколько переиначить: *суды не обладают компетенцией по проверке решений иностранных арбитражей. Они могут это сделать лишь при решении вопросов их принудительного исполнения на территории Республики Казахстан* (ст. 501, ст. 255 ГПК). Обратим внимание на определённую тождественность оснований отмены и признания и (или) приведения в исполнение арбитражных решений (ср. правила ст. 52 и ст. 57 Закона об арбитраже, ст. 255 ГПК). Отмеченная схожесть оснований не исключает отличий этих институтов между собой, но делает возможным выработку *унифицированных подходов при толковании соответствующих оснований каждого из них*. Ибо толкование термина «публичный порядок», что будет вполне очевидно из последующего анализа, во многих случаях идентично.

Первоначально для правильной оценки степени влияния судов на решения арбитражей следует обратить внимание не только на содержание соответствующих нормативных предписаний, но и расположение (место) соответствующих правил в ГПК.

Структурно глава 57 находится в разделе 3 «Производство по пересмотру судебных актов» ГПК. Это означает, что зако-

¹ Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Республики Казахстан. – Астана: Библиотека Верховного Суда Республики Казахстан, 2016. – 808 с. Автор комментария к ст.ст. 464 и 465 ГПК – Б. А. Жуламанов.

² Комментарий ГПК. С. 734.

ходатель *решение арбитражей рассматривает в качестве судебных актов* и никак иначе. Это самостоятельная разновидность производства (процесса), существующая наряду с тремя прочими (апелляционное, кассационное и пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам).

Дополнительно на самостоятельность производства по отмене арбитражных решений указывают следующие обстоятельства:

1) *сокращённый перечень лиц, имеющих право на принесение ходатайства*. Прежде всего – стороны арбитражного разбирательства. Третьи лица обладают таковой возможностью только если они не были привлечены к участию в деле, но в отношении прав и обязанностей которых арбитраж принял решение по основаниям, предусмотренным законом (п. 1 ст. 464 ГПК). Также для нас очевидно отсутствие у органов прокуратуры соответствующих полномочий (см. правила п. 3 ст. 401, п. 2 ст. 435, п. 1 ст. 457 ГПК);

2) *особые процессуальные сроки как для подачи ходатайства, так и для его рассмотрения*.

Так, общий срок для подачи ходатайства об отмене решения арбитражей установлен в течение *одного месяца* со дня получения арбитражного решения (п. 1 ст. 464 ГПК). Он может быть восстановлен по основаниям и в рамках процедуры, предусмотренным п.п. 2-7 ст. 126 ГПК. Формально срок для подачи ходатайства об отмене решения арбитражей похож на общий срок для апелляционного обжалования (см. п. 3 ст. 403 ГПК), но существенным образом отличается от срока на кассационное обжалование (п. 1 ст. 436 ГПК) и пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам (п. 1 ст. 457 ГПК).

Более существенное значение имеет срок рассмотрения ходатайства об отмене решения арбитража. По общему правилу он составляет *десять дней*, но может быть продлен, в

случае необходимости представления дополнительных доказательств, на срок до одного месяца¹;

3) особый акт суда, принимаемый по итогам рассмотрения ходатайства – определение (п. 4 ст. 465 ГПК).

В теории гражданского процесса принято разграничивать акты суда по содержательным признакам. Например, Д. А. Фурсов указывает, что «в судебном решении отражается результат рассмотрения заявленных требований по существу. В судебном определении, напротив, имеет место рассмотрение только отдельных процессуальных вопросов (о принятии заявления к производству, результатах рассмотрения заявления о принятии обеспечительных мер, ходатайства о назначении экспертизы). Лишь некоторые судебные определения свидетельствуют о завершении производства по делу (об оставлении иска без рассмотрения, о прекращении производства по делу, в том числе в связи с утверждением мирового соглашения, отказом от иска). Но и эти определения не предполагают рассмотрения заявленного требования в полном объёме. Вынося такие определения, суд проверяет на предмет соответствия закону и интересам иных лиц условия мирового соглашения или отказа от иска, но не оценивает представленные доказательства, отказывается от подробного выяснения обстоятельств дела и доводов сторон»².

Примерно аналогичные нормативные положения о судебных актах содержит и ГПК, различая их на акты, разрешающие гражданские дела по существу (судебные решения (ст. 223 ГПК), или постановления (статьи 425, 444, 451 ГПК)) и акты, которыми дело не разрешается по существу (т. е. определения, ст. 268 ГПК).

¹ Сравните со сроками иных процедур по пересмотру судебных актов (ст. 415, ст. 436, п. 2 ст. 457 ГПК), так и со сроками рассмотрения гражданских дел судами первой инстанции (ст. 183 ГПК).

² Фурсов Д. А., Харламова И. В. Теория правосудия в кратком трёхтомном изложении по гражданским делам. Том второй: Гражданское судопроизводство как форма отправления правосудия. – М.: Статут, 2009. – 599 с. С. 429.

Подобное легальное и доктринальное различие судебных актов позволяет сделать вывод о том, что *определение суда по результатам рассмотрения ходатайства об отмене арбитражного решения является вспомогательным процессуальным документом, которым разрешается соответствующий спор не по существу, но только по вопросам, определённым законом* (ст. 52 Закона об арбитраже). Очевидно, что указанные особенности свидетельствуют о незначительной формализации процесса отмены решения арбитражей, возможном предположении законодателя в том, что это деятельность суда, не требующая ни серьёзных временных, ни интеллектуальных затрат.

Изложенное ещё раз подтверждает ранее сделанный вывод о том, что *содержание Определения 25.04.2018 указывает на превышение компетенции суда апелляционной инстанции*, т. к. его деятельность свелась к проверке содержания решения КМА на предмет его соответствия закону (ГК).

5. Особенности применения правил о публичном порядке как основании отмены решений арбитражей

Первоначально сделаем краткий анализ ещё одного случая отмены решения КМА, вызвавшего широкое обсуждение в казахстанском профессиональном сообществе.

6 апреля 2016 года КМА было вынесено решение по исковому заявлению компании Н. к компании J. о взыскании двойной суммы задатка за неисполнение обязательств. Этим решением КМА исковые требования истца были удовлетворены частично.

Определением Специализированного межрайонного экономического суда г. Алматы от 27 июня 2016 года решение КМА от 6 апреля 2016 года было отменено. 10 августа 2016 года определением апелляционной судебной коллегии

по гражданским делам Алматинского городского суда оно было оставлено без изменения (далее – Определения 2016).

Постановлением судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Казахстан от 16 мая 2017 года Определения 2016 были отменены, решение КМА от 06 апреля 2016 года оставлено в силе (далее – Постановление ВС 16.05.2017).

Суть правовой позиции определений 2016 можно вкратце обозначить следующей формулой: *отмена решения КМА от 6 апреля 2016 года произошла вследствие нарушения законности и публичного порядка Республики Казахстан.*

В Постановлении ВС 16.05.2017 эта позиция была признана несостоятельной по двум причинам.

- 1) «...суды исходили из требований подпункта 5) пункта 2 статьи 52 Арбитражного регламента КМА, согласно которому решение может быть обжаловано сторонами в компетентном суде в порядке, установленном гражданским процессуальным законодательством Республики Казахстан, если решение противоречит принципу законности. ...регламент КМА не является нормативным актом либо международным договором, следовательно, нормы указанного регламента не могут быть приняты судом в качестве основания для проверки законности решения арбитража. Такие основания для отмены решения не предусмотрены и Законом «Об арбитраже»» (с. 2-3 Постановления ВС 16.05.2017);
- 2) при рассмотрении ходатайства об отмене арбитражного решения «...не были представлены доказательства, подтверждающие, что оспариваемое решение, вынесенное по спору между двумя иностранными коммерческими компаниями, противоречит публичному порядку Республики Казахстан» (с. 3 Постановления ВС 16.05.2017).

Иначе говоря, (а) основания для отмены решений арбитражей должны быть *предусмотрены Законом об арбитраже и*

(б) в судебных актах должны быть приведены *надлежащие доказательства противоречия публичному порядку* Республики Казахстан.

Очевидно, что правовая позиция Верховного суда, выраженная в Постановлении ВС 16.05.2017, выработана для разрешения конкретной ситуации и не является универсальной. Она была бы таковой, если бы было дано (а) толкование термина «публичный порядок» и (б) его соотношение с принципом законности. Для рассмотренного и аналогичных случаев подобное толкование приобрело бы прецедентный характер и стало серьёзным ориентиром для нижестоящих судов при рассмотрении аналогичных дел¹.

Кроме того, представляется ошибочным непринятие во внимание Верховным судом ряда аргументов, высказанных в качестве реакции юридической общественности на принятие определений 2016.

До вынесения Верховным судом Постановления ВС 16.05.2017 соответствующие аргументы были изложены в трёх известных нам публикациях: 1) Сулейменов М. К. «Как судья по своему разумению законы трактовала»²; 2) Открытое письмо арбитражей в Верховный Суд Республики Казахстан и Министерство юстиции Республики Казахстан³ (да-

¹ Следует заметить, что формирование «прецедентной» правовой позиции Верховного суда при разрешении конкретных дел является весьма редким случаем. Чаще всего они формулируются в других документах: 1) обобщениях судебной практики и 2) нормативных постановлениях.

Мы полагаем, что любое решение высшей инстанции должно чётко и недвусмысленно выражать позицию Верховного суда по разрешению конкретного спора. Именно подобный подход будет способствовать предсказуемости судебной практики, что выступает одним из приоритетов развития судебной системы Казахстана.

Подобный пример как раз и представляет правовая позиция, выраженная в Постановлении 15.01.2019, проанализированная выше.

² См.: URL: <http://www.zakon.kz/4804098-kak-sudja-po-svoemu-razumeniju-zakony.html> (дата обращения: 07.07.2016).

³ URL: <http://www.zakon.kz/4810408-otkrytoe-pismo-arbitrazhej-v.html> (дата обращения: 20.08.2016).

лее – Открытое письмо); и 3) Сулейменов М. К. «Судейский беспредел продолжается»¹.

Приведём только общую позицию постоянно действующих арбитражей из Открытого письма, разделяемую нами:

«Закон предусматривает в исключительных случаях возможность отмены арбитражных решений также через систему государственных судов.

Суд имеет право отменить решение арбитража лишь по основаниям, установленным Законом (ст. 52 Закона об арбитраже). А эти основания предусматривают только нарушение арбитражем процессуальных норм (спор не подведомственен арбитражу или выходит за рамки арбитражного соглашения, сторона не была уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, состав арбитража или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон и т. п.)

Из этого вытекает, что суд не имеет права вмешиваться в решение арбитража по существу, не может анализировать и опровергать аргументы арбитража и нормы закона, на которых основываются эти аргументы.

Это является основным принципом арбитражного разбирательства во всём мире: *решение арбитража окончательное и по существу спора обжаловано быть не может.* Смысл такого принципа заключается в том, что арбитраж является альтернативной процедурой по отношению к государственным судам. Стороны сами выбирают арбитров, которые являются независимыми и принимают решения в условиях, исключающих вмешательство в их деятельность государственных органов (ст. 7 Закона об арбитраже).

Если допустить обжалование решения арбитража по существу, *арбитраж превратится просто в ещё одну судебную*

¹ URL: <http://www.zakon.kz/4814246-sudejskijj-bespredel-prodolzhaetsja.html>
(дата обращения: 30.08.2016).

инстанцию, решения которой можно обжаловать во все вышестоящие инстанции, вплоть до Верховного Суда» (выделено мною – С.С.)

Далее, подобная позиция получила развитие на заседании круглого стола, проведённого Верховным судом 30 июня 2017 года, на тему «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже»». На нём были приняты ряд рекомендаций, можно полагать и для нижестоящих судов в том числе, которые представляют интерес для темы настоящей статьи¹.

«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 решение арбитража противоречит публичному порядку» (абзац 2 п. 6 Рекомендаций).

«11. Перечень оснований отмены арбитражного решения, предусмотренный статьей 52 Закона, является исчерпывающим и не подлежит расширительному толкованию.

12. Сторона, против которой вынесено арбитражное решение, должна представить доказательства наличия оснований для отмены арбитражного решения, предусмотренных пунктом 1 статьи 52 Закона.

Суд не вправе пересматривать арбитражное решение по существу.

13. Содержание пункта 2 статьи 52 Закона, согласно которому арбитражное решение отменяется судом в случае определения, что арбитражное решение противоречит публич-

¹ См.: Рекомендации круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» // URL: <http://sud.gov.kz/rus/content/rekomendacii-kruglogo-stola-nekotorye-voprosy-primeneniya-zakona-respubliki-kazahstan-ob> (дата обращения: 10.10.2018). Далее – Рекомендации.

ному порядку Республики Казахстан и что спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Казахстан, входит в круг обстоятельств, подлежащих выяснению судом, независимо от того, что сторона, обратившаяся в суд с заявлением об отмене арбитражного решения не ссылается на данное основание.

Обстоятельства, предусмотренные пунктом 2 статьи 52 Закона, в случае их установления судом, являются безусловным основанием для отмены решения суда» (п.п. 11-13 Рекомендаций. Выделено мною – С.С.).

Ещё одной серьёзной публикацией, появившейся как реакция юридической общественности на принятые Определения 2016, является статья А. К. Калдыбаева и А. В. Линника¹. Особенно важны рекомендации по толкованию и применению понятия «публичный порядок» в международной практике и практике отдельных государств.

В контексте анализируемой ситуации можно привести несколько цитат из этой статьи.

«Законодательство ограничивает основания, влекущие отмену или отказ в исполнении арбитражных решений. Их характер не связан с возможностью ревизии арбитражного решения по существу спора. *Нельзя отменить, например, арбитражное решение по мотивам неполноты исследования обстоятельств дела, неправильной оценки доказательств или применения не того закона.*

Компетентный государственный суд проверяет лишь доводы возражающей против решения стороны с точки зрения соблюдения норм, которые касаются арбитражной юрисдикции и процедур разбирательства. Отмена решения или отказ в его исполнении допускаются, когда спор не подве-

¹ См.: Калдыбаев А. К., Линник А. В. Применение понятия «публичный порядок» в арбитраже //URL: <https://www.zakon.kz/4866591-primenenie-popyatiya-publichnyu.html> (дата обращения: 28.09.2018).

домственен арбитражу, сторона не была уведомлена о назначении арбитра и арбитражном разбирательстве, процедура не соответствовала соглашению сторон и в других конкретных случаях»¹ (выделено мною – С.С.)

Интересны приведённые авторами перечни теоретических случаев нарушений материального и процессуального публичного порядка в арбитраже, примеры практических случаев, которые не подпадают под нарушение публичного порядка². Из числа последних приведём только два из них, которые в определённой степени могут быть экстраполированы на анализируемую ситуацию.

1) Примеры о недостаточной мотивированности арбитражного решения.

Верховный суд Португалии решением от 10 июля 2008 года признал отсутствие нарушения публичного порядка при недостаточном или ненадлежащем мотивировании арбитражного решения³.

Судебная практика Австрии (решение Верховного суда от 28 сентября 2016 года) придерживается мнения, что отсутствие надлежащего обоснования или недостаточное обоснование арбитражного решения не является нарушением публичного порядка Австрии⁴.

2) Пример необращения арбитража к эксперту для расчёта убытков.

Апелляционный суд Турции в своём решении от 22 июня 2016 года признал, что арбитраж имеет право решать, об-

¹ Калдыбаев А. К., Линник А. В. Указ. соч.

² Калдыбаев А. К., Линник А. В. Указ. соч. Авторы ссылаются на Резолюцию 2/2002 Комитета по международному коммерческому арбитражу Ассоциации международного права (ИА) (ссылка 9 в статье). Далее будет указан номер ссылки и сам источник из цитируемой статьи.

³ Ссылка 18: <http://www.bch.pt/ARB022415cm2.pdf>.

⁴ Ссылка 19: <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/12/24/austrian-supreme-court-establishes-new-standards-as-regards-the-decisive-underlying-reasoning-of-arbitral-awards/>

ращаться ли к эксперту за расчётом убытков или нет. Любой из вариантов решения не будет считаться нарушением публичного порядка¹.

И последнее. Можно присоединиться к выводу авторов о том, что «...ссылка на нарушение публичного порядка является самым популярным основанием, последним аргументом проигравшей стороны для обращения за отменой арбитражного решения или отказом в его исполнении. Практически любое нарушение применения законодательства или его неправильное применение, по мнению обжалующей стороны, может являться предметом рассмотрения в государственном суде. ...В этой связи очень важно судам иметь четкое понимание случаев действительного нарушения публичного порядка. Если такое понимание будет искажённым, то это отрицательным образом скажется на эффективности арбитража и защиты участников гражданского оборота, в том числе инвесторов.

Самая главная опасность – это *пересмотр судом арбитражного решения по существу со ссылкой на нарушение публичного порядка*. Тем самым арбитраж будет лишён одного из своих главных достоинств – *окончателности решения*. В этой связи требуется придерживаться ограниченного подхода толкования публичного порядка» (выделено мною – С.С.)

В этом плане весьма показателен опыт Российской Федерации по применению правил о публичном порядке². Обращает внимание обобщение соответствующей судебной практики, которое проводилось ныне упразднённым Высшим Арбитражным Судом, но до сих пор применяемое как самим

¹ Ссылка 22: <http://www.mondaq.com/turkey/x/568466/Civil+Law/Turkish+Court+of+Appeals+The+Arbitral>.

² См., например, Арбитрабельность и публичный порядок // Практика ВС и арбитражных судов округов за II квартал 2018 года // URL: https://zakon.ru/discussion/2018/08/07/arbitrabelnost_i_publichnyj_poryadok_praktika_vs_i_arbitrazhnyh_sudov_okrugov_po_voprosam_arbitrazh (дата обращения: 10.10.2018). Раздел 4 указанного обзора.

Верховным судом Российской Федерации, так и нижестоящими судами¹.

Здесь важен один из последних примеров, в котором Верховный суд РФ применил известный принцип эстоппеля: «Поскольку в настоящем случае о факте предъявления предпринимателем дополнительного соглашения третьей стороне в качестве основания для подачи иска заявителю было известно на стадии третейского разбирательства, отсутствие заявления о том, что третейский суд не обладал компетенцией в начале третейского разбирательства, и дальнейшее бездействие заявителя в процедуре третейского разбирательства не могут рассматриваться, исходя из обстоятельств конкретного правоотношения и при отсутствии доводов по существу спора, как добросовестное процессуальное поведение и влекут за собой утрату права на возражение (эстоппель) в государственном суде»².

Иначе говоря, *оспаривать решение третейского суда на основании отсутствия у последнего компетенции рассматривать спор необходимо в ходе третейского разбирательства*. Подобные заявления, сделанные позже, свидетельствуют о *недобросовестном поведении заявителя*, что не соответствует правилу п. 4 ст. 8 ГК.

Представляет несомненный интерес одна из последних публикаций известного специалиста Российской Федерации в сфере международного частного права А. В. Асоскова³. В

¹ См., например, Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» // URL: http://www.arbitr.ru/as/pract/vas_info_letter/82122.html (дата обращения: 10.10.2018).

² См. Определение ВС РФ от 21.09.2018 N 305-ЭС18-6787 // Документ цитируется по СПС Консультант Плюс.

³ Асосков А. В. Нарушение публичного порядка как основание для отказа в принудительном исполнении решений международных коммерческих арбитражей, принятых на территории Российской Федерации // Журнал «Закон». № 9. 2018. С. 134-142.

ней автором представлен интересный алгоритм, в соответствии с которым следует оценивать наличие оснований для применения оговорки о публичном порядке, а проведённый анализ позволил сформулировать ряд важных выводов:

«1) для отказа в приведении в исполнение решения международного коммерческого арбитража по мотиву нарушения публичного порядка государственный суд должен установить совокупное наличие двух признаков: (1) нарушение (а) фундаментальных (основополагающих) начал (принципов) российской правовой системы или (б) российских норм непосредственного применения (сверхимперативных норм), которое (2) имеет последствия в виде нанесения ущерба суверенитету или безопасности государства, затрагивает интересы больших социальных групп либо нарушает конституционные права и свободы частных лиц;

2) к публичному порядку РФ могут относиться только такие фундаментальные (основополагающие) принципы, которые являются универсальными для всей российской правовой системы и выступают базовыми для экономического, политического или социального устройства РФ. Принципы, свойственные отдельным российским правовым институтам (например, принципы толкования договора, принципы, характеризующие набор доступных кредитору средств гражданско-правовой защиты, а также набор доступных для должника возражений против заявленных требований, и т. п.), напротив, не обладают такими признаками, а потому не входят в содержание понятия публичного порядка РФ;

3) в содержание понятия публичного порядка РФ входят российские нормы непосредственного применения (сверхимперативные нормы) в значении ст. 1192 ГК РФ, но не обычные императивные нормы российского права. Нарушение или неправильное толкование обычной императивной нормы российского права не может являться основанием для применения оговорки о публичном порядке»¹.

¹ Асосков А. В. Указ. соч. С. 141.

В заключении отметим ещё одно обстоятельство. Речь идёт об отменённом Нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 23 декабря 2005 года № 10 «О применении судами некоторых норм законодательства о принудительном исполнении решений третейских судов». Казалось бы, причины отмены очевидны: утратили силу законы, утрачивает силу принятое для их разъяснения и нормативное постановление. Это так. Но при постоянном изменении действующего законодательства, отсутствии замены этого документа другим, можно было сохранить действие это акта, переработав содержание отдельных положений, адаптировав к действующим правилам.

Так, например, относительно анализируемой ситуации важна правовая позиция, выраженная в п. 10 следующего содержания:

«10. В выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение может быть отказано по основаниям, предусмотренным статьей 241-3 ГПК и статьей 48 Закона¹, которые являются исчерпывающими и расширительному толкованию не подлежат.

Доказательства для отказа в выдаче исполнительного листа, предусмотренные подпунктом 1) статьи 241-3 ГПК, представляются стороной, против которой принято решение третейского суда.

Указанные основания проверяются компетентным судом лишь с точки зрения соблюдения процессуальных норм и суд не вправе пересматривать решение третейского суда по существу.

Основания для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение, предусмотренное подпунктом 2) статьи 241-3 ГПК, устанавливаются судом.

¹ Здесь цитируются положения отменённых законов: 1) Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан от 13 июля 1999 года и 2) Закона Республики Казахстан от 28 декабря 2004 года № 22-III «О третейских судах».

Соответствие решения третейского суда публичному порядку Республики Казахстан проверяется судом. *Применение института публичного порядка возможно в исключительных случаях, когда принудительное исполнение решения третейского суда посягает на основы правопорядка Республики Казахстан»* (выделено мною – С.С.).

Изложенное выше позволяет ещё раз оценить правовую аргументацию суда апелляционной инстанции, изложенную в Определении 25.04.2018: *она не соответствует ни действующему законодательству Казахстана, ни рекомендациям Верховного суда, ни его ранней позиции по отмене решений третейских судов.* При этом вполне очевидно тождество с примерами практических случаев ряда зарубежных государств, не подпадающих под нарушение публичного порядка. Правовая позиция Определения 25.04.2018 становится ещё более неочевидной с позиций приведённых доктринальных определений публичного порядка. Ничем подобным оно не может похвастать. Ибо не установлено никаких негативных последствий ни для государства, ни для казахстанского общества. Единственное исключение – интересы самого заявителя, которые едва ли могут претендовать на нарушение публичного порядка.

Выше мы уже отмечали перечни теоретических случаев нарушений материального и процессуального публичного порядка в арбитраже, приведённые А. К. Калдыбаевым и А. В. Линником. Из этих перечней лишь один тезис может иметь косвенное отношение к правовой позиции суда, выраженной в Определении 25.04.2018: «лишение стороны права быть выслушанным (права представлять доказательства, представлять объяснения)»¹.

Не думаем, что этот довод может иметь сколько-нибудь серьёзное значение. Описательная часть решения КМА содержит множество данных об участии представителей ТОО «Ш.» во всех заседаниях состава арбитров КМА, активном

¹ Калдыбаев А. К., Линник А. В. Указ. соч.

использовании ими прав по представлению доказательств, даче пояснений и возражений, реализации иных прав стороны арбитражного разбирательства.

Поэтому Определение 25.04.2018 являет собой пример разрешения спора по существу, которое стыдливо прячется под тенью «публичного порядка». Именно поэтому оно едва ли обладает свойствами законности и обоснованности, необходимыми для каждого акта суда. Скорее мы имеем ещё один случай неправильного, а, возможно, и ангажированного применения судом законодательства Республики Казахстан об отмене решений арбитража. Более того, подобные факты позволяют недобросовестному лицу избежать исполнения обязательств, добровольно принятых им в рамках заключённого договора и реализации права на арбитражное разбирательство. Негативных последствий множество. Нет смысла их перечислять, ибо они очевидны для любого юриста, предпринимателя и просто думающего человека. Поэтому вместо нового предприятия (производства) в Казахстане, мы имеем недострой и лицо, хитро уклонившееся от надлежащего исполнения договорных обязательств. Получается так, что в этом ему помогал государственный орган. И очень хорошо, что высшая судебная инстанция исправила эту правовую ошибку.

6. Некоторые рекомендации вместо заключения

Изложенное позволяет сделать несколько рекомендаций.

1) Верховному суду для обеспечения единства и предсказуемости судебной практики отмены арбитражных решений необходимо (а) обобщить сложившуюся судебную практику и (б) выработать правовые позиции, которые важно отразить в нормативном постановлении по этому вопросу.

2) В правовых позициях по отмене решений арбитражей важно учесть следующие положения, имеющие концептуальный характер:

– само существование и функционирование арбитражей основывается на важнейшем принципе гражданского права – *автономии воли*. Для договоров это положение нормативно закреплено в виде принципа свободы договора (п. 1 ст. 2, ст. 380 ГК), который для арбитражного разбирательства может иметь следующую интерпретацию: (1) стороны свободны в заключении арбитражных соглашений (оговорок), (2) стороны свободны в определении арбитражного института и арбитров, способных рассмотреть их спор, но (3) стороны связаны своим выбором и обязаны следовать решению, вынесенному арбитражем. Попытки обжалования (отмены) арбитражных решений следует рассматривать в качестве *недобросовестного поведения, имеющего целью уклониться от исполнения обязательств, возложенных на участника решением арбитража*;

– необходимо максимально учесть положения Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже от 21 июня 1985 года с изменениями, принятыми 7 июля 2006 года. Республика Казахстан, к нашему сожалению, пока ещё не ратифицировала этот документ. Он в Казахстане официально не публиковался¹. Между тем в пояснительной записке Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже 1985 года с изменениями, принятыми в 2006 году, содержатся интересные рекомендации по применению правил не только об отмене **арбитражного решения**, но и по иным вопросам;

– важно учесть правовую позицию коллегии Верховного суда, изложенную в Постановлении 15.01.2019, существо которой заключается в правоприменительном толковании термина «нарушение публичного порядка» как основания отмены решений арбитражей (подп. 1) п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже).

¹ См. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 год. С изменениями, принятыми в 2006 году. ООН, Вена, 2008.

Этот документ можно скачать по ссылке в Интернете: http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-arb/07-87000_Ebook.pdf (дата обращения: 15.10.2018).

3) При выработке соответствующих разъяснений необходимо учесть тождественность оснований отмены и признания и (или) приведения в исполнение арбитражных решений (ср. правила ст. 52 и ст. 57 Закона об арбитраже, ст. 255 ГПК). Конечно, определённое сходство оснований не исключает отличий этих институтов между собой. Это так. Но полагаем, что нет никаких препятствий предложить унифицированное нормативное разъяснение понятия «публичный порядок» при применении соответствующих оснований каждого из них.

И последнее. Считаем, что правила ГПК об отмене решений арбитражей (глава 56 ГПК) относятся к тому, что председатель Верховного суда назвал «барьерами ГПК»¹. Их действующая редакция ставит арбитражи в некую подчинённость от судов, делает возможным определённый контроль за их деятельностью, в определённой степени подразумевая проверку содержания решений по существу. Это принципиально неверно, ибо не только нарушает принцип автономии воли в гражданском праве, но и создаёт причины для коррупционных проявлений, являет пример неоправданного вмешательства государственного института (суда) в деятельность арбитража. Возможно, что для проверки обоснованности или необоснованности состоявшихся решений арбитражных решений будет достаточно правил об их принудительном исполнении. Ибо и здесь возможна проверка соответствия вынесенного решения арбитража критериям, установленным законом. Прочее мы полагаем примером избыточного правового регулирования, чем часто грешит действующее законодательство Казахстана. Можно предложить Верховному суду дать надлежащее толкование соответствующих нормативных предписаний и инициировать процесс изменений правил гражданского судопроизводства, которое уже было анонсировано его руководством.

¹ См. выступление председателя Верховного суда Ж. К. Асанова // URL: <https://www.youtube.com/watch?v=UBX9AGccgpw> (дата обращения: 12.10.2018).

РЕШЕНИЯ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА ПО СПОРАМ, ВЫТЕКАЮЩИМ ИЗ ЗАЛОГОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Мадина Давлетбаева¹
Наталья Алёнкина²

Несмотря на то, что решение третейского суда венчает процесс третейского разбирательства, отечественных публикаций, посвящённых анализу решений внутренних третейских судов, не так много. Это обусловлено конфиденциальностью споров в третейском суде и затруднённым доступом к решениям, а также отсутствием обобщения и обзоров практики третейских судов в Кыргызстане.

Настоящая публикация призвана частично заполнить этот пробел путём анализа решений третейского суда по спорам, связанным с залоговыми обязательствами. Она стала возможной благодаря проекту USAID и IDLO по обобщению судебных актов местных судов Кыргызской Республики и актов Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики 2018-2019 года и базируется на фактическом материале, собранном во время данного исследования³.

¹ Преподаватель Высшей школы правосудия при Верховном суде КР, адвокат, e-mail: davletma@mail.ru

² Доцент программы «Право» Американского Университета Центральной Азии, арбитр МТС ТПП, e-mail: alenkina_n@ausa.kg

³ Отчёт размещён на сайте Высшей школы правосудия при Верховном суде КР, http://admin-vshp.sot.kg/public/sites/3/2020/02/analit_obzor_zaem.jpg

Авторы в процессе работы ставили перед собой как методологические цели - изучение качества выносимых решений, так и, насколько это возможно, утилитарные – анализ единообразия практики по указанной категории дел, выявление пробелов законодательства, обнаружение случаев принятия судом и арбитражем различных решений по одним и тем же вопросам права.

Причиной того, чтобы вернуться к исследованию по спорам о залоговых правоотношениях и вычленив из него часть, касающуюся решений третейского суда, стали выводы недавнего опроса, в котором судьи государственных судов очень сдержанно отзывались о качестве решений третейских судов:

«45% респондентов не высказали никакого мнения о качестве решений арбитражных судов. При этом 36% опрошенных судей считают решения арбитражных судов некачественными. Среди недостатков судьями отмечались отсутствие аргументации в решении третейского суда, неубедительные доводы, слишком объёмное содержание решения. 9% заявили, что качество было неоднозначным, и только 9% опрошенных назвали решения третейских судов качественными»¹.

По нашему мнению, было бы интересно сопоставить результаты социологического опроса с выводами эмпирического исследования, в рамках которого были изучены 17 решений МТС ТПП по делам о взыскании кредитной задолженности и обращении взыскания на заложенное имущество за период с 2015 по 2018 год, любезно предоставленные одним из банков республики для исследовательских целей на условиях анонимности сторон и обстоятельств дела.

Отдавая отчёт, что данная выборка решений не является в достаточной мере репрезентативной, чтобы судить о прак-

¹ Алёнкина Н., Асанбаева Д. Отношение национальных судов к арбитражу в Кыргызстане / Третейское разбирательство в Кыргызской Республике: современные вызовы и пути решения. – Б.: Турар, 2020, с.45

тике вынесения решений третейским судом в целом, тем не менее, полагаем, что она даёт некоторое представление об оформлении и содержании решений третейского суда, позволяет проследить их специфику в сравнении с решениями компетентных судов, а также обратить внимание на сложности с которыми сталкиваются арбитры при их вынесении.

Авторы настоящей статьи остановятся на правовой природе решения третейского суда, требованиях к оформлению, содержанию решения третейского суда, правилах его вынесения, а после проследят, насколько проанализированные акты соответствуют требованиям закона и применимых правил третейского суда.

I. Правовая природа решения третейского суда: национальное измерение¹

Закон о третейских судах не даёт определения решению третейского суда. Поскольку деятельность постоянно действующих третейских судов регулируется применимыми правилами², обратимся к Регламенту МТС ТПП.

Статьёй 1 Регламента МТС ТПП под решением понимается как решение МТС ТПП о применении мер по обеспечению иска, так и иное другое решение МТС ТПП, принятое в соответствии с данным Регламентом.

Уже из определения видно, что понятие «*решение*» не является монолитным, а вбирает в себя целый спектр решений по разным вопросам. Далее, Регламент МТС ТПП развивает эту мысль и определяет несколько видов решений:

¹ При написании этой статьи использованы: *Асель Шербото*. Решение третейского суда. Программа USAID и IDLO по укреплению судебной системы в Кыргызской Республике. Ред. Алёнкина Н., Бишкек, 2017, а также материалы интенсивного тренинга для адвокатов и арбитров «Подготовка решения третейского суда», 28 и 29 сентября 2017 г. (*Н. Натов, Н. Алёнкина, А. Шербото*).

² Пункт 2 статьи 4 Закона о третейских судах.

- решение по существу (пункт 44.1 статьи 44 Регламента МТС ТПП);
- промежуточное решение (пункт 44.2. статьи 44 Регламента МТС ТПП);
- дополнительное решение (пункт 44.2. статьи 44 и пункт 48.3 статьи 48 Регламента МТС ТПП);
- решение на согласованных условиях (пункт 49.1 статьи 49 Регламента МТС ТПП).

В настоящей публикации мы остановимся только на решениях по существу спора.

Правовая природа решения третейского суда остаётся достаточно дискуссионной. Наиболее часто решение третейского суда характеризуется в качестве акта применения права, существование и действие которого обусловлены концессией (уступкой) со стороны государственной власти¹.

Для того чтобы определить, является ли акт третейского суда решением, следует опираться не на форму и наименование акта, а на его функцию. Так, любое решение, которое окончательно разрешает вопрос по существу, затрагивающее права и обязанности сторон, является арбитражным решением².

В литературе выделяют несколько основных характеристик, которые отличают арбитражное решение. Арбитражное решение:

- завершает спор в отношении конкретного вопроса, определённого в решении так, что оно имеет силу *res judicata* между сторонами; если это окончательное решение, то оно прекращает юрисдикцию арбитражного суда;

¹ Чупахин И. М. «Решение третейского суда: теоретические и прикладные проблемы». Автореферат диссертации на соискание учёной степени кандидата юридических наук, Екатеринбург 2012, с.9

² Comparative International Commercial Arbitration (Lew, Mistelis and Kroll; Jan 2003), p.24-12

- разрешает соответствующие претензии сторон;
- может быть подтверждено путём признания и приведения в исполнение;
- может быть оспорено в судах места проведения арбитража¹[там, где оно применимо].

Анализ содержания Закона о третейских судах и Регламента МТС ТПП позволяет выделить следующие свойства решения третейского суда:

1. Обязательность

Обязательность исполнения решения третейского суда является одним из принципов третейского разбирательства (преамбула Закона). Далее, этот принцип повторён в виде нормы, устанавливающей обязанность сторон: в силу статьи 28 Закона о третейских судах *стороны обязаны исполнить решение третейского суда* в порядке и сроки, установленные в решении.

2. Исполнимость

Из указанного положения закона об обязанности сторон исполнить решение третейского суда вытекает свойство исполнимости решения, которое состоит в *возможности реализовать предписания, содержащиеся в решении третейского суда*, помимо воли сторон. Данная норма развивается посредством закрепления в законодательстве механизма получения в компетентном суде исполнительного листа на решение третейского суда. При этом исполнимость следует понимать не как фактическую реализацию, а *законность и обоснованность решения*, обеспечивающую потенциальную возможность его исполнения.

3. Исключительность

Свойство исключительности решения третейского суда выражено в его окончательности. Так, в статьях 137, 222 ГПК КР установлен запрет на повторное рассмотрение исков с

¹ Там же, р.24-13

тем же предметом и с тем же основанием, решение по которым принято третейским судом.

4. Неопровержимость

Неопровержимость рассматривается как *запрет пересмотра по существу вступившего в силу решения третейского суда*, причём это свойство в решении третейского суда проявляется в большей степени, чем в решении компетентного суда, ввиду отсутствия инстанционности и механизма обжалования.

Внутренний самоконтроль со стороны третейского суда производится лишь до вынесения решения. На этом положении базируется статья 12 Закона о третейских судах, которая прямо предусматривает, что полномочия арбитра прекращаются после 60 дней со дня принятия решения по делу, за исключением случаев, предусмотренных статьёй 42 Закона.

5. Окончателность

Окончателность решения третейского суда рассматривается в двух значениях:

- запрет пересмотра решения по существу самим третейским судом и
- запрет обжалования решения третейского суда в государственный суд, что вытекает из статьи 28 Закона о третейских судах и пункта 4.4. статьи 4 Регламента МТС ТПП, а также проявляется в содержащемся в пункте 4 статьи 420 ГПК КР запрете государственному суду пересматривать решение третейского суда по существу.

Механизм проверки решения третейского суда компетентным судом включает в себя проверку решения только на его соответствие формальным критериям в процессе рассмотрения вопроса о выдаче исполнительного листа на

принудительное исполнение решения третейского суда. Критерии проверки изложены в статье 421 ГПК КР и статье 42 Закона о третейских судах и являются исчерпывающими.

Об окончательности решения третейского суда высказалась и Конституционная палата Верховного суда КР. Согласно правовой позиции Конституционной палаты обязанность исполнить решение третейского суда – это обязанность, которая вытекает из договора о передаче спора в третейский суд:

*«Третейское соглашение (арбитражная оговорка) и решение третейского суда рассматриваются как **две части единого договора** - договора о передаче спора в третейский суд».*

«...окончателность решения третейского суда и невозможность его обжалования вытекают из правовой природы института третейских судов, которые основаны на принципе автономии воли и свободы договора; также эти положения являются своего рода результатом принятых на себя обязательств по заключённому третейскому соглашению...»

6. Законность и обоснованность

Законность и обоснованность решения третейского суда выражается в требовании закона указать в решении обстоятельства дела, на основании которых оно было принято, и нормы законодательства, которыми третейский суд руководствовался при вынесении решения. Это делает нелигитимными немотивированные решения.

Важность обоснованности решений третейского суда основана также на том, что в силу конфиденциальности третейского разбирательства в суд для получения исполнительного листа поступают не все материалы дела, а только решение третейского суда, которое в связи с этим должно

максимально полно охватывать все процессуальные и материальные вопросы, рассматриваемые третейским судом во время третейского разбирательства.

II. Принятие и оформление решения третейского суда

Статья 29 Закона о третейских судах предусматривает, что решение третейского суда принимается после исследования обстоятельств дела большинством голосов третейских арбитров, если иное не установлено применимыми правилами или соглашением сторон.

Таким образом, Закон устанавливает равную силу голосов арбитров. Председательствующий состава не имеет решающего голоса при голосовании.

Решение третейского суда принимается в письменной форме и подписывается составом третейского суда. Ни Закон о третейских судах, ни Регламент МТС ТПП не говорят о том, должно ли быть решение подписано арбитрами как единый документ либо допускается проставление подписи арбитрами на идентичных копиях одного и того же документа¹.

Формулировка Закона о том, что решение *«подписывается составом третейского суда»*, указывает на то, что решение должно быть подписано всеми арбитрами состава. Подписи большинства арбитров либо только председательствующего состава не достаточно. Если кто-то из арбитров не может подписать арбитражное решение, Председатель МТС ТПП удостоверяет это обстоятельство своей подписью с указанием причин отсутствия подписи арбитра. Такие случаи порой встречаются в практике МТС ТПП, например, по причине серьёзной болезни арбитра либо командировки.

Арбитр, не согласный с решением большинства членов третейского суда, вправе изложить своё особое мнение, кото-

¹ Comparative International Commercial Arbitration (Lew, Mistelis and Kroll; Jan 2003), p.24-57

рое прилагается к решению. Стороны вправе ознакомиться с особым мнением третейского арбитра.

Особое мнение арбитра может быть двух видов: когда арбитр согласен с итоговым выводом по делу, но не согласен с обоснованием, и когда арбитр не согласен ни с итоговым решением, ни с обоснованием. Поскольку содержание обсуждения состава арбитров не доводится до сведения сторон, арбитр должен быть аккуратен при изложении особого мнения, чтобы не раскрыть «внутренней кухни» состава арбитража и не послужить поводом для противодействия в принудительном исполнении. Особое мнение не является частью решения, но оно прилагается к решению.

Случаи особых мнений на решения третейского суда нечасты в МТС ТПП, среди исследуемых решений таковые не встречались.

Ни Законом о третейских судах, ни Регламентом МТС прямо не установлены временные ограничения на подготовку решения третейским судом. Этот срок ограничен общим сроком третейского разбирательства – 3 месяца по обычному Регламенту МТС ТПП и 2 месяца по Ускоренному регламенту. При этом сроки могут быть продлены Председателем МТС ТПП. Это, прежде всего, связано с пониманием невозможности установления одинаковых временных рамок для всех типов дел, а также в целях недопущения заявления в процессе обращения в суд за принудительным исполнением решения о нарушении третейским судом надлежащих процедур, в данном случае сроков.

Решение принимается от имени третейского суда и объявляется на его заседании. Третейский суд вправе объявить только резолютивную часть решения, если иное не установлено соглашением сторон. В этом случае мотивированное решение должно быть направлено сторонам не позднее 5 дней (по регламенту МТС ТПП - 10 дней) с момента объявления резолютивной части решения.

Третейский суд вправе отложить принятие решения и вызвать стороны на дополнительное заседание, если это будет признано необходимым для разрешения спора.

Решение третейского суда считается принятым в месте третейского разбирательства и в день, когда оно объявлено третейским судом.

III. Содержание решения третейского суда

Пункт 2 статьи 31 Закона о третейских судах указывает на обязательные реквизиты решения третейского суда, не разграничивая его структуру по типу решений государственных судов на вводную, описательную, мотивировочную и резолютивную части (часть 1 статьи 202 ГПК).

Так, решение третейского суда должно содержать:

- дату его принятия, состав третейского суда, место и время разбирательства;
- наименование сторон третейского разбирательства (спора), фамилии и должности их представителей с указанием полномочий;
- предмет спора, заявления, ходатайства, объяснения участвующих в разбирательстве лиц;
- обстоятельства дела, установленные третейским судом, доказательства, на которых основаны выводы третейского суда об этих обстоятельствах, законодательство и иные нормативные правовые акты, которыми третейский суд руководствовался при принятии решения;
- мотивы, на которых основано решение;
- резолютивную часть, в которой указываются:
- содержание принятого решения;
- распределение расходов, связанных с рассмотрением дела;

- срок и порядок исполнения принятого решения.

Дополнительно, пункт 47.1. статьи 47 Регламента МТС ТПП предусматривает необходимость включения в решение третейского суда также следующих сведений:

- наименования третейского суда;
- номера дела;
- наименований других (помимо сторон спора) лиц, участвующих в третейском разбирательстве;
- краткое изложение обстоятельств дела;
- доводы, по которым третейский суд отклоняет те или иные доказательства и не применяет законы и иные нормативные правовые акты, на которые ссылались лица, участвующие в третейском разбирательстве;
- подписи арбитров;
- печать МТС ТПП.

Во всех изученных решениях МТС ТПП имеются необходимые реквизиты, позволяющие условно разграничить содержание решений на вводную, описательную, мотивировочную и резолютивную части.

Исключение составляет дело № 2-1-711-271016, в решении по которому в связи с утверждением третейским судом мирового соглашения оправданно отсутствует мотивировочная часть.

Существенно отличается от других решение по делу № 2-1-626-290316, в котором выделены вводная часть, обстоятельства дела, процессуальные обстоятельства дела, мотивы решения и резолютивная часть решения, что по содержанию совпадает с описательной и мотивировочной частями решений. Учитывая отсутствие в Законе о третейских судах и Регламенте МТС ТПП обязательной структуры решения, полагаем, что такой подход вполне допустим и

служит удобству изложения и восприятия текста решения арбитрами и сторонами по делу.

Ниже подробнее остановимся на требованиях Закона и Регламента МТС ТПП к каждой из условно выделяемых в решении третейского суда частей и представим свои комментарии о соответствии им представленных для анализа решений МТС ТПП.

А. Вводная часть

Во вводной части решения третейского суда должно быть указано наименование данного акта — решение, с указанием того, является ли оно полным (мотивированным) решением или только его резолютивной частью.

В соответствии с требованиями статьи 31 Закона о третейских судах во вводной части должны содержаться:

1. наименование третейского суда

Поскольку статья 1 Регламента МТС ТПП под решением понимает решение Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате, во вводной части решения должно быть указано полное наименование данного института.

Все переданные для анализа решения были оформлены на официальном бланке МТС ТПП и с указанием на наименование данного третейского суда.

2. номер дела

Номер наряду с иными реквизитами индивидуализирует дело, рассмотренное третейским судом, и, соответственно, решение третейского суда. Во всех проанализированных решениях номер дела присутствовал.

3. дата принятия решения

Дата принятия решения имеет значение для исчисления срока на добровольное исполнение решения и обращения за принудительным исполнением в компетентный суд.

При вынесении третейским судом решения датой принятия решения будет являться дата объявления его резолютивной части, несмотря на то, что мотивированное решение в окончательной (письменной) форме было изготовлено позднее. Именно эта дата указывается в тексте решения третейского суда.

4. состав третейского суда

Указание на состав третейского суда предполагает включение во вводную часть решения фамилии, имени и отчества единоличного арбитра, который рассмотрел дело, а если рассмотрение дела было коллегиальным, то фамилии, имени и отчества каждого члена коллегии арбитров, рассмотревшей дело, с обязательным указанием арбитра, исполнявшего функции председательствующего состава в третейском разбирательстве.

5. место и время разбирательства

Определение места третейского разбирательства производится в соответствии с правилами статьи 17 Закона о третейских судах, а именно определяется либо самими сторонами, либо регламентом постоянно действующего третейского суда, либо самим третейским судом в каждом конкретном случае с учётом всех обстоятельств спора, включая фактор удобства.

Местом третейского разбирательства является населённый пункт, страна, законодательству которой стороны подчинили третейское разбирательство. Это особенно важно для международного коммерческого арбитража, где выбор процессуального права (*lex arbitri*) является одним из самых значимых вопросов. К примеру, для целей Нью-Йорк-

ской конвенции важно установить, что решение вынесено не в стране, где испрашивается его исполнение.

С учётом последнего, место третейского разбирательства является юридической фикцией и закономерно, что оно может не совпадать с местом проведения отдельных слушаний третейского суда. Местом принятия решения будет являться место, которое стороны (арбитры) определили в качестве места третейского разбирательства, вне зависимости от того, где именно проходили сами слушания.

Интересно, что в отличие от Закона, пункт 47.1 статьи 47 Регламента МТС ТПП требует указания в решении места вынесения решения, а не места третейского разбирательства, что, как указано выше, может не совпадать.

Во всех проанализированных решениях местом третейского разбирательства и местом вынесения решения избран г. Бишкек.

6. наименование сторон третейского разбирательства (спора)

Указание правильного и полного наименования сторон третейского разбирательства, фамилий и должности их представителей с указанием полномочий, в том числе обусловлено необходимостью их последующей идентификации в случае принудительного исполнения решения.

Следовательно, имеет смысл указать все индивидуализирующие признаки сторон третейского разбирательства и их адреса с учётом требований Закона КР «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» и требований ГПК к содержанию исполнительного листа, выдаваемого компетентным судом.

Здесь же следует указать и иных лиц, которые участвовали в третейском разбирательстве, таких как переводчики, эксперты, свидетели и др. (пункт 47.1 статьи 47 Регламента МТС ТПП).

Указывая во вводной части решения участвующих лиц, необходимо иметь в виду лишь тех из них, которые присутствовали на слушании, после которого состав арбитров приступил к вынесению решения.

По изученным решениям истцами выступали кредиторы по основному заёмному обязательству, которые одновременно являлись и залогодержателями, а ответчиками – заёмщики и залогодатели. Если залогодателем по договору о залоге выступало третье лицо, не являющееся должником по кредитному договору, то оно привлекалось в качестве ответчика.

Из 17 изученных 11 дел третейский суд рассмотрел в отсутствие ответчика (ответчиков).

При этом в решениях по 7 делам указано, что дело рассмотрено в отсутствие ответчика, надлежаще извещённого о рассмотрении дела, причина неявки ответчика признана неуважительной, третейский суд определил рассмотреть дело в отсутствие ответчика со ссылкой на нормы Ускоренного регламента МТС ТПП¹. В то же время в решениях по 4 делам выводы о возможности рассмотрения дела в отсутствие ответчика не приведены, ссылок на Ускоренный регламент не имеется².

Анализ решений третейского суда также показал, что требование о включении во вводную часть судебного акта наименования сторон, других лиц, участвующих в деле, их представителей, принимавших участие в третейском разбирательстве, не всегда аккуратно выполняется третейским судом. В частности, по некоторым делам в решении не указаны все или один из реквизитов доверенности, под-

¹ Дела №№ 2-1-903-290118, 2-1-693-280916, 2-1-622-170316, 2-1-613-260216, № 2-1-839-080817, № 2-1-660-120716, №2-1-573-160915

² Дела №№ 2-1-796-040417, 2-1-712-271016, № 2-1-656-040716, №2-1-681-060916

тверждающей полномочия представителя истца, а именно номер доверенности и дата её выдачи¹.

Порой также невозможно установить наличие полномочий представителей на подписание и предъявление иска. Скорее всего, данные обстоятельства проверялись ответственным секретарём МТС ТПП и арбитрами на стадии подачи иска, признания арбитрами своей компетенции, и были отражены арбитрами в соответствующем определении (статьи 20, 22, 24 Регламента МТС ТПП). Однако, принимая во внимание, что подпункт 2 пункта 1 статьи 31 Закона о третейских судах всё же настаивает на указании в решении третейского суда полномочий представителей сторон, представляется, что на основных полномочиях, имеющих процессуальные последствия для конкретного дела, в решении должен быть сделан акцент.

В решении по делу № 2-1-595-211215 третейский суд приводит наименование дела неполно, указывая только на исковые требования о взыскании задолженности по кредиту, тогда как предметом спора являлось также обращение взыскания на заложенное имущество. Аналогичные недостатки имеются и в решениях по другим делам².

Независимо от того, что явилось причиной данного недостатка: то ли копирование составом арбитров предмета спора, обозначенного в «шапке» искового заявления, которое, как правило, указывается истцом кратко, то ли изменение в процессе третейского разбирательства исковых требований и отказ от требования об обращении взыскания на предмет залога, в любом случае арбитрам следует следовать требованиям статьи 31 Закона о третейских судах и пункта 47.1 статьи 47 Регламента МТС ТПП и указывать предмет спора в том виде, в котором он существовал в действительности.

¹ Дела №№ 2-1-847-240817, 2-1-656-040716, 2-1-573-160915

² Дела №№ 2-1-847-240817, 2-1-656-04016, №2-1-681-060916.

Во вводной части всех решений была указана фамилия секретаря заседания, который в силу статьи 27 Закона о третейских судах ведёт протокол заседания третейского суда.

Представляется, что небольшое количество выявленных неточностей в оформлении вводной части решения обусловлено в том числе наличием утверждённых форм решения МТС ТПП и следованием арбитрами данному образцу¹.

Б. Описательная часть

Описательная часть решения третейского суда не содержит каких-либо особенностей в построении и является практически идентичной по своему содержанию, за некоторыми исключениями, такой же части решения государственного суда.

Подпункт 3 пункта 2 статьи 31 Закона о третейских судах требует указать предмет спора, заявления, ходатайства, объяснения участвующих в разбирательстве лиц.

Начнём по порядку. В описательной части рекомендуется последовательно и хронологически верно описать:

1. все требования истца и возражения ответчика

Под требованиями истца понимается предмет иска - материально-правовое требование. Предмет иска формулируется в исковом заявлении и должен быть воспроизведён третейским судом в описательной части решения.

В большинстве изученных решений в них указываются конкретные требования истца. Случаи отсутствия в решении требований иска достаточно редки и составляют скорее исключение из в целом положительной практики.

Так, в решениях третейского суда по трём делам требования иска вообще не изложены². Например, в решении по

¹ Алёнкина Н., Галлямова Н., Лучков Г. Рабочая книга арбитра. Бишкек, 2010

² Дела №№ 2-1-847-240817, 2-1-656-040716, № 2-1-595-211215

делу № 2-1-595-211215 о взыскании задолженности по кредиту арбитр ограничился указанием на факт заключения сторонами кредитного договора и договора о залоге, после чего перешёл к изложению доводов отзыва ответчика на исковое заявление.

Если в последующем исковые требования были изменены по ходатайству истца, в решении следует указать эти факты и в конце описательной части изложить последний (уточнённый или изменённый) предмет иска.

По четырём из изученных дел размер исковых требований был уменьшен. Поводом этому послужило частичное погашение ответчиком суммы задолженности либо другие обстоятельства (ошибки в расчётах суммы долга, прощение части долга и пр.)¹, которые были указаны арбитрами в описательной части решения.

По делу № 2-1-847-240817 имело место заявление об изменении размера исковых требований: представитель истца просил установить выплату и размер вознаграждения независимому организатору торгов и взыскать сумму задолженности согласно справке-расчёту банка. Поскольку в описательной части отсутствовало полное наименование дела с указанием сумм задолженности, невозможно произвести расчёты и установить, были ли в итоге третейским судом увеличены или уменьшены суммы задолженности по делу.

Также по одному делу требования иска были увеличены в части взыскиваемой суммы с 18 286,02 доллара США до 18 948,82 долларов США², о чём третейский суд также упомянул в решении.

Изложение материально-правовых требований сторон предполагает их дословное воспроизведение, хотя явные опiski и стилистические погрешности могут быть исправлены.

¹ Дела №№ 2-1-693-280916, 2-1-622-170316, 2-1-839-080817, 2-1-626-290316

² Дело № 2-1-790-230317

2. все **заявления и ходатайства**, которые были поданы сторонами, с указанием решений арбитра по результатам их рассмотрения. При этом не требуется в полном объеме воспроизводить содержание всех заявлений и определений по ним (если таковые принимались). Достаточно указать суть требования, существо решения и сделать отсылку на указанные документы;

3. все **обстоятельства дела** с указанием всех необходимых идентифицирующих данных лиц, сделок, документов и т. д., которые позволят в полной мере воссоздать картину спора;

4. **доводы и возражения сторон**, включая сведения о представленных доказательствах (устных и письменных), в том числе показаниях свидетелей, результатах экспертиз, которые стороны используют для обоснования своих позиций.

Позиции сторон повествуется в решении от третьего лица. Этот стиль изложения подходит для описания фактов и позволяет избегать прямых оценок и выводов арбитрами.

В части решений из числа представленных для анализа не приводятся пояснения истцов (представителей). Указывается только, что истец поддерживает иски и просит удовлетворить иск¹. А в некоторых решениях и вовсе отсутствуют как ссылка на позицию представителей истца, так и их пояснения².

11 из 17 изученных решений вынесены в отсутствие ответчиков и их представителей, в связи с чем их пояснения в решениях не приводятся³. В остальных 6 решениях пояснения ответчиков (представителей), содержание отзыва ответчика на исковое заявление приведены⁴.

¹ Дела №№ 2-1-712-271016, 2-1-693-280916, 2-1-786-020317, 2-1-847-240817, 2-1-656-040716, 2-1-660-120716

² Дела №№ 2-1-595-211215, 2-1-681-060916

³ Дела №№ 2-1-903-290118, 2-1-796-040417, 2-1-712-271016, 2-1-693-280916, 2-1-622-170316, 2-1-839-080817, № 2-1-656-040715, 2-1-660-120716, 2-1-573-160915, 2-1-681-060916

⁴ Дела №№ 2-1-595-211215, 2-1-790-230317, 2-1-786-020317, 2-1-847-240817, 2-1-711-271016, 2-1-626-290316

По одному из дел, ввиду рассмотрения дела в отсутствие ответчика, в решении приведены его пояснения, данные им в ходе проведённых ранее устных слушаний по делу. Ответчик пояснял, что в целом с иском согласен, готов погасить задолженность перед истцом в ближайшее время¹.

Как правило, если иск полностью признан ответчиком, то указывается только данное обстоятельство, которого достаточно для вынесения решения об удовлетворении иска.

В описательную часть решения могут быть включены и иные сведения, которые арбитр посчитает необходимым для облегчения понимания мотивировочной части решения, а также последовательности действий, совершённых участвующими в деле лицами, полноты исследования судом всех значимых для дела обстоятельств и выполнения им всех требований закона и регламента.

К примеру, в описательную часть решения включаются следующие сведения:

- порядок формирования состава третейского суда;
- обоснование компетенции третейского суда ввиду того факта, что компетентный суд при рассмотрении заявления о принудительном исполнении решения третейского суда рассматривает в том числе и данный вопрос, а с определением третейского суда по вопросу его компетенции государственный суд не имеет возможности ознакомиться, если только не будут затребованы соответствующие материалы дела;
- информацию о языке третейского разбирательства, если он был определён третейским судом, а не сторонами;
- применимое материальное право, которое стороны также нередко в оговорке не указывают и его опре-

¹ Дело № 2-1-613-260216

- деление производится третейским судом в силу пункта 3 статьи 6 Закона о третейских судах;
- сведения об оплате истцом сборов, которые необходимы для принятия иска к производству третейского суда, с указанием даты платежа и суммы;
 - информацию о заявленных отводах и результатах рассмотрения подобных заявлений;
 - о порядке уведомления участников третейского разбирательства, их присутствия на заседаниях и участии представителей сторон;
 - о форме проведения третейского разбирательства: устные слушания или на основании письменных материалов.

Рекомендация о включении, в том числе указанных выше данных, имеет практическое значение, так как в случае принудительного исполнения решения третейского суда, компетентный суд должен иметь возможность получить достаточный объём информации из решения третейского суда в случае возражения проигравшей стороны на основании неарбитрабельности спора, действительности арбитражного соглашения либо процедурных нарушений, в условиях отсутствия у него полных материалов дела.

В. Мотивировочная часть

Мотивировочная часть решения третейского суда, безусловно, является важнейшей его частью, поскольку именно в ней объясняются мотивы, по которым третейский суд пришёл к тем или иным выводам, и с её помощью стороны познают тот логический и мыслительный процесс, который привёл третейский суд к принятию решения.

Мотивы имеют три неразрывно связанные составляющие, которые в силу требований подпункта 4 пункта 2 статьи 31 Закона должны содержаться в решении третейского суда:

- обстоятельства дела, установленные третейским судом;
- доказательства, на которых основаны выводы третейского суда об этих обстоятельствах;
- законы, нормативные правовые акты и иные источники права, которыми руководствовался третейский суд при принятии решения.

Рассмотрим каждый из компонентов подробнее.

1. Круг обстоятельств и фактов, подлежащих установлению по делу.

В первую очередь в решении излагаются установленные третейским судом обстоятельства дела, которые станут фактической основой для его анализа, а именно те, которые:

- имеют значение для дела;
- являются бесспорными;
- являются спорными, но доказанными в установленном порядке.

По изученным решениям МТС ТПП во всех из них указываются обстоятельства возникновения денежного обязательства (из кредитного договора) и залогового обеспечения.

Поскольку в силу статьи 334 ГК КР и статьи 55 Закона о залоге взыскание на предмет залога для удовлетворения требований залогодержателя (кредитора) может быть обращено в случае неисполнения и/или ненадлежащего исполнения должником обеспеченного залогом обязательства, третейским судом должен быть установлен факт неисполнения или ненадлежащего исполнения основного договора.

По требованиям об обращении взыскания на заложенное имущество из всех 17 изученных решений МТС ТПП только по одному делу¹ не был соблюден досудебный порядок уре-

¹ Дело № 2-1-626-290316

гулирования спора, извещение о начале процедуры обращения взыскания на заложенное имущество залогодателю не направлялось, на что указано в решении.

Вместе с тем в большинстве случаев установление обстоятельств соблюдения досудебного порядка урегулирования спора ограничивается проверкой наличия извещения об обращении взыскания на заложенное имущество. Третейским судом, как правило, не исследуется содержание извещения, дата регистрации, дата отправки и получения извещения ответчиками. Отсутствие этих данных не позволяет установить, был ли соблюден 15-дневный срок (30-дневный по действующей редакции Закона о залоге) для добровольного исполнения обязательства, который согласно статье 58 Закона о залоге начинается с момента доставки, а не с момента направления извещения залогодателю (должнику).

Установление фактических обстоятельств производится путём юридического анализа правового материала, а именно искового заявления, отзыва на иск, объяснений сторон. В отличие от описательной части решения здесь арбитр даёт оценку, а не просто излагает факты.

В большинстве проанализированных решений третейского суда дана оценка доводам истца о взыскании суммы долга, обращении взыскания на предмет залога, определении стартовой цены заложенного имущества, назначении организатора торгов и определении способа реализации предмета залога, позиции ответчика¹. Наряду с этим, всё же встречаются негативные примеры, когда в решении без всякой мотивации лишь коротко воспроизводятся позиции каждой из сторон.

Так, по делам об обращении взыскания на заложенное имущество достаточно распространённым является отсутствие оценки третейским судом причин досрочного взыскания

¹ Дела №№ 2-1-903-290118, 2-1-796-040417, 2-1-790-230217, 2-1-712-271016, 2-1-693-280916, 2-1-622-170316, 2-1-613-260216, 2-1-786-02-0317

истцом суммы задолженности по кредиту. В то же время, в силу пункта 1 статьи 55 Закона о залоге, невыполнение должником требований залогодержателя о досрочном исполнении обеспеченного залогом обязательства в случаях, предусмотренных статьей 56 того же закона, является основанием обращения взыскания на предмет залога.

Наряду с положительными примерами, встречаются случаи, когда третейский суд игнорирует доводы иска о назначении организатора торгов, способа реализации заложенного имущества, определении стартовой цены заложенного имущества. Арбитры в этих решениях ограничились выводами о необходимости удовлетворения иска в полном объеме¹.

И ещё несколько примеров, заслуживающих критики. В силу того, что согласно пункту 4 статьи 74 Закона о залоге размер и порядок выплаты вознаграждения независимому организатору торгов должен быть определён судом в решении при обращении взыскания в судебном порядке, этот вопрос должен найти отражение в решении третейского суда. По ряду дел арбитрами по требованию истца установлен максимальный размер выплаты вознаграждения независимому организатору торгов в размере не более 38 000 сомов, при этом оценка данному доводу истца в решении не дана². Вследствие чего обоснованность данной суммы осталась под вопросом.

Показательным является решение, обращающее на себя внимание игнорированием третейским судом доводов ответчика о несоблюдении истцом подведомственности данного спора³. Ответчик и его представитель ссылались на то обстоятельство, что заложенная квартира является единственным жильём, представив выписку из реестра Бишкекского городского управления по землеустройству и реги-

¹ Дела №№ 2-1-839-080817, 2-1-847-240817, 2-1-660-120716, 2-1-573-160915, 2-1-681-06091, № 2-1-595-211215

² Дела №№ 2-1-839-080817, 2-1-847-240817

³ Дело № 2-1-595-211215

страции прав на недвижимое имущество. Арбитр счёл эту позицию недоказанной, тем самым ограничившись выяснением, является ли заложенная квартира единственным жильём. Оценки же доводам ответчика о нарушении подведомственности спора арбитр не привёл. В этом же решении арбитром не были проанализированы доводы ответчика о возможности снижения размера подлежащей взысканию неустойки.

Вопрос о подведомственности третейским судам споров об обращении взыскания на заложенное имущество и был, как показал анализ, предметом разногласий между государственными и третейскими судами. Однако к сегодняшнему дню он претерпел драматическую трансформацию.

Ранее третейские суды выстраивали свою практику на убеждённости в том, что споры об обращении взыскания на заложенное имущество подведомственны как судам Кыргызской Республики, так и третейским судам при наличии третейского соглашения. Такая позиция формировалась с опорой на следующие источники:

- автономия воли сторон, право на свободу договора (статья 2 ГК);
- статья 58 Конституции КР (2010 года) и статьи 1 и 7 Закона о третейских судах, определяющие компетенцию третейских судов по рассмотрению споров, вытекающих из гражданских правоотношений;
- отсутствие прямого указания закона о невозможности передачи на разрешение третейского суда споров об обращении взыскания на заложенное имущество (статья 45 Закона о третейских судах);
- статья 10 Закона о залоге, допускающая обращение взыскания на заложенное имущество посредством обращения в третейский суд при наличии арбитражной оговорки;

- решение Конституционной палаты Верховного суда КР от 9 декабря 2015 года № 16-р, устанавливающее, что термин «суд» не обязательно должен пониматься как суд классического типа, встроенный в систему государственных органов, и может подразумевать орган, учреждённый для решения ограниченного числа споров, при неизменном условии, что им соблюдаются необходимые гарантии;
- сохранение гарантий судебного контроля за соблюдением процедур третейского разбирательства на стадии принудительного исполнения решения третейского суда (глава 46 ГПК).

Однако уже после проведения анализа и опубликования его результатов состоялось решение Конституционной палаты Верховного суда КР от 30 октября 2019 года №13-р, которое подтвердило исключительно судебный порядок обращения взыскания на заложенное жилое помещение, являющееся для гражданина единственным для проживания, установленный Национальным банком КР постановлением от 24 июня 2015 года № 35/10 во исполнение изменений в статью 335 ГК КР, что сделало невозможным рассмотрение таких споров третейским судом¹.

В этой связи перед третейским судом в процессе признания компетенции по спору об обращении взыскания на предмет залога стоят следующие задачи:

- установление **даты заключения договора о залоге**
- Третейский суд вправе рассматривать требование об обращении взыскания на единственное жильё

¹ Решение Конституционной палаты Верховного суда Кыргызской Республики от 30 октября 2019 года № 13-р по делу о проверке конституционности подпункта 9 пункта 21 Положения о минимальных требованиях к порядку предоставления финансовых услуг и рассмотрения обращений потребителей, утверждённого постановлением Правления Национального банка Кыргызской Республики от 24 июня 2015 года № 35/10 в связи с обращением Турдубекова Улукбека Бактыбековича

физического лица, основанное на договоре о залоге, заключённом до даты вступления в силу изменений в пункте 4 статьи 335 ГК, а именно до 27 февраля 2014 года, в силу неизменности договора о залоге (статья 84 Закона о залоге);

- **момент времени**, в который залогодатель обладает единственным жильём
- Третейский суд рассматривает вопрос о наличии у залогодателя единственного жилья на дату подачи искового заявления. Если у залогодателя на момент заключения договора находилось в собственности несколько объектов жилой недвижимости, а к моменту обращения взыскания в результате отчуждения осталось одно жильё, спор является неарбитрабельным.
- наличие **ипотеки**

В соответствии с абзацем 2 пункта 4 статьи 335 ГК КР ограничения компетенции третейского суда по обращению взыскания на единственное жильё не распространяются на обременённый ипотекой жилой дом или квартиру, приобретённые либо построенные с использованием заёмных денежных средств (кредита) банка или иной кредитной организации либо целевого займа, предоставленного иным физическим или юридическим лицом.

Далее, при взыскании денежной суммы в решении должен содержаться произведённый судом подробный расчёт взыскиваемой суммы, в том числе расчёт по переводу иностранной валюты в национальную по соответствующему официальному курсу, установленному Национальным банком КР.

При взыскании денежной суммы арбитры, как правило, ограничиваются представленным истцом расчётом, без его проверки. Расчёт взысканной суммы в мотивировочной части решения чаще всего отсутствует, третейский суд лишь

констатирует необходимость удовлетворения требований истца о взыскании суммы долга, с разбивкой этой суммы на суммы основного долга, процентов и штрафа, без указания, за какой период начислены проценты и штраф, по какой ставке и за какой период они начислялись. Не указываются также частично выплаченные ответчиком суммы и периодичность этих платежей. Отсутствуют данные о проверке расчёта на предмет его соответствия требованиям закона КР «Об ограничении ростовщической деятельности».

Частичный (неполный) расчёт суммы долга присутствует лишь в 6 из 17 проанализированных решений.

В двух случаях третейский суд ограничился указанием общей суммы долга по кредитному договору и курса иностранной валюты, без разбивки этой суммы на суммы основного долга, процентов, пени, без указания, за какой период начислены проценты, пеня и неустойка, и по какой ставке и за какой период они начислялись¹. По четырём делам в решениях имеется ссылка на проверку арбитром расчёта, представленного истцом².

2. Доказательства, на которых основаны выводы третейского суда об обстоятельствах дела.

При оценке доказательств рекомендуется исходить из принципа достаточности доказательств. Необходимость ссылки на доказательства, на которых основано решение, указывает на то, что закон в императивном порядке не допускает принятия немотивированных решений третейским судом.

Здесь же третейский суд должен указать доводы, по которым отвергает те или иные доказательства, для того, чтобы:

¹ Дела №№ 2-1-595-211215, 2-1-839-080817

² Дела №№ 2-1-693-280916, 2-1-622-170316, 2-1-613-260216, 2-1-847-240817

- окончательно очертить, закрепить сформированный фактический материал;
- продемонстрировать, что третейский суд «услышал» доводы сторон о фактических обстоятельствах, проверил их обоснованность. Однако, поскольку стороны не смогли доказать их обоснованность, данные фактические обстоятельства третейским судом не установлены.

Отвергая те или иные доказательства, суд тем самым опровергает фактические обстоятельства, на которых основываются требования или возражения сторон.

По подавляющему большинству дел (16 из 17) третейским судом в решениях в основном указываются собранные по делу доказательства, имеющие отношение к делу: договоры займа, кредитные договоры, договоры о залоге (ипотеки), договоры поручительства, расчёты задолженности, графики погашения задолженности, накладные на получение денежных средств, расходно-кассовые ордера, акты сверки и т. д. Доказательствам даётся оценка с учётом принципов допустимости и относимости. И только по делу № 2-1-595-211215 в решении не указаны собранные по делу доказательства.

3. Нормативные правовые акты, которыми третейский суд руководствовался при принятии решения.

Указание арбитром на норму права, подлежащую применению в рассматриваемом споре, необходимо для юридического анализа и оценки того или иного обстоятельства, имеющего значение, а не в качестве абстрактной ссылки на закон. Иными словами, необходимо не просто указать нормативный правовой акт, но и показать связь, а точнее, полное соответствие установленных обстоятельств условиям применённой правовой нормы.

В решениях по обязательствам, вытекающим из залоговых правоотношений в основном имеются ссылки на нормы законов – статьи 299, 300, 334, 344, 724, 725, 727, 734 ГК, статьи 58, 63 и 72 Закона о залоге.

Нормы материального права чаще всего применены правильно.

В то же время арбитры часто ссылаются на общие положения ГК КР, касающиеся надлежащего исполнения обязательств и основания обращения взыскания на заложенное имущество (как правило, статьи 299 и 334 ГК КР), не применяя специальные нормы ГК КР, регулирующие заключение и исполнение договоров займа, кредитного договора, в том числе договора товарного кредита (статьи 724, 727, 728, 737), а также нормы Закона о залоге¹.

Г. Резолютивная часть

Резолютивная часть является самой краткой частью решения третейского суда, при этом раскрывающей его существо, что определяет те требования, которые предъявляются в целом к решению: точность, лаконичность, определённая ясность, полнота.

Подпункт 6 пункта 2 статьи 31 Закона о третейских судах предусматривает, что в резолютивной части решения третейского суда должны указываться:

- содержание принятого решения;
- распределение между сторонами расходов, связанных с третейским разбирательством;
- срок и порядок исполнения принятого решения.

¹ Дела №№ 2-1-595-211215, 2-1-847-240817, 2-1-681-060916, №№ 2-1-595-211215, 2-1-839-080817, 2-1-626-290316

1. Содержание принятого решения.

Резолютивная часть начинается с изложения вывода суда по рассмотренному делу. Регламент МТС ТПП конкретизирует: это должен быть вывод об удовлетворении или отклонении исковых требований.

Решение третейского суда должно содержать резолюцию в отношении всех предъявленных требований, включая все исковые требования истца, встречный иск. При участии в деле нескольких истцов или ответчиков в решении третейского суда должно быть указано на решение спора в отношении каждого из них.

Если в деле было рассмотрено несколько требований, например, о взыскании долга и обращении взыскания на заложенное имущество, то вывод должен содержаться по каждому требованию.

При рассмотрении первоначального и встречного исков суд должен изложить вывод по каждому из них. При полном или частичном удовлетворении первоначального и встречного исков в резолютивной части решения указывается денежная сумма, подлежащая взысканию в результате зачёта.

При этом резолюция по делу предполагает чёткую и ясную формулировку относительно того, кто, какие конкретно действия и в чью пользу должен произвести, за какой из сторон признано оспариваемое право и т. п. Данное требование определённости исключает возможность вынесения альтернативных решений, предусматривающих возможность реализации того или иного права истца.

Таким образом, решение третейского суда должно конкретизировать подлежащее передаче имущество, размер взыскиваемых сумм денежных средств с отдельным определением основной задолженности, убытков, неустойки (штрафа, пеней) и процентов, способы исполнения, указания точных данных об имуществе и т. д. Так, при принятии

решения об обращении взыскания на заложенное недвижимое имущество необходимо указать не только адрес, по которому расположен предмет залога, но и все его идентифицирующие признаки. Например, площадь недвижимости, из каких строений она состоит исходя из технического паспорта недвижимости, на каком земельном участке она расположена, кому и на основании какого правоустанавливающего документа она принадлежит, идентификационный код и т. п.

Арбитрам третейского суда следует учитывать особенности рассмотрения отдельных категорий дел и соответствие содержания резолютивной части решения нормам права, регулирующим рассматриваемые отношения.

Применительно к рассматриваемой категории споров статья 63 Закона о залоге требует, чтобы при рассмотрении дела об обращении взыскания на предмет залога в решении были указаны:

- все суммы, подлежащие уплате залогодержателю из стоимости предмета залога, за исключением сумм расходов по охране и реализации предмета залога, которые определяются по завершении его реализации. Для сумм, исчисляемых в процентном отношении, должны быть указаны сумма, на которую начисляются проценты, размер процентов и неустойки, а также период, за который они подлежат начислению;
- предмет залога, из стоимости которого должны быть удовлетворены требования залогодержателя;
- способ реализации предмета залога, на который обращено взыскание;
- начальную (стартовую) продажную цену предмета залога при его реализации;
- меры по обеспечению сохранности предмета залога до его реализации, если таковые необходимы;

- порядок и очерёдность распределения выручки от торгов в соответствии с требованиями Закона о залоге.

В соответствии с пунктом 2 статьи 72 Закона о залоге решением суда определяется форма торгов (открытый аукцион или конкурс) при обращении взыскания на предмет залога в судебном порядке.

В ходе анализа решений третейского суда встречались такие, где третейский суд не вынес решение об определении способа реализации предмета залога и назначении организатора торгов¹, что может повлечь определённые затруднения в случае принудительного исполнения решения.

Также при наличии нескольких истцов или ответчиков надлежит чётко указать, кто из истцов и/или ответчиков должен произвести те или иные действия и в чью именно пользу.

Когда речь идёт о взыскании суммы задолженности с должника и поручителя, то следует указывать на солидарность ответственности ответчиков перед истцом, если таковое было предусмотрено в соответствующем соглашении.

2. Распределение расходов, связанных с рассмотрением дела.

В соответствии с пунктом 2 статьи 39 Закона, третейский суд самостоятельно решает все вопросы по распределению между сторонами расходов, связанных с рассмотрением спора, если иное не установлено соглашением сторон.

По общему правилу, арбитражный сбор возлагается на сторону, против которой состоялось решение третейского суда, а при удовлетворении иска частично, сбор распределяется

¹ Дело № 2-1-595-211215

пропорционально взысканной сумме и сумме, во взыскании которой отказано¹.

Также надо иметь в виду, что помимо сборов могут иметь место и другие расходы, которые стороны несут в процессе третейского разбирательства (почтовые расходы, расходы на проведение экспертизы, расходы на услуги переводчика, специалиста, вызов свидетеля и т. п.). В решении также должно быть указано распределение между сторонами подобных расходов. При этом, учитывая, что данные расходы были авансированы и фактически уже осуществлены в ходе третейского разбирательства, то речь в резолютивной части зачастую должна идти о взыскании этих сумм в ту или иную пользу.

При этом обоснование взыскания каждого вида и суммы расходов должно содержаться в мотивировочной части решения, а в резолютивной части указываются лишь суммы, подлежащие взысканию.

3. Срок и порядок исполнения принятого решения

Важной составляющей решения третейского суда является указание на срок добровольного исполнения решения. Наличие такого срока в решении служит для предоставления возможности обязанной стороне исполнить свою обязанность без применения к ней мер государственного воздействия. Следует отметить, что в практике МТС ТПП встречаются случаи, когда стороны согласовывают такой срок и третейский суд отражает его в решении.

Установление такого срока должно опираться на разумные и справедливые критерии предоставления реальной возможности должнику добровольно выполнить свою обязанность, но без ущемления прав другой стороны на исполнение решения суда в разумный срок.

¹ Пункты 6.1. и 6.2. Положения об арбитражных расходах и сборах МТС ТПП от 15 января 2003 года.

Статья 40 Закона о третейских судах устанавливает, что при отсутствии указания на срок добровольного исполнения оно подлежит немедленному исполнению, что и является обычной практикой в Кыргызской Республике. Соответственно, обязанность для сторон исполнить решение третейского суда возникает с момента его принятия, что свидетельствует о том, что моментом вступления решения в силу следует считать момент, когда решение считается принятым. Ведь именно тогда у сторон появляется обязанность исполнять решение и право обращаться за его принудительным исполнением.

Решение третейского суда подписывается арбитрами и скрепляется печатью МТС ТПП (пункт 47.1 статьи 47 Регламента МТС ТПП).

Все поступившие для анализа решения были подписаны арбитрами и заверены печатью МТС ТПП. Случаев подписания решения Председателем МТС ТПП за арбитра либо особых мнений по решению не зафиксировано.

IV. Заключение

Что показал проведённый анализ?

Во-первых, по оформлению и содержанию решения третейского суда в основном соответствуют требованиям Закона о третейских судах и Регламента МТС ТПП. Выявленные недостатки в большей степени были связаны с полнотой отражения сведений, развернутостью анализа доводов сторон и аргументацией позиции третейского суда. Между тем, мотивированность решения является его важнейшим качеством, влияющим на такие его свойства, как законность и обоснованность.

Принимая во внимание международный характер отдельных споров и потенциальную возможность перевода решения третейского суда на иностранный язык в целях ис-

полнения в иностранных юрисдикциях, язык изложения решения должен быть ясным, лаконичным, с использованием профессиональной лексики.

Учитывая специфику третейского разбирательства и решения третейского суда, как финального акта, который вбирает в себя все процессуальные обстоятельства дела, мотивы решения, аргументы сторон и выводы суда, большой объём содержания решения не может рассматриваться как его недостаток. Как уже отмечалось, в случае принудительного исполнения решения третейского суда в компетентный суд предоставляются не материалы дела в полном объёме, а только само решение, которое в этой связи должно быть максимально полным.

Во-вторых, очевидно, что третейский суд должен проводить систематический и более широкий по количеству и разнообразный по категориям споров анализ решений третейского суда, включая анализ решений с особым мнением, способный представить полную картину относительно практики вынесения, подготовки, оформления и оглашения решения. Выводы настоящего исследования ввиду недостаточности фактического материала имеют своей целью привлечь внимание к проблеме оформления и вынесения решений третейского суда и важности внутреннего контроля качества третейским судом в приемлемой для института форме.

В третьих, вероятно, пришло время модернизировать разработанные более 10 лет назад рекомендуемые формы решения третейского суда с учётом накопленного за этот период опыта. Принимая во внимание статус МТС ТПП и его позиционирование как международного арбитража, при разработке форм следует ориентироваться на авторитетные международные институты, представляющие хорошие примеры по структуре решения, нумерации смысловых абзацев в тексте решения, полноте изложения процессуаль-

ной истории дела, развёрнутости аргументации третейского суда, ясности и точности языка изложения и пр.

И, наконец, учитывая то, что споры, вытекающие из залоговых обязательств, составляют значительный процент рассматриваемых МТС ТПП дел, следует повышать осведомлённость арбитров об особенностях данной категории дел, обращая внимание на нюансы, которые «делают погоду», а также реагируя на меняющееся законодательство и практику.

ЯВЛЯЕТСЯ ЛИ ЗАЛОГОВОЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВО ВЕЧНЫМ?

Вадим Мелькевич¹

В практике третейского суда часто возникают вопросы, связанные с исполнением обязательств заёмщика путём обращения взыскания на заложенное имущество. Однако данная статья направлена на анализ оборотной стороны данного процесса. В ней пойдёт речь о случаях прекращения залоговых обязательств не в силу погашения должником или залогодателем задолжённости перед кредитором, а в случае нарушения кредитором сроков исковой давности и сроков проведения внесудебного порядка обращения взыскания на предмет залога. Так же рассмотрим правовую позицию некоторых аспектов правоприменительной практики по данным вопросам.

Все мы привыкли к делам, когда должник или залогодатель, пытаясь отсрочить неизбежную выплату долга банку, обращается в суды с исковыми требованиями о признании договора залога недействительным или с иском о расторжении договора.

Правоприменительная практика по данным видам исков достаточно изучена и имеет отражение в нескольких пле-

¹ Арбитр МТС ТПП, практикующий судебный юрист в области коммерческого и публичного права, международный тренер - эксперт Урбан Институт, USAID, Фонда «Сорос - Кыргызстан» по основам организации «Public Policy», по анализу состояния и проектированию возможностей публичной политики в Кыргызской Республике, e-mail: pravovoi.otdel@gmail.com

нумах Верховного суда Кыргызской Республики, а также приобрела широкое распространение в третейских судах и в судах общей юрисдикции.

Однако в последнее время мне приходится сталкиваться с таким явлением, как злоупотребление правом самим кредитором, направленным на получение большей прибыли в виде увеличения сумм начисленных процентов и штрафных санкций за счёт необоснованного затягивания банком внесудебной реализации заложенного имущества.

В ходе данной статьи я попытаюсь ответить на главный вопрос, вынесенный в заголовок: «Является ли залоговое обязательство вечным, и какие злоупотребления кредитора являются основанием влекущим прекращение залогового обязательства?»

Итак, рассмотрим пример:

1 января 2015 года банк «А» выдал гражданину «Б» кредит в размере 10 000 долларов США сроком на 12 месяцев. В качестве обеспечения обязательств по кредитному договору между банком «А» (далее - Залогодержатель), гражданином «Б» (далее - Заёмщик) и гражданином «В» (далее - Залогодатель) заключён Договор залога на единицу недвижимого имущества: квартиру с оценочной стоимостью 20 000 долларов США. При этом процедура взыскания на предмет залога производится во внесудебном порядке по соглашению сторон о внесудебном порядке взыскания на предмет залога.

Предугадывая множество вопросов, представим, что никакого порока (субъектного состава, воли, формы и содержания) в данных сделках нет. Все процедуры выдачи кредита и оформления залога произведены в строгом соответствии с действующим законодательством.

2 января 2016 года, в связи с неисполнением или ненадлежащим исполнением Заёмщиком обеспеченного залогом обязательства, кредитор (Залогодержатель) начал внесудебный порядок взыскания на заложенное имущество путём отправления Заёмщику и Залогодателю надлежаще составленного извещения и регистрации его в регистрирующем государственном органе.

Как правило, после получения извещения ни Заёмщик, ни Залогодатель не согласны с суммой основной задолженности и с суммой начисленных процентов, в связи с чем не подписывают актов сверки с банком.

По истечению 30 дней с момента отправления извещения на основании условий об удовлетворении требований залогодержателя во внесудебном порядке, предусмотренных в договоре о залоге и/или в соглашении об удовлетворении требований залогодержателя во внесудебном порядке, начинается процедура внесудебного взыскания на предмет залога и, как следствие, течение срока исковой давности для подачи искового заявления о взыскании суммы задолженности по кредитному договору.

Именно в этот момент некоторые банки принимают невзвешенное решение об отсутствии необходимости кредитора устанавливать в судебном порядке сумму задолженности Заёмщика по кредитному договору.

Принятию данного решения способствуют следующие резоны:

1. длительный процесс получения исполнительного листа по решению третейского суда о взыскании суммы задолженности;
2. невозможность начисления процентов и штрафных санкций после принятия решения третейского суда

о взыскании суммы задолженности, за исключением начисления процентов за пользование чужими денежными средствами в результате просрочки в их уплате по статье 360 ГК КР;

3. длительный процесс по реализации заложенного имущества, связанный с низкой рыночной активностью для объектов залога;
4. поверхностное толкование нормы статьи 338 ГК КР без учёта оснований по прекращению обеспеченного залогом обязательства.

Последствиями таких невзвешенных решений банка всегда являются пропуск сроков исковой давности для взыскания суммы задолженности без каких либо уважительных причин. Любые основания затягивания проведения процедуры внесудебного порядка взыскания на предмет залога не могут являться уважительным основанием для восстановления сроков для подачи искового заявления о взыскании суммы задолженности, так как не являются препятствием для обращения банка в суд.

Итогом рассмотрения таких исков в третейском суде практически всегда является решение об отказе в удовлетворении исковых требований о взыскании суммы задолженности по основаниям пропуска истцом сроков исковой давности.

Однако решение МТС ТПП об отказе в удовлетворении исковых требований о взыскании суммы задолженности по основаниям пропуска истцом сроков исковой давности не прекращает автоматически залоговое обязательство, а является лишь основанием для признания судом данных обязательств прекращёнными в совокупности с другими существенными нарушениями кредитора - Залогодержателя условий договора о залоге и соглашения о внесудебном порядке взыскания на предмет залога.

Итак, давайте разбираться.

Полагаю, что при наличии вышеприведённых обстоятельств и третейской оговорки в договоре о залоге и соглашении о внесудебном порядке взыскания на предмет залога Залогодатель имеет право обратиться в МТС ТПП с исковым заявлением о признании прекращёнными обязательств по вышеуказанному договору и соглашению.

В соответствии со статьями 299 и 300 ГК КР:

«Обязательства должны исполняться надлежащим образом и в установленный срок в соответствии с условиями договора и требованиями законодательства, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями».

«Односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение условий договора не допускаются, за исключением случаев, предусмотренных законодательством или договором».

Далее, в соответствии с пунктом 1 статьи 734 ГК КР:

«По кредитному договору кредитор (банк или небанковская финансово-кредитная организация (далее - банк) обязуется предоставить денежные средства (кредит) заёмщику в размере и на условиях, предусмотренных кредитным договором, а заёмщик обязуется возвратить полученную денежную сумму и уплатить проценты на неё».

Согласно пункту 2 статьи 728 ГК КР:

«Если договором займа предусмотрено возвращение займа по частям (в рассрочку), то при нарушении заёмщиком срока, установленного для возврата очередной части займа, займодавец вправе потребовать досрочного возврата всей оставшейся суммы займа вместе с причитающимися процентами».

Подпунктом 1 пункта 1 статьи 338 ГК КР установлено, что прекращение обеспеченного залогом обязательства влечёт прекращение залога.

Пунктом 3 вышеуказанной статьи предусмотрено также, что при прекращении залога по требованию залогодателя залогодержатель, у которого находилось заложенное имущество, обязан немедленно возвратить его залогодателю. О прекращении залога должна быть сделана отметка в реестре, в котором было зарегистрировано право залога.

Принимая во внимание, что решением МТС ТПП во взыскании задолженности отказано, повторно банк обратиться в суд с аналогичным иском не может.

Таким образом, справедливо будет сделать вывод о том, что при отсутствии со стороны Заёмщика и Залогодателя намерения добровольно исполнить взятые на себя обязательства по выплате суммы задолженности по кредитному договору процедура принудительного взыскания суммы задолженности невозможна.

Так как сумма задолженности по кредитному договору не может устанавливаться иначе как по решению суда или по соглашению сторон (акт сверки) в период срока исковой давности, предусмотренного статьей 212 ГК КР, а сроки исковой давности и порядок их исчисления в силу статьи 214 ГК КР не могут быть изменены соглашением сторон, обосновано предположить, что при внесудебном обращении взыскания на предмет залога обязательства Залогодателя, указанные в договоре залога - погасить сумму задолженности - переходят к Залогодержателю по истечению 30 дней с момента получения от банка извещения о начале процедуры внесудебного взыскания на предмет залога.

По сложившейся судебной практике, судами при разрешении споров относительно залоговых обязательств принимается допустимым и законным обстоятельство, что в

договорах о залоге и соглашениях о внесудебном порядке взыскания на предмет залога банк при реализации заложенного имущества и погашении суммы задолженности действует от имени залогодателя без какой-либо дополнительной доверенности на основании вышеуказанных договоров и соглашений.

Однако за всю мою практику мне не приходилось встречать в банковских договорах о залоге и соглашениях о внесудебном порядке взыскания на предмет залога условий, регламентирующих сроки полномочий банка как представителя залогодателя без доверенности представлять интересы последнего при реализации заложенного имущества и погашении задолженности.

Необоснованное затягивание банком процедуры внесудебного взыскания на предмет залога является нарушением конституционных прав залогодателя. Согласно Конституции Кыргызской Республики:

«В Кыргызской Республике народовластие основывается на принципах защиты прав и свобод человека и гражданина» (статья 2).

«Право частной собственности как элемент конституционного статуса человека и гражданина охраняется законом; каждый имеет право на владение, пользование и распоряжение своим имуществом» (статья 40).

Соответствующие конституционные положения получили развитие и конкретизацию в гражданском законодательстве. Граждане и юридические лица свободны в заключении договора, что предполагает равенство, автономию воли и имущественную самостоятельность, в том числе при заключении собственником недвижимого имущества договора залога для обеспечения исполнения обязательств, включая обязательства, должниками по которым являются

иные лица (статьи 1, 2, 324, 326 и 382 ГК КР, статьи 1 и 2 Закона о залоге).

Наиболее взвешенное мнение об истинной природе залога приводится в публикации кандидата юридических наук, доцента кафедры гражданского и земельного права ТулГУ Российской Федерации Пустомолова И. И. «Правовая природа залога как средства обеспечения обязательств»¹.

Так, правовая позиция автора заключается в том, что если исходить из того, что залог есть действительно обеспечительное средство, предназначенное для защиты интересов лиц в обязательствах, то, как инструмент реализации возложенных на него задач, он обязан иметь ту же природу, что и другие средства обеспечения - быть формой гражданско-правовой ответственности.

Истинная природа залога заключается в признании его формой удовлетворения интереса кредитора за счёт должника, то есть гражданско-правовой ответственностью.

Таким образом, представление о залоге как разновидности гражданско-правовой ответственности оптимально выражает обеспечительную сущность данного средства.

Залог, являясь формой гражданско-правовой ответственности, обладает особым механизмом возмещения. Его своеобразие заключается в отстранении залогодателя (должника) от участия в восстановительном процессе. Влияние залогодателя (должника) на источник возмещения устраняется путём изъятия у него имущества и передачи его под контроль кредитора.

В отношении же восстановительного действия можно сказать следующее. Обычный восстановительный механизм, где возместительное действие совершается усилиями должника, передающего часть своего имущества кредитору в счёт возмещения убытков, заменяется на иной - вос-

¹ <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovaya-priroda-zaloga-kak-sredstva-obespecheniya-obyazatelstv/viewer>

становительное действие совершается не залогодателем (должником), а кредитором из имущества, которое было предварительно передано в залог (под контроль кредитора) и на которое сам залогодатель (должник) уже не может оказать никакого влияния.

В соответствии с нормой пункта 1 статьи 9 ГК КР:

«Не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах».

Вышеуказанные восстановительные действия банка не должны превышать предельные сроки внесудебной процедуры реализации предмета залога, установленные Законом о залоге. Превышение данных сроков является основанием признания банка кредитором, просрочившим обязательство.

В соответствии с положениями пункта 1 статьи 369 ГК КР:

«Кредитор считается просрочившим, если он не совершил действий, предусмотренных законодательством или договором, либо вытекающих из обычаев делового оборота или из существа обязательства, до совершения которых должник не мог исполнить своего обязательства».

В свою очередь, в соответствии с пунктом 6 статьи 61 Закона о залоге:

«По истечении срока, установленного подпунктом 2 пункта 2 статьи 58 настоящего Закона [комментарий автора: отправка извещения о начале процедуры внесудебного обращения на предмет залога], Залогодатель не может изменить договорное обязательство или осуществлять свои права в отношении договорного обязательства без согласия залогодержателя. В случае, когда залогодержатель осуществляет права

залогодателя в отношении его договорного обязательства, переданного в залог, залогодержатель обязан выполнить любое соответствующее обязательство залогодателя, вытекающее из того же договорного обязательства».

Другими словами, по истечению 30-дневного срока с момента отправки банком извещения о начале процедуры внесудебного обращения на предмет залога, банк принимает на себя обязанности залогодателя и от его имени осуществляет продажу заложенного имущества и погашает образовавшуюся задолженность.

Пункт 2 статьи 67 Закона о залоге предусматривает обязанность залогодателя и залогодержателя добросовестно принимать меры к реализации обеспечения таким образом, чтобы это было наиболее выгодно для всех участвующих сторон с учётом реальных условий действительности.

Давайте рассмотрим предельные сроки реализации предмета залога на нашем примере. Начало процедуры обращения банком взыскания на предмет залога датируется 2 февраля 2016 года.

В соответствии со статьёй 68 Закона о залоге, для получения более высокой цены заложенного имущества залогодержатель вправе подождать с продажей предмета залога. Такая отсрочка не должна превышать трёх месяцев с момента начала процедуры обращения взыскания или с момента истечения любого продления, установленного временным распоряжением.

Произведём расчёт с учётом отсрочки: 2 февраля 2016 года + 3 месяца = 2 мая 2016 года.

Пунктом 3 статьи 72 Закона о залоге предусмотрено, что порядок проведения публичных торгов определяется соответствующими статьями ГК КР, настоящим законом и иными нормативными правовыми актами, а также договором

о залоге или соглашением об удовлетворении требований залогодержателя во внесудебном порядке. Сам порядок проведения торгов и, в частности, сроки его проведения предусмотрены статьёй 75 Закона о залоге.

Организатор торгов извещает о предстоящих торгах не менее чем за 30 календарных дней до проведения торгов путём публикации в периодической печати объявления о торгах. Итак, 2 мая 2016 года + 30 дней = 1 июня 2016 года.

Лицо, выигравшее торги, и организатор торгов подписывают в день их проведения протокол о результатах публичных торгов, который имеет силу договора. Участник, выигравший публичные торги, должен в течение срока, установленного организатором торгов, но не более одной недели, внести сумму, за которую им куплен предмет залога (покупную цену), за вычетом суммы ранее внесенного гарантийного взноса. Следовательно, 1 июня 2016 года + 1 неделя = 8 июня 2016 года.

В соответствии со статьёй 76 Закона о залоге, если участник, выигравший торги, не внёс покупную цену в установленный срок, торги должны быть объявлены несостоявшимися не позднее чем на следующий день после того, как участник, выигравший торги, не внёс покупную цену в установленный срок. В нашем случае 8 июня 2016 года + 1 день = 9 июня 2016 года.

Не позднее чем через месяц после первых публичных торгов проводятся повторные публичные торги: 9 июня 2016 года + 30 дней = 9 июля 2016 года.

При объявлении несостоявшимися повторных торгов, залогодержатель вправе оставить за собой предмет залога путём подписания с организатором торгов протокола о результатах торгов, имеющего силу договора.

Государственная регистрация прав на недвижимое имущество, право на которое ранее было зарегистрировано в мест-

ном регистрационном органе, осуществляется в течение 2 (двух) рабочих дней. Регистрация права собственности на недвижимое имущество, на которое обращено взыскание во внесудебном порядке, производится на основании:

- а. договора или протокола торгов о реализации недвижимого имущества, являющегося предметом залога;
- б. извещения о прекращении залога;
- с. исполнительной надписи нотариуса о снятии запрещения.

Если допустить, что на составление извещения о прекращении залога и регистрацию исполнительной надписи нотариуса о снятии запрещения понадобятся 2 дня, то максимальный срок для всех действий по регистрации права собственности на недвижимое имущество, на которое обращено взыскание во внесудебном порядке, составляет 4 дня. Следовательно, 9 июля 2016 года + 4 дня = 13 июля 2016 года.

Таким образом, *предельные сроки реализации предмета залога* со 2 февраля 2016 года по 13 июля 2016 года составляют 5 месяцев и 11 дней.

Предельные сроки проведения процедуры реализации предмета залога во внесудебном порядке прямо не названы в Законе о залоге, однако они устанавливаются путём сложения сроков проведения процедур по реализации предмета залога, предусмотренных подпунктом 2 пункта 2 статьи 58, пунктом 6 статьи 61, пунктом 2 статьи 67, статьёй 75 и статьёй 76 Закона о залоге.

Основаниями для продления сроков реализации предмета залога являются форс-мажорные обстоятельства и определение суда о запрете организатору торгов проводить торги. Сроки проведения публичных торгов приостанавливаются до устранения вышеуказанных обстоятельств, вызвавших их приостановление.

Исходя из вышеприведённого примера, при установлении третейским судом наличия или отсутствия просрочки кредитора при реализации залогового имущества во внесудебном порядке, о которых заявляет залогодатель, необходимо установить, не только совершены ли все процедуры внесудебного взыскания на предмет залога, но также и сроки их совершения.

Необходимо отметить, что подача иска о признании первых или повторных торгов недействительными не является основанием приостановления процедуры внесудебного обращения на предмет залога.

В соответствии с пунктом 3 статьи 373 ГК КР:

«В случае невозможности исполнения должником обязательства, вызванной виновными действиями кредитора, последний не вправе требовать возвращения исполненного им по обязательству».

Залогодатель отвечает перед залогодержателем только заложенным имуществом.

В свою очередь, зарегистрированные в уполномоченном государственном органе обременения в виде регистрации договора залога, соглашения о внесудебном порядке взыскания на предмет залога в совокупности с нотариальным запретом на продажу предмета залога после регистрации извещения о начале процедуры внесудебного взыскания на предмет залога *запрещают* самому залогодателю самостоятельно распоряжаться заложенным имуществом.

Все действия по реализации залога и погашению задолженности осуществляются залогодержателем. А в случае установления в действиях банка факта необоснованного превышения им предельных сроков реализации предмета залога (5 месяцев и 11 дней), данные действия считаются виновными.

Исходя из личной практики, могу с уверенностью сказать, что в 90% случаев линия защиты банков строится на двух постулатах:

1. в соответствии с пунктом 1 статьи 371 ГК КР только надлежащее исполнение прекращает обязательство;
2. статья 338 ГК КР содержит исчерпывающий перечень оснований для прекращения залога, в котором отсутствует такое основание, как отказ кредитору (залогодержателю) в иске по основаниям истечения срока исковой давности. Отказ в удовлетворении иска по указанным основаниям не означает отсутствие обязательства перед кредитором или признание обязательства исполненным.

Вышеуказанная позиция банка не является обоснованной, так как не соответствует духу и букве закона.

Согласно пункту 1 статьи 324 ГК КР:

«В силу залога кредитор по обеспеченному залогом обязательству (залогодержатель) имеет право, в случае неисполнения, ненадлежащего исполнения должником этого обязательства, получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества преимущественно перед другими кредиторами лица, которому принадлежит это имущество (залогодателя), за изъятиями, установленными законом».

В соответствии со статьей 334ГК КР:

«Взыскание на заложенное имущество для удовлетворения требований залогодержателя (кредитора) может быть обращено в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обеспеченного залогом обязательства».

В силу подпункта 1 пункта 1 статьи 338 ГК КР, прекращение обеспеченного залогом обязательства влечёт прекращение залога.

Таким образом, целью института залога является обеспечение исполнения основного обязательства, а содержанием права залога - возможность залогодержателя в установленном законом порядке обратиться взыскание на заложенное имущество в случае неисполнения основного обязательства должником.

Необходимо отличать обязанности заёмщика по кредитному договору от обязанностей залогодателя по договору о залоге даже если это одно и то же лицо. У залогодателя могут находиться в собственности несколько единиц недвижимого имущества, однако кредитор может получить удовлетворение своих требований только из стоимости заложенного имущества. Заемщик же в случае наличия судебного акта о взыскании суммы задолженности отвечает перед кредитором всем своим имуществом.

При этом право залога следует судьбе обеспеченного залогом обязательства, неразрывно с ним связано и прекращается вместе с ним.

Согласно пункту 1 статьи 335 ГК КР:

«Требования залогодержателя (кредитора) удовлетворяются из стоимости заложенного недвижимого имущества в судебном или внесудебном порядке в соответствии с законодательством Кыргызской Республики».

Удовлетворение требования залогодержателя за счёт заложенного недвижимого имущества без обращения в суд допускается на основании нотариально удостоверенного соглашения залогодержателя с залогодателем, заключённого одновременно с договором о залоге, либо заключённого в период действия договора о залоге.

В соответствии с пунктом 4 статьи 215 ГК КР:

«С истечением срока исковой давности по главному требованию истекает срок исковой давности и по дополнительным требованиям (неустойка, залог, поручительство)».

Из приведённых правовых норм в их взаимосвязи следует, что, если иное не установлено соглашением сторон, то истечение исковой давности по главному требованию, а следовательно, и по требованию об обращении взыскания на заложенное имущество, свидетельствует о невозможности реализации залогодержателем своих прав в отношении предмета залога в одностороннем порядке.

Из этого следует, что право кредитора в отношении залогового имущества не может существовать бессрочно, осуществление кредитором такого права не должно нарушать права и законные интересы других лиц, на защиту данного права распространяются общие правила об исковой давности. Механизм применения норм, регулирующих отношения собственности и иные имущественные отношения, должен быть предсказуемым и понятным субъектам правоотношений, которые должны иметь возможность в разумных пределах предвидеть правовые последствия своего поведения¹.

С учётом исковых требований о прекращении залоговых обязательств и подлежащих применению норм материального права юридически значимым и подлежащим установлению обстоятельством является выяснение возможности внесудебного обращения взыскания на предмет залога, находящегося в собственности у залогодателя.

¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 15 апреля 2020 г. N 18-П "по делу о проверке конституционности абзаца второго пункта 1 статьи 335 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина С. В. Тюрина" <https://rg.ru/2020/04/24/postanovlenie-ks-rf-dok.html>

Между тем, спор между сторонами в отношении основного обязательства решением МТС ТПП разрешён, банку в иске о взыскании суммы задолженности по кредитному договору отказано, и в силу положений статьи 28 Закона о третейских судах:

«Решение третейского суда является окончательным и обжалованию не подлежит. Стороны обязаны исполнить решение третейского суда в порядке и сроки, установленные в решении».

Таким образом, возможность внесудебного обращения взыскания на предмет залога, выходящая за предельные сроки, предусмотренные Законом о залоге, также отсутствует.

В соответствии с подпунктом 1 пункта 1 статьи 60 Закона о залоге:

«Соглашением о внесудебном порядке обращения взыскания на предмет залога признаётся нотариально удостоверенное соглашение между залогодержателем и залогодателем о порядке обращения взыскания на предмет залога во внесудебном порядке в отношении недвижимого имущества, являющееся неотъемлемой частью договора залога».

Соглашение о внесудебном порядке обращения взыскания на предмет залога не может существовать отдельно от договора о залоге, так как оно является его неотъемлемой частью, в связи с чем обязательства по нему прекращаются одновременно с прекращением обязательств по договору о залоге.

При указанных выше обстоятельствах в связи с пропуском срока исковой давности по основному требованию и отказом МТС ТПП в иске по нему, у залогодержателя отсутствует возможность как судебного, так и внесудебного обращения взыскания на заложенное имущество.

Необходимо отметить, что в перечне оснований прекращения залога, приведённом в пункте 1 статьи 338 ГК КР, такого основания для прекращения залога прямо не указано. Вместе с тем, по смыслу приведённых выше норм материального права, исходя из назначения залога и необходимости обеспечения баланса прав и интересов как кредитора, так и собственника заложенного имущества, в случае невозможности обращения взыскания на заложенное имущество в счёт исполнения обеспеченного залогом обязательства по причине прекращения действия обеспеченного залогом основного обязательства, залог утрачивает обеспечительную функцию, и как следствие подлежит прекращению.

В любом случае каждым составом арбитров третейского суда в соответствии с правилами пункта 41.4 статьи 41 Регламента МТС ТПП осуществляется оценка доказательств по их внутреннему убеждению, однако данная оценка должна быть основана на совокупности всех представленных сторонами и исследованных МТС ТПП доказательств.

При этом справедливо будет предположить, что любые действия залогодержателя по погашению суммы задолженности по кредитному обязательству путём реализации заложенного имущества невозможны, так как даже если заложенное имущество будет реализовано, банк не сможет удовлетворить свои требования по кредитному договору, так как не сможет подтвердить наличие кредитной задолженности и будет вынужден выплатить залогодателю всю сумму, полученную от реализации предмета залога. Повторюсь, при таких обстоятельствах залог утрачивает обеспечительную функцию.

Подводя итоги, необходимо отметить, что доводы *о вечности залогового обязательства* неправомерны, так как они ведут к непропорциональному ограничению возможности участников гражданского оборота распоряжаться своим имуществом.

ПРАВОПРЕЕМСТВО В СЛУЧАЕ СМЕРТИ ЗАЛОГОДАТЕЛЯ

Нурлан Садыков¹
Елена Бабицкая²

Вопросы правопреемства в третейском разбирательстве в случае смерти заёмщика или поручителя по кредитным договорам уже не раз привлекали внимание наших авторов на страницах предыдущих изданий сборника³. Однако практика ставит перед арбитрами новые проблемы. В этот раз это возможность рассмотрения третейским судом спора в случае смерти стороны спора – залогодателя. Ниже будут представлены две точки зрения на эту проблему

САДЫКОВ Н.:

Одними из самых часто подаваемых исков в Международный третейский суд при Торгово-промышленной палате

¹ Юридическая компания «Право и процедура», адвокат, арбитр МТС ТПП, арбитр МТС при ТПП Республики Казахстан, арбитр Арбитражной комиссии г. Чинжоу, КНР, e-mail: snurlan@mail.ru

² Директор юридического бюро «Консенсус», арбитр МТС ТПП, арбитр Чанчжоуской арбитражной комиссии (Китай), арбитр постоянно действующего арбитража «Центр по рассмотрению споров» (Грузия), e-mail: babitskaya.elena@gmail.com

³ Вопросы о правопреемстве в третейском разбирательстве уже были предметом рассмотрения на страницах предыдущих изданий сборника. См.: *Милащенко К.* Смерть заемщика и поручителя: вопросы, возникающие при рассмотрении дел в третейском суде / Третейское разбирательство в Кыргызской Республике: современные вызовы и пути решения. Б.: Турар, 2020, с.123-128, *Якупбаева Ф.* Правопреемство в третейском разбирательстве: отдельные процессуальные аспекты наследования долга / Там же, с. 129-140

Кыргызской Республики являются иски со стороны финансово-кредитных учреждений, предмет которых - кредитная задолженность¹. По этому предмету практика третейского суда стала обширной и повсеместной, где банк или иное лицо предоставило кредит, а заёмщик в срок не исполнил свои обязательства. Обычной арбитражной практикой стало взыскание в солидарном порядке суммы долга как с заёмщика, так и с третьих лиц, которыми могут выступать поручитель или залогодатель.

В соответствии с условиями кредитного договора, в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения заёмщиком условий договора кредитор может досрочно прекратить действие договора и взыскать в полном объёме сумму кредита, начисленные проценты и иные суммы согласно договору.

Редким случаем в практике третейского суда является взыскание задолженности в случае смерти залогодателя. В этом случае кредитные учреждения считают, что имеются все основания для удовлетворения исковых требований, в том числе и обращение взыскания на имущество умершего залогодателя. Как в этом случае арбитражу принять решение, если существует норма закона, что отношения прекращаются со смертью должника?

В статье 379 ГК КР говорится о прекращении обязательств в случае смерти должника, если исполнение не может быть произведено без личного участия должника. В данном случае важно определить, что означает *личное участие должника*? Если в обязательство должника входило совершение определённых действий, как, например, оплата коммунальных услуг, пролонгация соглашения, поддержание объекта залога в исправном состоянии, то однозначно такие обязательства не могут быть исполнены без личного участия

¹ По статистике более 80% дел в МТС ТПП составляют дела из договоров займа и кредита. См. Рейтинг рассматриваемых споров: <http://arbitr.kg/web/documents/info.pdf>

должника. Но вопросы, связанные с переходом права собственности залогодателя, должны решаться на основе закона.

В этом случае необходимо руководствоваться частью 1 статьи 23 ГК КР, где говорится:

«Объекты гражданских прав могут свободно отчуждаться или переходить от одного лица к другому в порядке универсального правопреемства (наследования, реорганизации юридического лица) либо иным способом, если в соответствии с законодательством они не изъяты из гражданского оборота или не ограничены в гражданском обороте».

Одним из ключевых признаков такого редкого случая является законодательное условие – объект не должен быть изъят или ограничен в гражданском обороте. Все остальные случаи, в том числе наследование или реорганизация юридического лица должны быть рассмотрены арбитром. Но если с реорганизацией юридического лица всё понятно и судебная практика достаточно обширна, то случаи смерти физического лица, которое выступало в качестве залогодателя, очень редкие.

Обычно кредиторы ссылаются на статью 47 ГПК КР, согласно которой в случае выбытия одной из сторон в спорном правоотношении, в частности, вследствие смерти гражданина, суд допускает замену этой стороны её правопреемником. Казалось бы, верная позиция, но согласно законодательству о третейских судах в третейском разбирательстве применяется внутренний регламент третейского суда и материальное право, вытекающее из законодательства Кыргызской Республики. Такие требования вытекают из части 2 статьи 6 Закона о третейских судах, согласно которой *«третейский суд рассматривает спор в соответствии с нормами материального права, которые стороны определили в договоре либо в третейском соглашении в качестве*

применимых к существу спора». Вправе ли арбитр прямо руководствоваться статьёй 47 ГПК КР?

Вопрос правопреемства детально не прописан ни в регламенте, ни в законодательстве о третейских судах. Арбитр мог бы применять норму гражданского процессуального закона по аналогии, но прежде необходимо выяснить: существуют ли иные источники материального права, позволяющие применять наследственное право и использовать механизм взыскания в случае смерти залогодателя?

Рассмотрим содержание статьи 52 ГК КР, которая устанавливает, что правоспособность гражданина возникает в момент его рождения и прекращается смертью. Означает ли это, что в связи со смертью гражданина финансово-кредитное учреждение не сможет обеспечить исполнение кредитных обязательств? Ответ не так однозначен. Например, согласно статье 119 ГК КР, в случае смерти участника полного товарищества его наследник может вступить в товарищество с согласия всех других участников. В данном случае права и обязанности умершего участника товарищества переходят к наследнику.

Согласно статье 251 ГК КР, одним из оснований приобретения права собственности является смерть гражданина, право собственности на имущество которого наследуется в соответствии с завещанием или законом.

Интерес вызывает и статья 220 ГПК КР, где в пункте 7 указано, что производство по делу прекращается «после смерти гражданина, индивидуального предпринимателя, являющегося одной из сторон по делу, спорное правоотношение не допускает правопреемства». И здесь присутствует оговорка: прекращение производства возможно, если отсутствует правопреемство.

Если закон гарантирует переход права собственности в порядке наследования, то, в случае смерти залогодателя,

залоговые отношения не могут быть автоматически прекращены. В этом случае залоговые правоотношения или их продолжение могут быть продолжены на основе перехода права собственности наследнику по закону или по завещанию.

Решение арбитра об обращении взыскания на имущество умершего залогодателя не влечёт автоматического перехода права собственности в пользу кредитора, так как необходимо учитывать права наследников.

Возникает вопрос практического исполнения решения третейского суда. Вправе ли служба судебных исполнителей или независимый организатор торгов проводить торги имущества умершего залогодателя?

Правопреемство допускается и на стадии исполнительного производства. Так, статья 27 Закона КР «О статусе судебных исполнителей и об исполнительном производстве» устанавливает, что:

*«В случае выбытия одной из сторон исполнительного производства, в том числе **смерть физического лица**, реорганизация юридического лица, уступка требования, перевод долга, судебный исполнитель по исполнительному документу обязан своим постановлением **произвести замену этой стороны правопреемником**».*

Таким образом, в случае проведения торгов, которые закрепляют переход собственности третьим лицам, судебный исполнитель обязан дожидаться окончания процедуры вступления в наследство залогодателя и только после этого продолжить организацию торгов. По аналогии это правило распространяется и на действия независимого организатора торгов.

В исполнительном производстве на основе судебного акта по уголовному делу или по делам о проступках действует

иной порядок. Согласно пункту 4 части 12 статьи 94 Закона КР «О статусе судебных исполнителей и об исполнительном производстве», исполнительное производство оканчивается¹ в случае смерти должника, если предметом взыскания является штраф или тройной айып за совершённое преступление или проступок.

В статье 44.1 Регламента МТС ТПП указано, что *«третейское разбирательство прекращается вынесением арбитражного решения»*, хотя инструмент прекращения производства имеет совершенно иной характер и процессуальные последствия. Эта норма вступает в противоречие со статьей 51.2 Регламента МТС ТПП, где указаны основания для прекращения производства. В случае принятия решения по существу вопроса дело не прекращается, а должно быть окончено производством.

Отдельные инструменты в ГПК КР и в Регламенте МТС ТПП (как прекращение, приостановление и др.) должны быть аналогичными, поскольку позволяют более гибко проводить третейское разбирательство. Необходимо заметить, что в Регламенте МТС ТПП отсутствует такой инструмент, как отложение производства, но на практике арбитры применяют его.

БАБИЦКАЯ Е.:

Правопреемство в третейском разбирательстве по правоотношениям залога не ставится под сомнение. Согласно пунктам 1, 2 статьи 339 ГК КР, залог сохраняет силу, если заложенное имущество переходит от залогодателя к другому лицу в порядке универсального правопреемства. Право-

¹ В данной норме закона неудачно использован термин «оканчивается». По смыслу этой нормы закона окончить исполнительное производство можно путём наложения штрафа или тройного айыпа на имущество умершего обвиняемого, что противоречит институту уголовного наказания в случае смерти осуждённого. В данном случае уместно говорить о прекращении исполнительного производства).

преемник залогодателя становится на место залогодателя и несёт все его обязанности по договору о залоге, включая и те, которые не были надлежаще выполнены залогодателем, если соглашением с залогодержателем не установлено иное. Таким образом, если имущество перешло к наследнику залогодателя, то наследник в соответствии с законом занимает в договоре залога место залогодателя, что соответственно является подтверждением правовой позиции о том, что со смертью залогодателя и при наличии правопреемника, к которому перешло заложенное имущество, договор залога не прекращается.

Вместе с тем на практике бывают случаи, когда заложенное имущество не переходит к правопреемнику в установленных законодательством сроки и порядке, т. е. правопреемника умершего залогодателя не существует. И к моменту рассмотрения дела в третейском суде возникает вопрос: может ли в этом случае третейский суд рассматривать спор, если залогодатель умер, а его правопреемника не существует?

Согласно статье 1 Регламента МТС ТПП сторонами третейского разбирательства являются истец и ответчик. Разрешение спора в МТС ТПП осуществляется на основе принципа равноправия сторон перед законом и МТС ТПП. Каждой стороне предоставлены равные возможности для защиты своих прав в МТС ТПП. Стороны пользуются равными процессуальными правами¹. Каждая сторона обязана доказывать те обстоятельства, на которые она ссылается как на обоснование своих требований и возражений². Таким образом, продолжать третейское разбирательство в части обращения взыскания на заложенное имущество и выносить решение при отсутствии залогодателя как стороны спора третейский суд не может.

¹ Пункт 4.2. статьи 4 Регламента МТС ТПП

² Пункт 4.3. статьи 4 Регламента МТС ТПП.

ИЗ ПРАКТИКИ РАССМОТРЕНИЯ ОДНОГО СПОРА В ТРЕТЕЙСКОМ СУДЕ

Елена Бит-Аврагим¹

В данной статье мною рассматриваются два практических вопроса из дела, имевшего место в моей арбитражной практике, а именно вопросы о возможности участия обособленного структурного подразделения юридического лица в третейском разбирательстве и наличии третейского соглашения между сторонами. Мне показалось интересным поделиться своими мыслями с коллегами, так как существуют нюансы, которые, на первый взгляд, могут показаться не столь важными для существа спора, но именно они в конечном счёте существенно влияют на принятые решения.

Итак, в третейский суд обратилось общество, созданное за пределами Кыргызской Республики, с иском о взыскании задолженности по договору купли-продажи, заключённому филиалом этого общества, расположенным и зарегистрированным в Кыргызской Республике, и компанией, расположенной в Республике Казахстан. Исковое заявление было подписано представителем по доверенности, выданной филиалом общества.

¹ Управляющий партнёр Юридического агентства «VERITAS», арбитр МТС ТПП, e-mail: l.bitavragim@veritas.kg

Филиал как сторона третейского разбирательства

Первый вопрос, который сразу возник в ходе ознакомления с материалами: может ли филиал быть истцом или ответчиком в третейском суде (стороной в третейском разбирательстве)? Правильно ли будет указать в исковом заявлении в качестве истца филиал (договор заключён филиалом), или надо указать само общество в лице директора филиала?

Ответ напрашивается сам собой: правильно будет указать истцом юридическое лицо, так как за действие филиала ответственность несёт само юридическое лицо, его создавшее.

Согласно статье 2 Закона о третейских судах, стороны в третейском разбирательстве – истец и ответчик. Истцами являются граждане и организации, а также органы государственной власти и местного самоуправления, предъявившие иск в своих интересах. Аналогичная норма содержится и в статье 5 Регламента МТС ТПП.

Статья 83 ГК КР устанавливает, что:

*«Юридическим лицом признаётся **организация**, которая имеет в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении обособленное имущество и отвечает по своим обязательствам этим имуществом, может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права и обязанности **и быть истцом и ответчиком в суде**».*

Следовательно, истцом и ответчиком в третейском суде или, иначе говоря, лицами, участвующими в третейском разбирательстве, являются граждане и юридические лица.

Юридические лица могут создавать свои филиалы - это обособленное подразделение юридического лица, расположенное вне места его нахождения и осуществляющее все или часть его функций, в том числе функции представительства. Филиалы не являются юридическими лицами.

Они наделяются имуществом создавшим их юридическим лицом и действуют на основании утверждённых им положений (статья 90 ГК КР).

Таким образом, филиал не является самостоятельным субъектом права и не может выступать истцом и ответчиком в третейском суде.

Здесь всё укладывается в рамки закона, но проблема, которую нужно обозначить: кто имеет право подписать исковое заявление в третейский суд от имени юридического лица, которое присутствует на территории Кыргызской Республики только в лице своего филиала?

Как указывается в пункте 3 статьи 90 ГК КР, руководители филиалов назначаются юридическим лицом и действуют на основании его доверенности.

В ходе третейского разбирательства стороной была представлена доверенность, выданная обществом на имя директора филиала, где указывалось, что директор филиала представляет и защищает законные права и интересы общества по всем вопросам, связанным с обществом в Кыргызской Республике, в связи с чем ему предоставляется право от имени и в интересах общества осуществлять руководство и контроль за деятельностью филиала, подписывать любые документы, в том числе соглашения, выдавать доверенности, выступать от имени и в защиту законных прав и интересов общества во всех судах Кыргызской Республики, а также он имеет право на подписание исковых заявлений, их подачу, передачу дела в третейский суд.

В Положении о филиале общества также упоминалось, что директор филиала действует на основании и в рамках выданной на его имя доверенности от имени общества и наделяется полномочиями представлять интересы общества и филиала в отношениях с гражданами и юридическими лицами как в Кыргызской Республике, так и за её пределами

при заключении договоров, контрактов и соглашений, подаёт заявления, выдаёт доверенности.

Может ли директор филиала общества выдать доверенность третьему лицу (не сотруднику филиала) на представление и защиту законных прав и интересов самого общества в судах, в том числе с правом на подписание искового заявления в третейский суд?

Как было указано выше, исковое заявление в третейский суд было подано от имени общества в лице его филиала и подписано представителем, действующим по доверенности, выданной **филиалом** с указанием в полномочиях о том, что представитель защищает права и интересы общества и филиала. Доверенность на представителя подписана директором филиала.

На мой взгляд, выдача директором филиала доверенности будет передоверием, поскольку он сам действует на основании доверенности, выданной головным обществом.

Полномочия руководителя филиала (представительства) должны быть удостоверены доверенностью, как указано в пункте 3 статьи 90 ГК КР и не могут основываться лишь на указаниях, содержащихся в положении о филиале (представительстве), либо вытекать из обстановки, в которой действует директор филиала.

Да, директор филиала вправе передоверить совершение действий, на которые он уполномочен доверенностью, другому лицу, если передоверие разрешено доверенностью. Соблюдение нотариальной формы для доверенности, выдаваемой в порядке передоверия, юридическим лицом, руководителем филиала и представительства юридических лиц не требуется (пункт 2 статьи 205 ГК КР).

Однако в представленной в третейском разбирательства доверенности на имя директора филиала общества не было указано о передоверии полномочий (возможно, это можно

отнести к пункту, где записано о полномочиях по выдаче доверенности?)

Принимая во внимание, что стороной в третейском разбирательстве может быть только юридическое лицо, подписать исковое заявление в третейский суд должен уполномоченный представитель именно юридического лица, которым в данном случае выступает директор филиала общества, действующий на основании доверенности, выданной юридическим лицом.

Основное зерно всей ситуации в том, что филиал не является юридическим лицом, а является обособленным структурным подразделением юридического лица. На мой взгляд, достаточно некорректно, хотя это и довольно распространённая практика, когда договоры заключаются от имени филиала. По идее договор должен заключаться юридическим лицом в лице руководителя филиала, действующего на основании доверенности и положения о филиале.

Согласно статьи 34 Регламента МТС ТПП, стороны вправе вести свои дела в МТС ТПП и в процессе третейского разбирательства непосредственно или через должным образом уполномоченных представителей, назначаемых сторонами по своему усмотрению, в том числе из числа иностранных организаций и граждан.

В рассматриваемом деле участие в третейском разбирательстве от имени филиала, представляющего интересы общества, возможно через должным образом уполномоченных представителей.

Таким образом, при подаче иска в третейский суд в качестве заявителя должно быть указано само юридическое лицо в лице филиала этого юридического лица, созданного и зарегистрированного по законам Кыргызской Республики, и заявление должно быть подписано руководителем филиала юридического лица, если такие полномочия указаны в его доверенности, выданной от имени юридического лица.

Арбитражная оговорка в связанных договорах

Далее, одним из требований истца было взыскание расходов, связанных с недостатками переданного имущества (автомашина) в счёт погашения задолженности. В третейском разбирательстве стороной был представлен договор купли-продажи автомашины, согласно которому продавец обязался передать в собственность покупателю автомашину по установленной цене. По условиям данного договора, возникающие разногласия/споры в процессе исполнения обязательств по договору стороны решили рассматривать в судебном порядке в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

Истец обосновывал свое исковое требование тем, что ответчик в счёт частичного погашения задолженности передал истцу автомашину по взаимной оценочной стоимости, и стороны произвели взаимозачёт по двум договорам: по первоначальному, где ответчик имел задолженность, и по договору купли-продажи автомашины, где уже истец имеет задолженность. Однако через некоторое время автомашина вышла из строя, и истцу пришлось приобретать новую запасную часть. Поэтому истец просит взыскать с ответчика расходы, связанные с недостатками переданного имущества, в счёт погашения задолженности по основному договору, где имеется третейская оговорка.

Ответчик возражал против данного требования, заявив, что все обязательства по договору купли-продажи автомашины со стороны продавца были выполнены надлежащим образом и в установленный срок. Никаких претензий по техническому состоянию автомашины к продавцу не поступало, более того, в акте приема-передачи автомашины стороны указали, что претензий по техническому состоянию автомашины не имеется. Также ответчик указал, что в договоре купли-продажи автомашины отсутствует третейская оговорка о рассмотрении спора в МТС ТПП. Стороны

не заключали никаких дополнительных соглашений к договору купли-продажи автомашины об изменении подсудности и применимом материальном праве. Таким образом, по мнению ответчика, истец не имеет право обращаться в МТС с требованиями о взыскании расходов, связанных с недостатком переданного имущества в счёт погашения задолженности. Если такие требования имеют место, то спор подлежит рассмотрению в суде согласно законодательству Республики Казахстан.

Может ли МТС ТПП рассмотреть требование истца о взыскании по договору, где отсутствует третейская оговорка, при этом оплата по нему проведена в счёт взаимозачёта по другому договору между этими же сторонами, где имеется третейская оговорка?

Ответ на данный вопрос следует искать в нормах статьи 5 Закона о третейских судах, согласно которой спор может быть передан на разрешение третейского суда и принят им при наличии соглашения сторон о передаче спора данному третейскому суду или в силу закона.

В силу статьи 14 вышеуказанного закона третейский суд самостоятельно решает вопросы о наличии и действительности третейского соглашения и своей компетенции по рассмотрению конкретного спора.

В пункте 3 статьи 7 Закона о третейских судах определено, что третейское соглашение должно содержать положение о том, что любой спор, разногласие или требование, возникающие из спора между сторонами, подлежит рассмотрению в третейском суде, а также наименование третейского суда, который должен рассмотреть возникший спор. В третейском соглашении могут содержаться сведения о числе арбитров, месте третейского разбирательства, языке третейского разбирательства, применимом праве, применимых правилах, сроке рассмотрения спора.

Заявление о том, что третейский суд превышает пределы своей компетенции, должно быть предъявлено сторонами, как только в ходе третейского разбирательства будет поставлен вопрос, который, по мнению стороны, выходит за эти пределы (статья 14 Закона).

Как было указано выше, третейская оговорка в договоре купли-продажи автомашины, по которому истец требует возместить расходы на приобретение запасной части, отсутствует, так как стороны договорились решать все возникающие споры в судах.

В соответствии со статьей 391 ГК КР, при толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нём слов и выражений. Буквальное значение условия договора, в случае его неясности, устанавливается путём сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом.

На мой взгляд, в этом случае арбитражное соглашение является незаключённым, поскольку стороны не достигли соглашения о таком его существенном условии, как предмет. Ввиду отсутствия арбитражного (третейского) соглашения стороны должны обращаться за защитой нарушенных прав в компетентный суд.

Таким образом, разбирательство в этой части исковых требований подлежит прекращению без вынесения решения, так как отсутствует компетенция у третейского суда на рассмотрение возникшего спора по отдельному требованию истца.

Как поступить арбитражу в данной ситуации, когда тема о компетенции третейского суда по рассмотрению одного из требований истца возникла уже после принятия дела к рассмотрению?

Согласно статье 36 Закона о третейских судах, третейское разбирательство прекращается, в случае если спор не под-

лежит рассмотрению в третейском суде. В этом случае требуется вынести определение, так как вопрос не затрагивает существо спора.

Статья 52 Регламента МТС ТПП не устанавливает конкретных сроков, когда должно быть вынесено определение о прекращении разбирательства без вынесения решения, в случае если спор не подлежит рассмотрению в третейском суде. В рассматриваемом примере проблема компетенции третейского суда возникла уже в ходе разбирательства после представления стороны документов по делу, и одна из сторон оспорила юрисдикцию третейского суда по данному исковому требованию.

Определение о прекращении третейского разбирательства в части одного из требований истца может быть вынесено вместе с решением по существу спора и/или в ходе устных слушаний, когда третейскому суду стало известно о возникших обстоятельствах или когда состав третейского суда находит, что продолжение разбирательства по этому вопросу стало по каким-либо причинам ненужным. При вынесении определения также рассматривается распределение арбитражного сбора, оплаченного ранее истцом.

Подводя итог, попытаюсь сформулировать краткий вывод: при возникновении вопроса о возможности существования арбитражной оговорки в связанных договорах, важно оценить насколько стороны выразили своё намерение разрешать возникающие споры в арбитраже. При этом сторона имеет право оспорить юрисдикцию арбитража, как только в ходе третейского разбирательства будет поставлен вопрос, который, по мнению стороны, выходит за эти пределы.

Важно на этапе подготовки дела к третейскому разбирательству проверить полномочия сторон, а также выяснить существо каждого из исковых требований, чтобы в дальнейшем не затягивать сроки третейского разбирательства.

В любом случае существуют нюансы, которые не всегда можно сразу установить, поэтому в ходе третейского разбирательства требуется обращать внимание на возникающие ситуации, которые могут показаться не столь важными для существа спора, но в конечном счёте влияют на мнение арбитра и принятые им решения.

Надеюсь, что приведённые примеры из практики рассмотрения одного дела в третейском суде помогут коллегам в работе. Вместе с тем, учитывая, что при разрешении споров по некоторым положениям применяются стандартные подходы, думается важным всегда учитывать и распознавать особенности и нюансы, которые присутствуют в каждом конкретном споре в третейском разбирательстве.

РЕГЛАМЕНТ ИЛИ ЗАКОН: КОЛЛИЗИЯ ИЛИ КОНКУРЕНЦИЯ?

Анастасия Волосатова¹

Интенсивная законодательная деятельность в Кыргызстане сформировала тенденцию к накоплению огромного массива нормативных правовых актов, что характеризуется наличием пробелов, коллизий, несоблюдением правил законодательной техники и единой терминологии, отсутствием системных связей между законодательными и подзаконными актами.

Проблемы выявления и устранения разногласий в законодательстве являются, в частности, предметом широкого обсуждения на разных уровнях. По результатам мониторинга законодательства обобщают пути преодоления коллизионности правовых норм и заполнения законодательных пробелов.

Юридическая коллизия — это расхождение или противоречие между отдельными нормативными правовыми актами, регулирующими одни и те же либо смежные общественные отношения, а также противоречия, возникающие в процессе правоприменения и осуществления компетентными органами и должностными лицами своих полномочий.²

¹ Главный юрист Юридического агентства «VERITAS», арбитр МТС ТПП, e-mail: anastasia1978_2000@mail.ru

² https://ru.wikipedia.org/wiki/Юридическая_коллизия

Юридические коллизии, безусловно, мешают нормальной слаженной работе правовой системы, нередко ущемляют права граждан, сказываются на эффективности правового регулирования, состоянии законности и правопорядка, правосознании и правовой культуре общества. Они создают неудобства в правоприменительной практике, затрудняют пользование законодательством рядовым гражданам, культивируют правовой нигилизм.

Причин существования юридических коллизий немало. Это и отставание права от более динамичных общественных отношений, когда одни нормы устаревают, другие появляются, не всегда отменяя прежние, и низкое качество законов, непоследовательная систематизация нормативных правовых актов и др.

В ходе своей работы арбитры Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики сталкиваются с разночтениями и коллизиями, имеющимися в Законе о третейских судах и Регламенте Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики.

МТС ТПП сам не разрешает споры. Все поступившие в МТС ТПП споры разрешаются арбитрами либо коллегией арбитров третейского суда в соответствии с избранным сторонами спора Регламентом (п. 6 Положения о МТС ТПП от 16 января 2003 г.)

Регламент МТС ТПП *определяет порядок разрешения споров* в третейском суде. Сам спор *разрешается в соответствии с нормами материального права*, которые стороны определили в договоре либо в третейском соглашении в качестве применимых к существу спора.

Закон о третейских судах также содержит ряд норм и статей, в которых определяется порядок разрешения спора в третейских судах. Поэтому важно изначально понять, что

Регламент регулирует третейское разбирательство и, очевидно, должен применяться за тем исключением, что, когда какое-либо из его правил противоречит норме материального права, применимого к третейскому разбирательству, применяется эта норма закона.

Давайте рассмотрим некоторые положения Закона и Регламента.

Начнём с малого. Так, пункт 20.1. статьи 20 Регламента МТС ТПП (о содержании искового заявления) включает в себя требование, что исковое заявление должно содержать обоснованный расчёт исковых требований. А в статье 20 Закона о третейских судах не содержится таких требований.

Исходя из практики арбитражных судов, предполагается, что пункт 20.1. статьи 20 Регламента МТС ТПП необходим, т. к. при наличии обоснованного расчёта, представленного истцом в исковом заявлении или в виде приложения к исковому заявлению, является одним из доказательств обоснованности исковых требований и в дальнейшем, как правило, приводит к вынесению арбитрам законного и обоснованного решения.

Также, пункт 4 статьи 20 Закона о третейских судах содержит следующую формулировку:

«Если стороны не договорились об ином, в ходе третейского разбирательства каждая сторона вправе изменить или дополнить свои иски или требования или отзыв на исковое заявление в сроки, предусмотренные соглашением сторон или применимыми правилами».

В приведённой норме законодатель предоставляет сторонам право самостоятельно договориться о сроках на изменение или дополнение исковых требований или отзывов на исковое заявление. Так, стороны по своему усмотрению могут установить предельный срок на совершение таких действий в рамках процесса в третейском суде. Реализация

данного положения способствует быстрому и эффективно-му рассмотрению споров, что полностью отвечает целям третейского разбирательства. Если предположить, что стороны в третейской оговорке или соглашении ограничат друг друга в таком праве основываясь только на сроках, то это явно может повлиять на состязательность сторон в устных слушаниях, а также на общий срок рассмотрения спора в третейском суде. Регламент МТС ТПП определяет, что изменить или дополнить свои требования или возражения по иску сторона может до окончания устного слушания или разбирательства спора на основании письменных материалов дела (п. 38.1 статьи 38 Регламента МТС ТПП).

Таким образом, Закон о третейских судах предоставляет сторонам больше свободы в вопросах определения сроков для реализации своих прав на изменение или дополнение исковых требований, отзывов на исковые заявления, в то время как Регламент МТС ТПП устанавливает конкретный период, в течение которого имеется возможность совершить данные распорядительные действия, тем самым устанавливая более формализованный подход в данном вопросе.

Самый часто возникающий вопрос и споры по нему - это срок, в течение которого третейский суд должен направить сторонам мотивированное решение.

В пункте 1 статьи 29 Закона о третейских судах указано:

*«Третейский суд вправе объявить только резолютивную часть решения, если иное не установлено соглашением сторон. В этом случае мотивированное решение должно быть направлено сторонам не позднее **пяти дней** с момента объявления резолютивной части решения».*

Вместе с тем, в пункте 47.3. статьи 47 Регламента МТС ТПП закреплено:

*«Мотивированное решение направляется сторонам, а в случае третейского разбирательства онлайн, размещается в арбитражном кабинете МТС ТПП в течение **десяти дней**. Данный срок может быть продлён Председателем МТС ТПП».*

Предполагается, что срок готовности мотивированного решения и вручение его сторонам, обозначенный в Регламенте МТС ТПП, является более обоснованным с точки зрения практики. Так как на рассмотрение в МТС ТПП подаются разные исковые заявления, которые различаются по своей сути и сложности. В случае рассмотрения дела третейским судом в составе трёх арбитров, могут возникнуть спорные вопросы в части обоснования и изложения решения и, соответственно, это вызывает необходимость в увеличении времени на подготовку мотивированного решения.

В ходе рассмотрения вопроса о соотношении Закона и Регламента важно также обратиться к Закону Кыргызской Республики «О нормативных правовых актах Кыргызской Республики» и понять, что Регламент МТС ТПП не является нормативным правовым актом. Поэтому, вполне вероятно, можно было бы поставить точку в этих дискуссиях, но для полноты картины рассмотрим, что такое Регламент, и для сравнения ознакомимся с требованиями регламентов других стран.

Регламент (*от фр. règlement*) - это документ, который перечисляет и описывает по порядку этапы (шаги), которые должна предпринимать группа участников для выполнения бизнес-процесса, как правило, с указанием требуемых сроков выполнения этапов (шагов). Свод постоянных или временных правил, регулирующих внутреннюю организацию и формы деятельности, а также правовое положение. Правила принимаются палатами в соответствии с принципами и иными предписаниями, содержащимися в конституциях, конституционных и органических законах, поэтому

они могут быть отменены только органами конституционного надзора.¹

Таким образом, руководствоваться Законом Кыргызской Республики «О нормативных правовых актах Кыргызской Республики» для выяснения приоритета Регламента или закона будет некорректно.

Возвращаясь к ранее приведённому примеру, если рассматривать вопрос, в течение какого срока должно быть готово мотивированное решение третейского суда, то срок на подготовку должен составлять пять дней, как это установлено в законе. При этом Регламент МТС ТПП определяет, что решение должно быть направлено сторонам, а в случае третейского разбирательства онлайн, размещается в арбитражном кабинете МТС ТПП в течение десяти дней.

Интересным будет также рассмотреть сроки подготовки мотивированного решения, предусмотренные в Регламентах третейских (арбитражных) судов, а также сроки, закреплённые в законах о третейских судах, действующих на территориях соседних стран.

Так, в пункте 1 статьи 32 Федерального закона от 24 июля 2002 года N 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»:

*«Решение объявляется в заседании третейского суда. Третейский суд вправе объявить только резолютивную часть решения. В этом случае, если стороны не согласовали срок для направления решения, мотивированное решение должно быть направлено сторонам в срок, не превышающий **15 дней** со дня объявления резолютивной части решения».*

Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее - МКАС) в параграфе 24 устанавливает, что

¹ <https://ru.wikipedia.org/wiki/Регламент>

МКАС принимает меры к тому, чтобы разбирательство дела было завершено в срок не более 180 дней со дня образования состава арбитража. Президиум МКАС может в случае необходимости, по просьбе состава арбитража или по собственной инициативе, продлевать указанный срок.

В параграфе 39 пункта 2 Регламента МКАС отражено: дата вынесения решения определяется с учётом даты последней подписи арбитра, входящего в состав арбитража.

Порядок направления решения сторонам определён в параграфе 42 Регламента МКАС:

«До подписания решения состав арбитража заблаговременно представляет проект решения в Секретариат МКАС. Секретариат МКАС, не затрагивая независимости арбитров в принятии решения, может обратить внимание состава арбитража на выявленные несоответствия проекта решения предусмотренным Регламентом требованиям по его оформлению. При не устранении таких несоответствий Секретариат МКАС вправе информировать об этом Президиум МКАС. Вынесенное решение представляется составом арбитража в необходимом числе экземпляров в Секретариат МКАС для направления сторонам. МКАС может обусловить направление решения сторонам полным покрытием расходов в связи с разбирательством дела, если такие расходы не были ранее оплачены сторонами или одной из них».

Таким образом, Регламент МКАС устанавливает, что мотивированное решение должно быть составлено и направлено сторонам в срок, не превышающий 180 дней со дня образования состава арбитража. Иных сроков Регламент МКАС на составление мотивированного решения, вопреки положениям Федерального закона, не содержит.

Сравнивая эти требования с МТС ТПП, отметим, что последний в своём Регламенте разграничивает срок на рассмотрение дела (три месяца со дня формирования состава третейского суда), срок на составление мотивированного решения для направления его сторонам после оглашения резолютивной части решения (и десять дней). Таким образом, законодательства Кыргызстана и России в части закрепления срока на подготовку мотивированного решения совпадают, однако сам срок предоставляется разный.

Далее, рассмотрим Закон Республики Беларусь «О третейских судах» 301-З от 18 июля 2011 года, в статье 36 которого установлено:

*«Если стороны не согласовали срок для направления решения, экземпляры решения, а также материалы дела в электронном виде должны быть направлены (вручены) сторонам в течение **пятнадцати дней** со дня объявления решения, либо его резолютивной части».*

Регламент Международного арбитражного суда при Белорусской торгово-промышленной палате (далее - МАС) в статье устанавливает шестимесячный срок, в течение которого состав суда обязан рассмотреть дело и вынести решение. Отметим, что срок рассмотрения дела МАС в два раза больше, чем срок рассмотрения дела МТС ТПП.

В части 3 статьи 40 Регламента МАС установлено, что копии решения в недельный срок должны быть выданы сторонам под расписку или направлены им заказными письмами с уведомлением о вручении. Каждая копия решения подписывается и скрепляется печатью так же, как и оригинал.

Из приведённой статьи Регламента МАС видно, что срок выдачи/направления копий мотивированного решения

составляет 7 дней, вместе с тем, в соответствии с Законом Республики Беларусь «О третейских судах», состав третейского суда имеет 15 дней на составление и направление мотивированного решения судам.

Закон Республики Узбекистан «О третейских судах», принятый Законодательной палатой 8 февраля 2006 года, в статье 39 устанавливает следующее: *«после принятия решения каждой стороне третейского разбирательства должно быть вручено либо направлено решение в течение десяти дней»*.

Пункты 2 и 3 статьи 33 Регламента Третейского суда при Торгово-промышленной палате Республики Узбекистан (далее - Третейский суд) содержат следующие нормы:

«Резолютивная часть решения объявляется в заседании Третейского суда. Мотивированное решение направляется или вручается сторонам третейского разбирательства в срок, не превышающий десяти дней с даты объявления резолютивной части решения».

Таким образом, в Регламенте Третейского суда закреплены такие же сроки для направления мотивированного решения сторонам, что и в Регламенте МТС ТПП. И, как мы видим на предыдущих примерах, это первый случай из приведённых, где сроки на подготовку мотивированного решения, установленные в законе и закреплённые в Регламенте, одинаковые.

В пункте 1 статьи 45 Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» установлено:

*«Если иное не предусмотрено регламентом, решение объявляется на заседании арбитража. Арбитраж вправе объявить только резолютивную часть решения. В этом случае мотивированное решение должно быть направлено сторонам в течение **десяти календарных дней** со дня объявления резолютивной части*

решения, если иной срок не установлен регламентом или соглашением сторон».

Международный арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Республики Казахстан (далее - Международный арбитражный суд) в пункте 6 статьи 52 Регламента установил:

*«Решение Международного арбитражного суда должно быть вручено под роспись или направлено экспресс-почтой каждой стороне по одному экземпляру в срок, не превышающий **10 (десяти) рабочих дней** со дня принятия решения составом арбитражного разбирательства».*

В данном случае также сроки на подготовку мотивированного решения в Регламенте и в Законе разнятся, т. к. в Законе установлено 10 *календарных дней*, а в Регламенте - *рабочих дней*. Но это не противоречит Закону, т. к. Законом предоставляется право на иной срок, который третейский суд может установить в регламенте или сами стороны своим соглашением.

Регламентом Международного арбитражного суда установлены почти аналогичные сроки на подготовку мотивированного решения, как и Регламентом МТС ТПП КР, но фактически десять рабочих дней составляют двенадцать календарных дней.

Перейдем к нормам, закреплённым в Законе Украины «О третейских судах» от 11 мая 2004 № 1701-IV и Регламенте Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Украины (далее - МКАС Украины). Срок разбирательства дела не должен превышать 6 месяцев со дня, когда был сформирован состав Арбитражного суда (пункт 1 статьи 38 Регламента МКАС Украины).

В статье 45 Закона Украины «О третейских судах» установлено:

*«Третейский суд вправе объявить только резолютивную часть решения. В этом случае, если стороны не согласовали срок направления им решения, мотивированное решение должно быть направлено сторонам в срок, не превышающий **пяти дней** со дня объявления резолютивной части решения».*

Пункт 3 статьи 60 Регламента МКАС Украины устанавливает, что состав Арбитражного суда выносит арбитражное решение в течение 30 дней со дня завершения слушания дела. При этом, согласно пункту 8 статьи 60 Регламента МКАС Украины:

«Арбитражное решение считается вынесенным в месте арбитража и в указанную в арбитражном решении дату, которая определяется с учётом даты последней подписи арбитра, входящего в состав Арбитражного суда».

Регламент МКАС Украины устанавливает такой же срок рассмотрения дела, как и предусмотренный Регламентом Международного арбитражного суда при БелТПП, и в два раза больше предусмотренного Регламентом МТС ТПП. И при этом на подготовку и направление сторонам мотивированного решения предоставлен ещё срок в тридцать дней. Тем не менее, срок, предоставленный законом Украины на подготовку мотивированного решения, установлен в пять дней, так же, как и в Законе Кыргызской Республики.

Пункт 1 статьи 32 Закона Республики Таджикистан «О третейских судах» устанавливает, что третейский суд вправе объявить только заключительную часть решения. Если стороны не согласовали срок для направления решения, решение должно быть направлено сторонам в срок, не превы-

шающий 15 дней со дня объявления заключительной части решения.

Международный коммерческий арбитраж при Торгово-промышленной палате Республики Таджикистан (далее – МКАТ) в статье 25 Регламента закрепил, что МКАТ принимает меры к тому, чтобы разбирательство дела было завершено в срок не более 180 дней со дня формирования состава арбитража.

Стоит отметить, что Регламент МКАТ содержит сроки рассмотрения дела, но сроки направления сторонам мотивированного решения в нём отсутствуют, из чего можно сделать вывод, что подготовка и вручение мотивированного решения сторонам должна быть осуществлена в срок, не превышающий 180 дней со дня образования состава арбитража. Тем не менее, в законе предусмотрен срок на подготовку мотивированного решения.

В этой части Регламент МКАТ и Регламент МКАС схожи и иных сроков на составление мотивированного решения и направления его сторонам не содержат.

Из рассмотренных Регламентов всё-таки видится, что срок на подготовку мотивированного решения, установленный в регламентах арбитражных институтов и в законодательстве, часто различается.

Смею предположить, что в Законе о третейских судах пятидневный срок для вручения сторонам мотивированного решения был установлен по аналогии со статьей 215 Гражданского процессуального кодекса от 29 декабря 1999 года № 146, в которой установлено, что лицам, участвующим в деле, копии решения суда высылаются не позднее пяти дней со дня вынесения решения в окончательной форме.

В действующем же Гражданском процессуальном кодексе от 25 января 2017 года № 14 данная норма трансформировалась, однако 5 дней также присутствуют:

«Лицам, участвующим в деле, копия решения суда вручается немедленно после его оглашения. Лицам, участвовавшим в деле, но не присутствовавшим в судебном заседании, копии решения суда высылаются не позднее пяти дней со дня объявления решения заказным письмом с уведомлением о вручении».

Но, несмотря на нормы, закреплённые в кодексе, практика показала и доказала неоднократно, что в большинстве случаев судьи вручают полный текст мотивированного решения по истечению установленного пятидневного срока. В какой-то мере это является косвенным доказательством обоснованности установления в Регламенте МТС ТПП срока на подготовку и направление мотивированного решения в десять дней.

Таким образом, проанализировав нормы, закреплённые в регламентах и законах соседних стран, и сопоставив их с Регламентом МТС ТПП, а также действующим законодательством Кыргызской Республики, всё-таки видится, что срок в десять дней, предусмотренный в пункте 47.3. статьи 47 Регламента МТС ТПП, является выверенным, обоснованным и подтверждённым годами опыта и практики.

Возвращаясь же к проблеме разного подхода к некоторым вопросам в Законе о третейских судах и Регламенте МТС ТПП, хочется отметить, что юридические коллизии не следует отождествлять с конкуренцией юридических норм. Коллизия - это несогласованность предписаний по их содержанию. Конкуренция же обнаруживается при применении закона, когда выясняется, что совершённое деяние подпадает под признаки двух или нескольких не противоречащих норм, призванных регламентировать одно и то же фактическое отношение.

Вопрос о сроках подготовки и направления мотивированного решения сторонам третейского разбирательства урегулирован и Законом о третейских судах, и Регламентом

МТС ТПП, которые устанавливают различные сроки на совершение данного действия. Исходя из чего, можно сделать вывод о том, что в рассмотренном случае присутствует коллизия норм права, нежели их конкуренция.

Так всё же, как отнестись к юридическим коллизиям в Законе и Регламенте? Отвечая на такой вопрос, важно понимать, что, заключая третейское соглашение о передаче спора на разрешение в третейский суд, стороны соглашаются с применимыми правилами, которые действуют в том или ином третейском суде, т. е. стороны изначально договариваются, что при рассмотрении спора будут применяться положения, регламенты и иные документы, действующие в третейском суде на момент подачи искового заявления.

Эта правило закреплено и в части 2 статьи 4 Закона о третейских судах, согласно которой порядок создания постоянно действующих третейских судов определяется законодательством Кыргызской Республики. Деятельность постоянно действующих третейских судов регулируется применимыми правилами, а в части, не урегулированной применимыми правилами, - законодательством Кыргызской Республики.

Приведённая норма даёт основания утверждать, что Закон о третейских судах регулирует создание постоянно действующих третейских судов, а деятельность самого МТС ТПП регулируется применимыми правилами, которыми и является непосредственно Регламент МТС ТПП.

Таким образом, в случае возникновения противоречий между Регламентом и Законом, обоснованным для целей разрешения спора в третейском суде представляется применение Регламента МТС ТПП, как это установлено в статье 4 Закона о третейских судах. И только в случаях, не предусмотренных в Регламенте МТС ТПП, стороны и арбитры руководствуются Законом о третейских судах.

Данное мнение обусловлено тем, что непосредственно в Законе о третейских судах имеется норма, определяющая важный принцип: деятельность постоянно действующих третейских судов регулируется применимыми правилами, и именно Регламент МТС ТПП является для сторон основным документом, с которым они согласились при подписании третейского соглашения для целей разрешения возникшего спора.

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ПРИНЯТИЯ СУДОМ ИСКА К ПРОИЗВОДСТВУ, ЕСЛИ ИМЕЕТСЯ АРБИТРАЖНОЕ СОГЛАШЕНИЕ

Ажар Тюлегенова¹

В судах общей юрисдикции часто рассматриваются споры о недействительности договора купли-продажи недвижимого имущества.

Также и МТС ТПП рассматривает споры о недействительности договора купли-продажи недвижимого имущества. При этом стороны спора должны предусмотреть в договоре либо заключить соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда.

Согласно статье 5 Закона о третейских судах, предусмотрено, что спор может быть передан на разрешение третейского суда и принят им при наличии соглашения сторон о передаче спора данному третейскому суду или в силу закона. Пункт 2 той же статьи гласит:

«Компетентный суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом третейского соглашения, должен отказать в принятии искового заявления либо оставить иск без рассмотрения, либо прекратить производство по делу при обнаружении фактов, подтверждающих наличие третейского соглашения, в том числе и при поступлении сообщения об этом от любой из сторон».

¹ Адвокат, арбитр МТС ТПП, e-mail: ta-law@bk.ru

На практике в компетентный суд часто обращаются истцы, которые не являются стороной договора, в котором предусмотрена арбитражная оговорка. В данной статье на примере одного дела мне бы хотелось рассмотреть вопрос о полномочиях суда при поступлении к нему иска о признании недействительным договора: должен ли он отказать в принятии иска либо вправе принять иск и рассмотреть, в силу того, что истцом не подписано соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда?

В поисках ответа на эти вопросы, приведу пример из собственной практики. Вот краткая фабула дела.

28 января 2011 года между Ф (кредитор) и Ш (заёмщик) был заключён договор займа. В обеспечение последнего Ф (залогодержателем), М (залогодателем) и Ш (заёмщиком) был заключён договор залога и соглашение об удовлетворении требований залогодержателя во внесудебном порядке путём обращения взыскания на предмет залога (далее – Соглашение).

В указанном соглашении предусмотрена типовая арбитражная оговорка МТС ТПП.

26 декабря 2017 года Ф на основании Соглашения заключает с Ю договор купли-продажи заложенного имущества – квартиры (далее – Договор купли-продажи), в котором также содержалась третейская оговорка.

М обратился в суд (районный) с иском к Ю, Ф, Ш и ГУ «Кадастр» о признании договора купли-продажи квартиры недействительным.

Суд первой инстанции отказал в принятии искового заявления М, обосновав свои выводы тем, что в договоре купли-продажи, заключённом между Ю и Ф, имеется третейская оговорка, согласно которой любые споры, возникающие и/или связанные с настоящим договором, в том числе споры касающиеся заключения нарушения, прекращения, растор-

жения или недействительности настоящего договора, подлежат разрешению в Международном Третейском суде при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики.

Не согласившись с данным определением суда, М обратился с частной жалобой в Бишкекский городской суд.

Судебная коллегия по гражданским делам Бишкекского городского суда посчитала вывод суда первой инстанции обоснованным, сославшись на пункт 3 части 1 статьи 137 ГПК КР, согласно которому суд отказывает в принятии искового заявления, если:

«...имеется заключённое между сторонами соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда, за исключением случаев, когда это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено».

Суд апелляции инстанции посчитал, что оспариваемый договор связан с Соглашением, в котором имеется арбитражная оговорка, в связи с чем суд первой инстанции правомерно отказал в принятии искового заявления.

Выводы Верховного суда были прямо противоположны. По мнению кассации, в соответствии со статьей 5 Закона о третейских судах спор может быть передан на разрешение третейского суда и принят им при наличии соглашения сторон о передаче спора данному третейскому суду или в силу закона.

Несмотря на то, что в Договоре купли-продажи предусмотрена арбитражная оговорка, истец М не является стороной данного договора и не имеет третейского соглашения с ответчиками Ю и Ф. Третейское соглашение касается исключительно сторон данной сделки, подписавших арбитражную оговорку. Соответственно спор, с участием М должен рассматриваться в судах общей юрисдикции.

Случай достаточно не рядовой и мне было интересно, что думают по этому поводу мои коллеги арбитры МТС ТПП. В ответ на мой импровизированный опрос разброс мнений был очень широким (ответы обобщены):

- данный случай неарбитрабелен, я как арбитр отказал бы в рассмотрении данного спора в третейском суде;
- не могу признать свою компетенцию при рассмотрении данного иска;
- это дело подлежит рассмотрению в суде общей юрисдикции;
- если будет окончательное решение суда (общей юрисдикции) об отказе в принятии иска, то МТС ТПП рассмотрит данный спор.

На мой взгляд, в данном случае суд общей юрисдикции должен был дать третейскому суду возможность определить собственную компетенцию по данному спору. Статьей 14 Закона о третейских судах закреплён важнейший принцип арбитража – принцип компетенции компетенции, согласно которому третейский суд самостоятельно решает вопрос о компетенции рассматривать спор:

«Третейский суд самостоятельно решает вопросы о наличии или действительности третейского соглашения и своей компетенции по рассмотрению конкретного спора».

Таким образом, что должен делать суд на стадии принятия искового заявления к производству?

Согласно части 1 статьи 136 ГПК КР, вопрос о принятии искового заявления к производству суда решается судьёй единолично в пятнадцатидневный срок со дня поступления искового заявления в суд.

В соответствии со статьей 137 ГПК КР, суд отказывает в принятии искового заявления, если имеется заключённое

между сторонами соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда, за исключением случаев, когда это соглашение *недействительно, утратило силу или не может быть исполнено*.

Как видно, суд должен увидеть в документах, приложенных к иску, соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда. В данном случае суд первой инстанции на стадии принятия иска к производству в пятидневный срок со дня поступления иска изучает исковое заявление и приходит к выводу, что некомпетентен рассматривать спор, где оспаривается сделка, в которой предусмотрена арбитражная (третейская) оговорка и, на мой взгляд, совершенно правомерно отказывает в принятии иска к производству.

Но далее возникает второй вопрос о том, насколько данный спор арбитрабелен.

Истец М, будучи залогодателем, в основании соглашения об удовлетворении требований залогодержателя во внесудебном порядке путём обращения взыскания на предмет залога уполномочил залогодержателя выступать от имени залогодателя при реализации предмета залога третьим лицам с правом получения необходимых документов подписи на всех документах, необходимых для реализации предмета залога третьим лицам, как его представитель на основании данного соглашения. Данное соглашение было удостоверено государственным нотариусом.

Стороны в данном соглашении предусмотрели передачу спора на разрешение третейского суда. При указанных обстоятельствах, поскольку оспариваемый договор купли-продажи заложенного имущества связан с соглашением, считаю, что все споры, возникающие, связанные с соглашением в несудебном порядке обращения взыскания на предмет залога, подлежат разрешению в МТС ТПП.

При этом, если ответчик Ш и ГУ «Кадастр» не заявят о обстоятельствах, которые являлись бы основанием для признания того, что третейское соглашение отсутствует или недействительно (так называемое право на возражение, предусмотренное статьями 14 и 15 Закона о третейских судах) и представят свои письменные возражения по существу спора, третейским судом может быть признано, что стороны достигли согласия на передачу спора на разрешение третейского суда¹.

Если одна сторона заявит об отсутствии третейского соглашения, а именно о том, что *сторона не является стороной договора, третейское соглашение касается исключительно сторон данной сделки, подписавших арбитражную оговорку*, тогда, по моему мнению, третейский суд не может признать свою компетенцию рассматривать данное дело.

¹ Алёнкина Н. Б. Третейские соглашения в практике Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики // Взаимодействие государственных судов и арбитражей в сфере альтернативного разрешения споров: Материалы научно-практического семинара (Алматы, 12 октября 2018 года), стр.105.

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ИНВЕСТИЦИОННЫЕ СПОРЫ: ПРОРЫВ ИЛИ ПАДЕНИЕ? КЫРГЫЗСТАН, 2021 ГОД

Индира Сатаркулова¹

Начавшиеся в 2019 году и стремительно развивающиеся в 2021 году условия пандемии в Кыргызстане в связи с глобальным распространением коронавирусной инфекции приводят к всё более тяжёлым экономическим последствиям. Изменение эпидемиологических условий также сопровождается в стране не менее жёсткой политической турбулентностью с резким изменением направлений государственных интересов, в том числе в сфере инвестиционных отношений. Логика и правильность заинтересованности государства в частнопредпринимательской деятельности вполне обоснованы: приток иностранных инвестиций должен приостановить вывоз капитала, оживить экономику страны, решить наиболее острые социальные проблемы, связанные, например, с безработицей и массовой потерей рабочих мест трудоспособным населением страны.

Актуальность настоящей статьи следует из непараллельной параллели, проводимой в настоящее время в государственной политике в сфере формирования инвестиционного климата страны, который в сложившейся ситуации, пожалуй, является основным наибо́льшим способом размораживания негосударственного капитала и привлечения его

¹ К.ю.н., адвокат, арбитр, член Наблюдательного совета МТС ТПП, e-mail: I.S.Satarkulova@gmail.com

инвестирования в производственную сферу, а также реанимирования отечественной предпринимательской сферы за счёт прямых и портфельных иностранных инвестиций.

Как показывает обзор последних событий, с одной стороны, кыргызское государство решительно настроено и открыто заявляет о готовности предоставления государственных преференций для привлечения новых иностранных инвестиций, с другой стороны, им не уделяется достаточного профессионального внимания начатой политике в отношении крупных и давно функционирующих в Кыргызстане иностранных инвесторов. Инвестиционные приглашения новых инвесторов позволяют государству с нуля выстроить с ними договорные и правовые отношения, исходя из взаимных интересов обеих сторон и имеющегося опыта проб и ошибок частноправового партнёрства. Тогда как с компаниями с иностранным элементом, чья деятельность на многолетней основе оказывает непосредственное влияние на формирование государственного бюджета и колебание инвестиционного климата страны, наше государство уже связано многосторонними обязательными договорными отношениями. Хотя их содержание и вызывает много справедливых экспертных нареканий и сомнений в части кабальности и невыгодности для Кыргызстана, этот вопрос не является предметом рассмотрения в настоящей статье.

Далее, в настоящей статье предлагается: 1) рассмотреть некоторые вопросы, с которыми наше государство так или иначе сталкивается каждый раз в любых отношениях с иностранными инвесторами, ведь не секрет, что главная цель любого договора не урегулировать добросовестность поведения сторон, а зафиксировать ответственность слабой стороны за его нарушение и согласовать принудительный способ его исполнения; 2) представить краткий анализ этапа, с которым государство сталкивается после вынесения иностранным арбитражным органом обязательного к исполнению решения.

Основным видом заявляемого иностранными инвесторами нарушения часто является лишение их прав собственности государством-реципиентом без выплаты справедливой компенсации бывшему собственнику. В международном праве такой вид нарушения (национализация, экспроприация) – это бесспорная прерогатива суверенного государства. Например, это чётко предусмотрено в Хартии экономических прав и обязанностей государств 1974 года, принятой резолюцией 3281 (XXIX) Генеральной Ассамблеи ООН (далее – Хартия). Это, в свою очередь, делает его автоматическим виновным ответчиком в большинстве разбирательств и абсолютно уязвимым во всех подкреплённых «пушками» отношениях с иностранными инвесторами.

Силовой «пушкой» в инвестиционных правоотношениях является феномен международного инвестиционного арбитража. Справедливости ради нужно отметить, что исторически он был зарождён вынужденно, т. к. иностранному инвестору, чьи вложения действительно незаконным образом были изъяты, весьма сомнительно было бороться с экспроприатором-государством на его территории и в его национальных судах. Разумеется, исторически в ход могли идти дипломатические способы защиты, когда стороны обменивались дипломатическими нотами, создавались специальные двусторонние комиссии, вводились эмбарго и даже применялись методы так называемой *канонерочной дипломатии*, т. е. использования военной силы. Однако все указанные способы урегулирования споров между инвесторами и государствами были сомнительны и требовали длительных переговоров и дополнительных затрат, а осуществление военных действий для взыскания иностранных долгов было вообще запрещено Гаагской Конвенцией об ограничении в применении силы при взыскании по договорным долговым обязательствам 1907 года. Поэтому независимый арбитражный орган стал наиболее приемлемым и цивилизованным решением для урегулирования

международных инвестиционных споров, вовлекающих иностранные государства.

Возможность передачи спора за пределы суверенного государства под юрисдикцию иностранного арбитражного органа всегда зависит от воли сторон. Для Кыргызстана эта воля проявляется путём подписания (ратификации) международных и двусторонних межгосударственных договоров о защите и поддержке иностранных инвестиций, соответствующим национальным законодательством и императивными нормами международного права. Так, реализуя такую волю, наша Республика с момента выхода из состава СССР без единой оговорки подписала 31 двустороннее соглашение и 1 многостороннее соглашение о защите и поощрении инвестиций, которые в большинстве случаев предусматривают юрисдикции:

- (1) МЦУИС, если обе стороны спора являются участниками Вашингтонской конвенции;
- (2) Дополнительного орган МЦУИС, если только одна из сторон спора является участником Вашингтонской конвенции;
- (3) Арбитражный суд Международной торговой палаты;
- (4) Международного арбитра или арбитражного суда *ad hoc*, учреждённого в соответствии с Арбитражными Правилами ЮНСИТРАЛ¹ либо Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты.

В соглашениях, заключённых Кыргызстаном с Латвией, Литвой, Грузией, Беларусью, Монголией, Таджикистаном и

¹ 15 декабря 1976 года Генеральная Ассамблея ООН приняла резолюцию № 31/98, в которой рекомендовала использование Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ для урегулирования международных экономических споров арбитражем *ad hoc*, т. е. непостоянным (институциональным) органом. Типовой (модельный) закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже был принят Комиссией ООН по праву международной торговли на 18-й сессии 21 июня 1985 года. Его основной задачей было оказание содействия арбитрам и сторонам спора при решении различных вопросов по подготовке к арбитражному разбирательству.

Финляндией также предусмотрено право выбора инвестора о передаче спора в компетентные судебные органы стороны, на территории государства которого осуществлялись инвестиции.

Такая международная правовая активность Кыргызстана, разумеется, обоснована по многим стандартным причинам, например: стремлением к мирному сотрудничеству между государствами, развитию дружественных отношений, для поддержания всеобщей безопасности и т. п. Кроме того, как правило, крупное инвестирование иностранного капитала происходит в отношении объектов, находящихся в государственной собственности, входящей в предмет межгосударственных отношений и, как следствие, вводит его в сферу международного публичного права.

С другой стороны, стоило ли молодому и неопытному государству столь глобально признавать абсолютную иностранную субординацию и иерархию международного права над юрисдикционным иммунитетом во всех правоотношениях с компаниями с иностранным элементом? Ведь *Par in parem non habet imperium* - равный над равным власти не имеет. Из чего возникает вопрос, а обладает ли Кыргызстан профессиональными кадрами, опытом и пониманием гегемонистской политики стран третьего мира (супердержав), чтобы не только отказаться от важнейшего элемента своей власти – юрисдикционного иммунитета (судебного иммунитета на суверенные действия *jure gestionis*, иммунитета от предварительного обеспечения иска, иммунитета от принудительного исполнения судебного решения), но и открыто продемонстрировать иностранной коммерческой компании признание собственного недоверия к собственной судебной системе? Насколько обоснована и оправдана подобная политика государства по созданию особо благоприятной среды для иностранного бизнес сообщества?

Бесспорно, что государства суверенны в определении публичных целей и определении правомерности изъятия

собственности инвесторов, однако безоговорочное признание Кыргызстаном обязательной компенсации (при том, что чёткого урегулирования вопроса процесса компенсации изъятых инвестиций в национальном законодательстве нет) такой собственности на сегодняшний день даже не даёт возможности сбалансировать собственные интересы государства, например, при ультимативном нарушении инвестором обязательных требований законодательства страны по соблюдению экологических норм.

Парадоксально, но в настоящее время нормативная правовая база КР сформирована таким образом, что любая попытка государства защитить интересы кыргызского народа, нарушенные компаниями с иностранным элементом, так или иначе осуществлявшими коммерческую деятельность на территории страны, всегда и автоматически будет квалифицироваться как лишение владения или прекращение права собственности таких компаний.

Не стоит забывать, что международный арбитраж – это тоже разновидность дорогого и эксклюзивного международного бизнеса, в котором все участвующие стороны, включая состав арбитров, имеют свои материальные интересы. Поэтому, расположившись на мягких подушках многочисленных конвенций и соглашений, подписанных и ратифицированных Кыргызстаном с отказом от юрисдикционного иммунитета, иностранные компании удобно вооружены силовыми пушками, перед которыми государство бессильно. Но настолько ли?

Как указывалось выше, экспроприация, национализация и иные формы лишения права иностранной собственности и передачи её государству вовсе не запрещены, если выполнены в общественных интересах и сопровождаются адекватной компенсацией. Здесь интересно рассмотреть следующее:

1) стандарт выплаты такой компенсации не только не урегулирован надлежащим образом в законодательстве КР,

но и по сей день вызывает бурные споры среди научного правового сообщества. По мнению автора, в кыргызском законодательстве вообще отсутствуют убедительные доказательства обязанности адекватно компенсировать стоимость изъятого имущества, хотя бы потому, что много вопросов вызывает подсчёт такой стоимости, включая сумму ущерба и упущенную выгоду;

2) экспроприация может быть выполнена в общественных интересах, т. е. в защиту и поддержку определённой пользы (блага), имеющей значение для общества в целом или для определённых социальных групп.

Во-первых, в законодательстве КР нет чёткого определения института «общественные интересы», что подразумевает свободу государства определять наличие либо отсутствие данного основания во взаимоотношениях с иностранными компаниями.

Во-вторых, по мнению автора, экспроприация на основании общественных интересов подразумевает, по сути, вынужденность действий государства, основанную на необходимости принятия мер по фактической защите прав и свобод граждан в связи с неправомерными действиями иностранной компании. Тогда откровенно неясным становится вопрос целесообразности возмещения государством полной стоимости изъятой собственности, включая ущерб и упущенную выгоду.

Отдельный интерес представляет содержание пункта 3 статьи 6 Закона КР «Об инвестициях»:

«Возмещение должно быть реально осуществимым, выполнено в сроки, согласованные сторонами, и подлежит выплате в свободно конвертируемой валюте. Возмещение включает проценты по Лондонской межбанковской ставке предложения LIBOR в долларах США, соответствующей сроку, за который начисляется

компенсация. При превышении срока свыше одного года используется двенадцатимесячная ставка LIBOR».

Чем выражен данный подход бесспорного включения в возмещение стоимости инвестиций ещё и неограниченной суммы процентов по ставке LIBOR, если, например, согласно гражданскому законодательству КР, размер процентов и требование об их возмещении подлежат судебному рассмотрению? К тому же, вероятность согласования сторонами сроков, их строгого соблюдения неповоротливой государственной машиной, окутанной сложной и многоступенчатой системой одобрения документации, приводит к бесспорной неминувности возникновения процентов.

В-третьих, имелись ли в государственной практике случаи способности самостоятельного, профессионального или хотя бы независимого подсчёта стоимости изъятой у инвестора собственности? Ведь обычно финансовые претензии против кыргызского государства детально раскрываются самим инвестором, но уже в исковом заявлении, поданном в соответствующий иностранный арбитражный орган. С сожалением следует отметить, что в таких случаях шансы опровергнуть государством заявленные истцом материальные требования сведены к нулю по ряду причин. Например, у государственных органов отсутствует чёткая система мониторинга деятельности хозяйствующих субъектов; институциональная память проверяющих органов слаба либо неразвита и подорвана частой сменой кадров и ротацией специалистов, обладающих надлежащей квалификацией и иностранными языками арбитражей.

Поэтому, что, например, мешает государству, пусть даже и в гонке за иностранными инвестициями и капиталом, разработать региональный, но понятный государству механизм национальных арбитражных правил и системы для урегулирования споров, в которые его вовлекают и в отношении

принадлежащих ему же ресурсов? В поддержку этого выступает и пункт 1 статьи 2 Хартии, устанавливающий, что:

«1. Каждое государство имеет и должно свободно осуществлять полный постоянный суверенитет над всеми своими богатствами, природными ресурсами и экономической деятельностью, включая право на владение, использование и эксплуатацию».

То есть, по мнению автора, суверенные государства сохраняют иммунитет в отношении принадлежащих им национальных активов, несмотря на наличие согласия на международный арбитраж.

Кроме этого, стоит ли вообще Кыргызстану стремиться к привлечению иностранных инвестиций в производственную сферу? Почему бы вместо импортозамещения для внутреннего спроса не поддержать отечественный бизнес? В силу географического положения нашего государства, правильным внешнеполитическим позиционированием для скорейшей поддержки экономики в настоящее время стало бы превращение страны в хаб для обеспечения стран Центральной Азии, поскольку не секрет, что дальние рынки для нашего государства закрыты. Для чего нужна внятная, грамотно выстроенная экономическая программа и национальная стратегия в общем. Это не только позволит добиться роста экономики страны хотя бы на 1%, но и позволит Кыргызстану разработать, адаптировать и отточить арбитражный порядок урегулирования внешнеэкономических споров посредством внутренней региональной арбитражной системы.

Также необходимо и возможно внести оговорки в подписанные и ратифицированные международные соглашения с суверенным определением такого института, как экспроприация, и других форм принудительного изъятия имущества, ограничения права иностранной собственности? Повторного напоминания, считаю, заслуживает неизмен-

ная концепция изъятия собственности, в том числе иностранцев, как наказание за совершённое правонарушение. Будет ли это препятствовать привлечению иностранных инвесторов в страну? Добросовестных – нет, если государственная политика контроля за деятельностью инвесторов и санкций будет стабильна и законна.

Далее, рассмотрим ситуацию, которая до сей поры остаётся незаслуженно неисследованной и непонятой государственной элитой Кыргызстана, возникшей после вынесения иностранного арбитражного решения.

В 1958 году на Конференции ООН делегат от Италии профессор К. Матеуччи назвал «дерзкой инновацией» документ, который более 50 лет является основным инструментом в сфере международного торгового права при обеспечении принудительного исполнения арбитражных соглашений и решений – Нью-Йоркскую конвенцию о признании и принудительном исполнении иностранных арбитражных решений. Вторым основным документом, на который опираются участники внешнеэкономических сделок, в особенности при отсутствии в соответствующем государстве надлежащего национального законодательства об арбитраже, является Типовой закон ЮНСИТРАЛ «О международном торговом арбитраже» 1985 года (с изменениями, внесёнными в 2006 году).

Кыргызская Республика присоединилась в Конвенции в 1995 году, сделав её нормы обязательными. Основное принятое государством обязательство заключается в том, что КР взяла на себя обязательство обеспечивать исполнение соглашения о передаче спора в арбитраж, а также признавать и приводить в исполнение арбитражные решения, вынесенные в других государствах. Типовой Закон ЮНСИТРАЛ отличается от Конвенции тем, что служит только образцом, который Кыргызская Республика в рамках национальной государственной власти может использовать во внутриво-

сударственном законодательстве. Оба документа предусматривают основания, по которым может быть отказано в признании и исполнении иностранных арбитражных решений. К числу этих оснований относятся недееспособность сторон, недействительность арбитражного соглашения, процессуальные нарушения, сфера действия арбитражного соглашения, компетенция арбитражного суда, отмена или приостановление исполнением решения в стране, в которой или в соответствии с законодательством которой это решение было вынесено.

В случае вынесения такого решения по спору, вовлекающему Кыргызскую Республику, разумеется, логичными являются:

- исполнение решения иностранного арбитражного органа добровольно в случае его обоснованности и законности и для сохранения благоприятного инвестиционного климата в стране;
- принятие мер, направленных на отказ в его признании и исполнении государственными судами, рассматривающими соответствующее заявление истца (как правило, на территории иностранного государства);
- заморозка государственных активов, что вынудит ответчика на существенные затраты в течение длительного времени и, как результат, на отказ от попыток завладеть активами проигравшей стороны;
- активация принципа суверенного иммунитета в отношении активов и имущества, в отношении которых могут быть приняты обеспечительные меры и обращено взыскание. Для справки можно привести пример из истории Российской Федерации об одном частном иностранном инвесторе, который добился частичного взыскания с России присужденного иностранным арбитражным решением имущества. Но указанный процесс занял 17 лет и 140 обращений в российские суды.

Но что ожидает нас после вынесения решения и до его добровольного или принудительного исполнения?

Во-первых, стоит ожидать, что в отношении государственного имущества за рубежом могут быть приняты обеспечительные меры, которые служат защитой (гарантией) получения компенсации истцом. Это осуществляется не составом арбитров международного арбитражного органа, а государственным судом по месту требования. Две трудности, с которыми столкнётся истец, в данном случае заключаются в следующем: 1) доказать, что данные активы и имущество, в отношении которых требуется принятие обеспечительных мер, носят коммерческий характер, т. е. они свободны от суверенного иммунитета ответчика, что сделать крайне сложно. 2) поиск и установление таких активов и имущества, информация о которых никогда не является публично доступной.

Во-вторых, необходимо понимать, что любые попытки защититься на международно-правовом уровне являются не менее затратными для страны, чем сам арбитраж.

Наконец, постоянная тактика государства отказывать в исполнении международных арбитражных решений, не будет способствовать развитию инвестиционного интереса к региону.

В сложившейся ситуации для Кыргызстана невозможно представить полный отказ от международного инвестиционного арбитража. Республика не готова к таким радикальным мерам в силу хотя бы слабости нормативной правовой базы. Однако говорить о том, что у нас нет возможности профессионально пересмотреть, изменить и адаптировать её с учётом реальных интересов государства, также не стоит. В 2021 году это стало не просто возможностью, а необходимым приоритетом в реализации новой внешнеэкономической политики Кыргызстана.

ПРАВОВОЕ УРЕГУЛИРОВАНИЕ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СПОРОВ В КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ

Жылдыз Тегизбекова¹
Эльмира Усенова²

Развитие международного инвестиционного арбитража как механизма разрешения споров между иностранными инвесторами и принимающим государством стало перспективной возможностью привлечения иностранного капитала в нашу страну. Механизм урегулирования споров между инвесторами и государством в Кыргызской Республике имеет довольно долгий период развития, в течение реализации которого наша страна столкнулась с многочисленными вызовами и трудностями. В настоящей статье рассмотрена процедура разрешения инвестиционных споров, а также предложены рекомендации по дальнейшему развитию института.

1. Правовое регулирование инвестиционного арбитража: международные и национальные механизмы в Кыргызской Республике

В настоящее время вопрос о процедуре урегулирования споров между инвесторами и государством является чрез-

¹ К.ю.н, доцент, Международный университет «Ала-Тоо», e-mail: zhyldyz.tegizbekova@iaau.edu.kg

² Магистр права, Центрально-Европейский Университет, e-mail: elmira.usenova11@gmail.com

вычайно важным. Каждое законодательное решение определяет конкретную процедуру урегулирования споров. Среди них краеугольными являются Конвенция МЦУИС от 18 марта 1965 года (далее также – Вашингтонская конвенция 1965 года) и Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ от 15 августа 2010 года. Результатом каждого арбитражного разбирательства является решение, вынесенное арбитрами. Согласно международной и национальной практикам, наиболее противоречивой и сложной частью каждой процедуры урегулирования споров между инвесторами и государством является признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения. Кыргызская Республика присоединилась к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 года, вступившей в силу 7 июня 1959 года постановлением Законодательного Собрания Жогорку Кенеша Кыргызской Республики от 17 мая 1995 года. Однако следует отметить, что на практике, несмотря на наличие правовой базы, процедура разрешения инвестиционных споров и признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений не урегулирована должным образом.

Основополагающие нормы, определяющие положение арбитражного института, содержатся в статье 61 Конституции Кыргызской Республики, принятой 5 мая 2021 года¹:

"Для внесудебного разрешения споров, возникающих из гражданских правоотношений, могут учреждаться третейские суды. Порядок формирования, полномочия и деятельность третейских судов определяются законом".²

¹ Закон Кыргызской Республики "О Конституции Кыргызской Республики" от 5 мая 2021 года № 59 доступен по адресу: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/112215?cl=ru-ru>.

² Статья 61 (3) Конституции Кыргызской Республики от 5 мая 2021 года № 59.

Ранняя редакция Конституции Кыргызской Республики в статье 58 содержала аналогичную формулировку¹. Это гарантировало независимость арбитража как механизма разрешения споров в Кыргызской Республике. Следует отметить, что самая первая Конституция Кыргызской Республики от 5 мая 1993 года № 1186-XII определяла арбитраж как полунезависимый частный институт разрешения споров в Кыргызской Республике². Включение положений об арбитраже как независимом механизме разрешения споров имеет первостепенное значение, поскольку это позволит обеспечить эффективность и беспристрастность разрешения споров в целом.

В 2002 году для Кыргызской Республики начался новый этап развития арбитражного института. Этот год ознаменовался принятием Закона о третейских судах. Закон основан на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже. Принятие Закона о третейских судах также стало импульсом к учреждению Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики, который был официально зарегистрирован Министерством юстиции Кыргызской Республики в сентябре 2002 года и является постоянно действующим институциональным арбитражем.

Кроме того, Правительство Кыргызской Республики предложило включить институт арбитража в "Стратегию устойчивого развития Кыргызской Республики на 2018-2040 годы"³. Основная идея заключается в рассмотрении арбитража как средства доступа к правосудию. Основным препятствием для развития механизмов разрешения споров на

¹ Статья 58 Конституции Кыргызской Республики от 27 июня 2010 года.

² Арбитраж в Кыргызстане: эволюция и дальнейшие шаги, 22 февраля, 2019, *Наталья Аленкина и Ханнапес Тайчаев*, Kluwer Arbitration Blog.

³ Стратегия устойчивого развития Кыргызской Республики на 2018-2040 годы: "Таза Коом Жаны Доор" доступна на сайте http://www.president.kg/files/docs/Files/proekt_strategii_final_russ.pdf.

практике являются коррупционные факторы, которые создают препятствия для успешного разрешения споров.

Кыргызская Республика также стала частью международной системы, регулирующей порядок разрешения инвестиционных споров между инвестором и принимающим государством. 5 июля 1997 года Кыргызская Республика ратифицировала вышеупомянутую Конвенцию МЦУИС (также Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами¹). Несмотря на то, что парламент Кыргызстана ратифицировал данную Конвенцию в 1997 году, Правительство Кыргызстана не предприняло действий по представлению необходимых документов. Стоит отметить, что на практике к спорам, возникающим между иностранными инвесторами и Кыргызской Республикой в рамках Конвенции МЦУИС, применяются Правила дополнительного механизма МЦУИС.

С 17 мая 1995 года присоединились к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений². Кыргызская Республика присоединилась к Нью-Йоркской конвенции в 1995 году без каких-либо оговорок, о чём свидетельствуют постановления Законодательного собрания №79-1 от 17 мая 1995 года и 31 мая 1995 года. Согласно депозитарному уведомлению Генерального секретаря ООН, Нью-Йоркская конвенция вступила в силу в отношении Кыргызстана на девяностый день с даты депонирования, то есть с 18 марта 1997 года. Это означает присоединение к Конвенции без каких-либо оговорок.

¹ Закон Кыргызской Республики "О ратификации Конвенции о разрешении инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами" от 5 июля 1997 года № 47, доступен по адресу: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ky-kg/547?cl=ru-ru>

² Постановление Жогорку Кенеша Кыргызской Республики "О присоединении к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений", изданное 17 мая 1995 года 3 №79-1, доступно на сайте <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/50360?cl=ru-ru>.

Данный факт прежде всего имеет значение при рассмотрении вопроса о сфере применения Нью-Йоркской конвенции. Согласно пункту 1 статьи I Конвенции, она применяется к арбитражному решению, вынесенному на территории государства, иного, чем то государство, где и спрашивается её признание и приведение в исполнение. Но пункт 3 этой же статьи предоставляет право любому государству при подписании ратификации или присоединении на основе взаимности заявить, что оно будет применять её положения только к арбитражным решениям, вынесенным на территории государства - её участника. Таким правом воспользовались многие государства, в числе которых Бельгия, Франция, Германия, Швейцария, Австрия, Дания, Япония¹.

Кроме того, Кыргызская Республика могла заявить, что Конвенция будет применяться только в отношении споров, возникающих по договорным или иным правоотношениям, которые считаются торговыми по национальному законодательству Кыргызстана. Однако Кыргызская Республика таким правом не воспользовалась, поэтому в Кыргызстане положения Нью-Йоркской конвенции будут применяться к арбитражным решениям, вынесенным на территории любых иных стран.

Понимая важность взаимного сотрудничества и поддержки, Кыргызская Республика заключила двусторонние инвестиционные договоры. На сегодняшний день Кыргызская Республика имеет в общей сложности 38 ДИД². Помимо ДИДов, Кыргызская Республика является участником многосторонних инвестиционных договоров. К ним относятся Договор к Энергетической Хартии от 1994 года, Конвенция Содружества Независимых Государств (СНГ) о защите прав

¹ Тегизбекова Ж. Ч. Международное правосудие: курс лекций для студентов и магистрантов юридического факультета специальности «Юриспруденция», 2015. - С.144.

² Центр инвестиционной политики, двусторонние инвестиционные договоры (ДИДы) Кыргызстана, доступно на сайте <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/113/kyrgyzstan>.

инвесторов от 1997 года, Соглашение о поощрении и взаимной защите инвестиций в государствах-членах Евразийского экономического сообщества от 2008 года.

1. Арбитражное рассмотрение инвестиционных споров

Инвестиционный спор

Инвестиционный арбитраж – это процедура разрешения споров между иностранным инвестором и принимающим инвестиции государством. В частности, такая процедура обычно позволяет защищённому инвестору избежать бремени обращения в национальные суды с иском к государству и риска предвзятости его национальных судей. Инвестиционный спор рассматривается независимыми и квалифицированными арбитрами, которых стороны могут самостоятельно выбирать, руководствуясь такими факторами, как опыт, экспертиза, отсутствие конфликта интересов и репутация потенциального арбитра.

Согласно статье 1.6. Закона об инвестициях Кыргызской Республики от 27 марта 2003 года № 66:

«Инвестиционный спор - это спор между инвестором и государственными органами, должностными лицами Кыргызской Республики и другими участниками инвестиционной деятельности, возникающий при реализации инвестиций».

В двусторонних международных договорах о поощрении и взаимной защите инвестиций, действующих для Кыргызской Республики, предусматриваются специальные положения о рассмотрении в арбитражном порядке так называемых инвестиционных споров, под которыми понимаются споры между инвесторами и государством, в котором сделаны инвестиции. В эту категорию входят споры, относящиеся к размеру и порядку выплаты компенсации в качестве возмещения за ущерб, причинённый инвестициям

в результате какого-либо вооружённого конфликта, введения чрезвычайного положения или гражданских беспорядков. Это споры, относящиеся к размеру и порядку выплаты компенсации в случае национализации, экспроприации или мер, имеющих аналогичные последствия национализации или экспроприации, а также касающиеся последствий неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по переводу капиталовложений и доходов от них в страну постоянного места пребывания инвестора.

В доктрине международного частного права все эти споры отнесены к категории инвестиционных споров, понимаемых в узком смысле. Если же иметь в виду не только споры с государством, принимающим частные инвестиции, но и споры между участниками предприятия с иностранными инвестициями или же такого предприятия с одним из участников, то тогда применяется понятие инвестиционного спора в широком смысле.

В российской литературе (С. И. Крупко) применялись и иные классификации инвестиционных споров, в частности классификация по критерию предмета спора. В соответствии с этой классификацией, это споры, связанные с допуском инвестора к осуществлению инвестиционной деятельности, споры, возникающие с осуществлением этой деятельности, и споры, связанные с прекращением инвестиционной деятельности. Все эти споры при наличии определённых условий могут быть предметом рассмотрения арбитражных судов (международного коммерческого арбитража)¹.

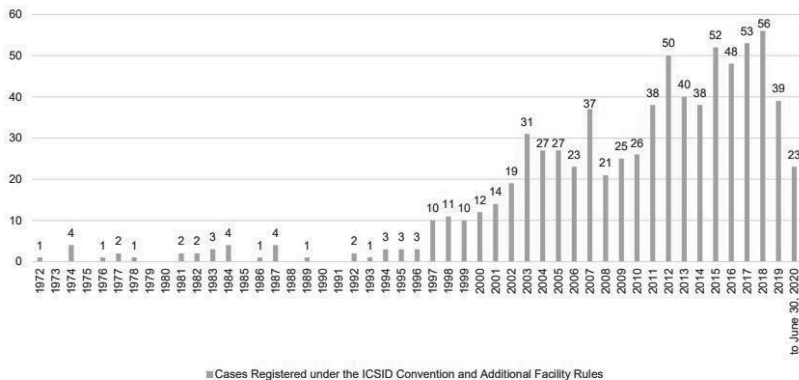
Год за годом количество инвестиционных споров растёт, инвесторы всё чаще и чаще обращаются в инвестиционный арбитраж с целью защиты нарушенных прав в результате действий принимающего государства. Согласно данным Конференции ООН по торговле и развитию (UNCTAD), на-

¹ Тегизбекова Ж. Ч. Международное правосудие: курс лекций для студентов и магистрантов юридического факультета специальности «Юриспруденция», 2015. - С. 165.

чиная с 1987 года было инициировано более 1 000 инвестиционных международных споров. В последние годы в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), в других институциональных арбитражных судах и разовых судах *ad hoc* начали появляться дела об инвестиционных спорах, в которых ответчиками являются и государства-участники СНГ: Украина, Казахстан, Узбекистан и др. В современном инвестиционном контракте содержится оговорка о передаче споров, связанных с ним, на разрешение в международный инвестиционный арбитраж. При этом основная роль принадлежит специализированному арбитражу МЦУИС.

Таблица 1. Общее количество дел, зарегистрированных в МЦУИС, по годам¹

Chart 1: Total Number of ICSID Cases Registered, by Calendar Year



As of June 30, 2020, ICSID had registered 768 cases under the ICSID Convention and Additional Facility Rules.

Согласие принимающего государства на инвестиционный арбитраж

Рассмотрение споров в порядке арбитражного разбирательства между государством и иностранным инвестором

¹ <https://www.international-arbitration-attorney.com/ru/investment-arbitration/>

может быть предусмотрено международным договором, как многосторонним, так и двусторонним. При наличии такого договора, как правило, для передачи спора на рассмотрение арбитража заключения арбитражного соглашения не требуется.

И не последнюю роль в этом играет то, что количество международных договоров, в которых государства предварительно дают согласие на рассмотрение спора в арбитраже, также растёт. Так, на данный момент заключено более 3 000 межгосударственных инвестиционных договоров, содержащих оговорки о передаче спора, связанного с инвестированием, на разрешение в международный инвестиционный арбитраж. Такими договорами являются двусторонние соглашения о содействии и взаимной защите инвестиций и многосторонние договоры, а именно Договор к Энергетической Хартии, договоры о свободной торговле и т.п.

Во всех двусторонних международных соглашениях о поощрении и взаимной защите инвестиций, действующих для КР, предусмотрены правила о рассмотрении в арбитражном порядке инвестиционных споров.

Таким образом, в тех случаях, когда спор не может быть разрешён путём переговоров и когда в международном соглашении предусмотрена возможность рассмотрения споров в международном арбитраже, спор по требованию заинтересованного инвестора передаётся (по его выбору) в один из таких арбитражей. При этом заключение специального арбитражного соглашения не обязательно. Арбитраж обязан принять такой спор между инвестором и принимающим инвестиции государством к рассмотрению на основании положений международного соглашения между государством, принимающим инвестиции, и государством - стороной этого международного соглашения. К примеру, в споре *«Центерра Голд Инк.» против Кыргызской Республики, в соответствии со статьёй, подпунктом (b) пункта 6.7. Согла-*

шения о новых условиях по проекту «Кумтор» от 24 апреля 2009 года, применяется процедура Арбитражного регламента ЮНСТИТРАЛ от 1976 года.

Определённое практическое значение имеет, при возникновении надобности обращения к арбитражу, определение надлежащего ответчика и порядка вручения искового заявления. В двусторонних соглашениях не даётся определения термина «государство». Поэтому следует обратиться к другим универсальным международным соглашениям и к международной практике. Эта практика нашла отражение в Вашингтонской конвенции 1965 года. В пункте 1 статьи 25 предусмотрено, что компетенция по урегулированию инвестиционных споров распространяется на споры между договаривающимися государствами (или любым уполномоченным органом договаривающегося государства, о котором сообщено Центру этим государством).

В пункте 3 статьи 25 Вашингтонской конвенции 1965 года условие передачи спора в Центр сформулировано следующим образом: согласие, выраженное соответствующим уполномоченным органом договаривающегося государства, требует подтверждения со стороны этого государства, если только государство не уведомит Центр, что такого одобрения не требуется.

Практика первых почти 40 дел, рассмотренных в Центре, свидетельствует о том, что, за редким исключением, в качестве ответчика примерно в половине случаев указывалось государство как таковое (например, Республика Индонезия) и в половине случаев - правительство. Только в двух случаях в качестве ответчиков указывалось правительство вместе с каким-то государственным органом (например, Арабская Республика Египет и Генеральная дирекция свободной экономической зоны).

Из приведённых соображений следует сделать три вывода: во-первых, надлежащим ответчиком в споре с инвестором

является само иностранное государство; во-вторых, ответчиком может быть орган власти государства, определяемый самим этим государством; в-третьих, в качестве представителя государства может выступать не любой государственный орган, а тот, кто уполномочен на это правительством.

Что же касается порядка вручения искового заявления, а без такого вручения арбитражное разбирательство не может начаться, международная практика учитывает особый характер ответчика, а именно то, что в данном случае речь идёт о суверенном государстве. В международной практике обычно применяется направление искового заявления посольству государства-ответчика в стране, где должен рассматриваться спор, которое, в свою очередь, направляет его в министерство иностранных дел своей страны.

Такой же порядок обычно применяется и в других возможных случаях рассмотрения исков к государству, предъявляемых не в обычных государственных судах, а в арбитражных судах. Чаще всего возможность рассмотрения спора с государством в третейском суде возникает тогда, когда в контракте государства с иностранной фирмой содержится арбитражная оговорка или когда заключено иное арбитражное соглашение.

В отношении подчинения государства юрисдикции государственных судов наличие арбитражной оговорки, как и любого иного арбитражного соглашения, следует понимать таким образом, что государство даёт согласие на рассмотрение в таких судах лишь вопросов о действительности или толковании арбитражного соглашения, применения арбитражной процедуры или отмены решения арбитража, если соответствующий государственный суд обладает компетенцией на рассмотрение вопросов такого рода.

Согласие иностранного государства на рассмотрение спора в третейском суде не означает также автоматически со-

гласия на применение обеспечительных мер и согласия на принудительное исполнение арбитражного решения.

Основным многосторонним соглашением, предусматривающим арбитражное рассмотрение инвестиционных споров, является Вашингтонская конвенция 1965 года об урегулировании инвестиционных споров между государствами и лицами других государств. В Конвенции участвуют 155 государств¹. Из стран СНГ и Балтии она вступила в силу для Азербайджана, Армении, Беларуси, Грузии, Казахстана, Латвии, Туркменистана, Украины, Узбекистана, а также Кыргызстана. Имеющаяся практика рассмотрения дел в Центре показала (было рассмотрено более 50 дел), что наиболее типичными являются споры, связанные с возмещением убытков, вызванных односторонним изменением соглашений, ненадлежащим исполнением обязательств, выплатой компенсации, связанной с национализацией или экспроприацией.

Основные положения Конвенции касаются определения юрисдикции Центра, соотношения национальной и международной процедуры рассмотрения спора, введения примирительной процедуры, определения права, подлежащего применению; изменения и отмены решения арбитража, признания и исполнения решений арбитража.

В отношении юрисдикции Центра предусмотрены следующие возможности для передачи спора на рассмотрение Центра:

- наличие письменного соглашения сторон (стороны, достигшие соглашения, отказаться от него в одностороннем порядке не могут);
- наличие соответствующего положения в двустороннем международном договоре;

¹ Вашингтонская конвенция 1965 года об урегулировании инвестиционных споров между государствами и лицами других государств <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/convention/overview>

- наличие правила о передаче спора на альтернативной основе в многостороннем соглашении, в частности в Договоре к Энергетической хартии 1994 г.;
- наличие правила о передаче спора во внутреннем инвестиционном законодательстве.

Соотношение национальной и международной процедуры рассмотрения споров определяется тем, что любое договаривающееся государство, согласно Вашингтонской конвенции 1965 года, вправе требовать первоначального обращения к национальным административным или судебным средствам разрешения споров в качестве условия согласия о передаче спора для арбитражного рассмотрения в Центр.

Однако, независимо от решения судов страны-реципиента, у инвестора остаётся возможность обращаться в Центр в том случае, если он считает, что решение национального суда было несправедливым. Конвенция устанавливает возможности использования примирительной процедуры и предусматривает подробные правила её проведения. В отношении определения права, подлежащего применению при рассмотрении спора, предусмотрено, что арбитраж рассматривает спор:

- согласно нормам права в соответствии с соглашением сторон. В случае отсутствия такого соглашения - в соответствии с правом государства стороны спора, а также теми нормами международного права, которые могут быть применимы;
- на основании «справедливости и доброй совести» (*ex aequo et bono*), если стороны договорятся об этом.

Основная защита для иностранных инвесторов

Основные средства защиты, предоставляемые иностранным инвесторам, зависят от международного инвестиционного соглашения, на основании которого предъявляются

их требования. Они отличаются от мер защиты, предоставляемых национальным законодательством государства пребывания, и иногда защита, которую они предоставляют, может быть большей.

Наиболее распространённая защита, предоставляемая иностранным инвесторам, в отношении которой существует значительный объём общедоступной арбитражной юриспруденции¹, включает:

- защита от экспроприации;
- справедливое и равноправное отношение;
- национальный режим;
- режим наибольшего благоприятствования;
- свобода перевода средств; и
- полная защита и безопасность.

Каждая из этих защит имеет определённое значение в международном праве, хотя следует отметить, что сфера действия и применения данных средств защиты всегда обуждается. ЮНКТАД опубликовала полезный обзор международных инвестиционных соглашений и их значение².

Начало инвестиционного арбитража

Большинство инвестиционных арбитражных соглашений предусматривают период досудебного разрешения спора, когда и инвестору, и государству предлагается принять участие в переговорах, чтобы найти обоюдное решение. Отправной точкой обычно является уведомление о намерении инициировать арбитражное разбирательство против государства. В случае невозможности урегулирования спора в течение такого периода, иностранный инвестор дол-

¹ Обзор арбитражных дел. <https://www.italaw.com/>

² Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in investment rulemaking. <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2016/10/Bilateral-Investment-Treaties.pdf>

жен подать запрос на арбитраж в соответствии с применимыми правилами арбитража.

Инвестиционный арбитраж

Наиболее известным арбитражным учреждением, управляющим инвестиционными арбитражами, является МЦУИС¹. Другие учреждения, такие как Стокгольмская торговая палата (SCC),² Постоянный арбитражный суд (РСА)³ и Международная торговая палата (ИСС)⁴ также выступают в качестве арбитражных учреждений, управляющих⁵ инвестиционными арбитражами.

Часто инвесторам предоставляется выбор арбитражного института, этот выбор зависит от условий арбитражного соглашения, на котором ведётся спор. К примеру, в соответствии со статьёй, подпунктом (b) пункта 6.7. Соглашения о новых условиях по проекту «Кумтор» от 24 апреля 2009 года *«ускоренное арбитражное разбирательство проводится в Стокгольме (Швеция) и ведётся на английском языке».*

Продолжительность инвестиционных арбитражей

Согласно статистике МЦУИС, арбитраж (между датой создания арбитражного суда и его принятием решения по делу) продолжался «в среднем 39 месяцев». Самый продолжительный спор в истории МЦУИС продолжался в течение девятнадцати лет, но это было, действительно, исключительным делом и включало в себя создание двух отдельных арбитражных судов.

¹ МЦУИС <https://icsid.worldbank.org/>

² Стокгольмская торговая палата. <https://sccinstitute.com/dispute-resolution/>

³ Постоянный арбитражный суд. <https://pca-cpa.org/en/services/>

⁴ Международная торговая палата. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration>

⁵ Введение в инвестиционный арбитраж. <https://www.international-arbitration-attorney.com/ru/investment-arbitration/>

Стоимость инвестиционного арбитража

Инвестиционный арбитраж – это дорогостоящая процедура. Согласно исследованиям, в 2012 году средние расходы на истца в инвестиционном арбитраже составляли USD 4,437,000 и средние расходы на ответчика - USD 4,559,000, в то время как средние судебные издержки составляли 746,000¹.

Стороны должны покрыть расходы третейского суда, арбитражного учреждения, гонорары экспертов и судебные издержки адвокатов.

Если сторона испытывает трудности при покрытии расходов на арбитраж, также есть возможность получить финансирование от внешних спонсоров², которые предоставляют средства для покрытия расходов для участия в инвестиционном арбитраже в обмен на долю в финансовом результате дела. Получение стороннего финансирования - сложный и длительный процесс, однако, это предусмотрено только для тех случаев, которые кажутся наиболее сильными.

Исполнение инвестиционных арбитражных решений

В Конвенции МЦУИС содержатся правила для обеспечения международных инвестиционных решений, которые принимающие государства обязаны соблюдать. В соответствии со статьей 54 Вашингтонской конвенции, *«каждое Договаривающееся государство признает решение Арбитража, вынесенное в соответствии с настоящей Конвенцией, в качестве обязывающего обеспечить исполнение денежных обязательств, налагаемых решением Арбитража, в пределах своей территории, таким же образом, как если бы это было окончательное решение судебного органа этого госу-*

¹ Study of Cost Awards in Investment Arbitrations <https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2016/10/Costs-Study-Master-Table.pdf>

² Сторонние спонсоры в международном арбитраже. <https://www.international-arbitration-attorney.com/ru/third-party-funders-international-arbitration/>

дарства»¹. В отношении всех решений предусмотрена единая процедура изменения и отмены решения арбитража, которая осуществляется без обращения к каким-либо национальным структурам. Все эти вопросы входят в компетенцию Центра и его Генерального секретаря.

Одним из достоинств Конвенции обычно признаётся установление правил о признании и исполнении решения, согласно которым введена обязательность для сторон вынесенного решения.

Таким образом, Вашингтонская конвенция содержит международно-правовое обязательство каждого государства - участника Конвенции обеспечить исполнение арбитражного решения.

Заключение арбитражного соглашения государством само по себе уже означает, что государство отказалось от юрисдикционного (судебного) иммунитета, точно так же заключение международного соглашения о защите инвестиций, предусматривающее, что государство соглашается на рассмотрение возникшего инвестиционного спора в порядке арбитража, рассматривается как отказ государства от иммунитета.

Отказ от юрисдикционного иммунитета не влечёт за собой отказа от иммунитета в отношении обращения взыскания на имущество государства.

Согласно Вашингтонской конвенции, ни одно из её положений об исполнении решений арбитража *«не должно толковаться как отступление от действующего на территории договаривающегося государства законодательства, касающегося иммунитета такого государства или любого иностранного государства»*. Таким образом, принцип иммунитета государства сохраняет своё действие.

¹ Статья 23 Вашингтонской конвенции <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/convention/overview>

Всё будет зависеть от законодательства и практики страны, в которой истец хочет осуществить исполнение. Арбитражное решение не может быть исполнено в государстве, законодательство которого хотя и основывается на концепции функционального иммунитета, но признаёт иммунитет от принудительного исполнения решения в отношении имущества, которое не может быть объектом принудительных мер.

В комментариях к соответствующей статье Вашингтонской конвенции и в литературе обычно приводится решение суда южного округа Нью-Йорка, вынесенное в 1986 году, о приведении в исполнение решения международного центра по иску к Правительству Либерии. В этом решении говорится, что истец просил обратить взыскание на активы Правительства Либерии в США и на банковские счета посольства Либерии в США¹. Суд постановил, что, несмотря на то, что Либерия, подписав Вашингтонскую конвенцию, отказалась от иммунитета в судах США в отношении исполнения решений Центра, указанное решение не может быть исполнено в отношении активов Либерии, находящихся на территории США, если такие активы относятся к налоговым сборам в пользу Правительства Либерии. В результате суд признал иммунитет в отношении денежных средств, относящихся к налогам и сборам с владельцев судов, в пользу Правительства Либерии. Суд также отказался обратить взыскание на банковские счета посольства Либерии в США, на которые истец также пытался наложить взыскание.

Если принимающее государство не является участником Конвенции МЦУИС, исполнение решения осуществляется в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией 1958 года о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. В соответствии с пунктом 1 статьи I

¹ Тегизбекова Ж. Ч. Международное правосудие: курс лекций для студентов и магистрантов юридического факультета специальности «Юриспруденция», 2015. - С. 168.

Конвенции она применяется к арбитражным решениям, вынесенным *«на территории государства иного, чем то государство, где испрашивается признание и приведение в исполнение таких решений, по спорам, сторонами в которых могут быть как физические, так и юридические лица»*. Она применяется также к арбитражным решениям, *«которые не считаются внутренними решениями в том государстве, где испрашивается их признание и приведение в исполнение»*. Под арбитражными решениями понимаются решения как специальных арбитражных трибуналов, так и постоянных арбитражных органов (институциональных арбитражей).

Каждое государство - участник Конвенции признает арбитражные решения как обязательные и исполняет их в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение арбитражных решений. К признанию и исполнению арбитражных решений, к которым применяется Конвенция, не должны применяться существенно более обременительные условия или более высокие пошлины и сборы, чем те, которые существуют для признания и приведения в исполнение внутренних арбитражных решений (статья III).

Анализ положений Нью-Йоркской конвенций показывает, что компетентный государственный орган страны, в которой испрашивается исполнение иностранного арбитражного решения, не может пересмотреть его по существу.

На любой стадии рассмотрения дела в арбитражном суде может возникать, так же как в ходе процесса в обычном суде, необходимость принятия обеспечительных мер.

Может ли арбитражный суд выносить постановления о принятии таких мер и как реализовать их, если стороны заключили арбитражные соглашения, а арбитраж, как отмечалось выше, в отличие от государственного суда сам не может осуществить реализацию таких мер? Ответ на этот вопрос дал Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном

торговом арбитраже 1985 года. В статье 17 этого Закона говорится следующее:

«Если стороны не договорились об ином, арбитражный суд может по просьбе любой стороны распорядиться о принятии какой-либо стороной таких обеспечительных мер в отношении предмета спора, которые он считает необходимыми. Арбитражный суд может потребовать от любой стороны предоставить надлежащее обеспечение в связи с такими мерами».

3. Перспективы развития инвестиционного арбитража в Кыргызской Республике.

В связи с тем, что на сегодняшний день Кыргызстан не может претендовать на стабильный инвестиционный климат в силу ряда причин, наше государство продолжает сталкиваться с некоторыми трудностями в реализации инвестиционной политики. Так, на сегодня против Кыргызской Республики были поданы иски иностранными инвесторами в арбитражные трибуналы, 17 дел из которых находятся в открытом доступе. Инвестиционные претензии к Кыргызской Республике составляют более 1 миллиарда долларов, что равняется существенной доле ВВП страны. В связи с чем регулирование процедуры разрешения споров между инвесторами и государством имеет ключевое значение для увеличения привлекательности инвестиционного климата Кыргызской Республики.

Здесь хотелось бы также отметить, что был образован Центр судебного представительства Правительства Кыргызской Республики с целью представления интересов Правительства Кыргызской Республики и самой Кыргызской Республики в международных судах, международных арбитражных судах, иностранных судах, третейских и иных специализированных судах, Верховном суде Кыргызской

Республики, Конституционной палате Верховного суда Кыргызской Республики и местных судах. Для успешного представления интересов Кыргызской Республики и Правительства Кыргызской Республики Центр тесно сотрудничает с государственными органами Кыргызской Республики. *Однако, несмотря на существование специализированного государственного органа, Правительство страны нанимает международные юридические компании для представления интересов в международных арбитражных институтах.*

На сегодняшний день одним из самых громких арбитражных споров, стороной которого выступает Кыргызская Республика, является спор с золотодобывающей компанией «Центерра Голд Инк.» В ходе длительного сотрудничества с этими канадскими инвесторами Кыргызская Республика выразила своё согласие на инициирование инвестиционного арбитража. В целом инвестиционные отношения между Кыргызской Республикой и «Центеррой» продолжаются на протяжении более 20 лет, в течение которых между сторонами возникали несколько арбитражных разбирательств.

Для стимулирования иностранных инвестиций в экономику страны и развития арбитража как механизма разрешения споров между иностранными инвесторами и государством данная работа предлагает следующие рекомендации:

1) Необходимо чётко определить **полномочия государственного органа** по поощрению инвестиций с целью развития их профессиональной деятельности в сфере защиты и привлечения иностранных инвестиций. Такая защита и гарантии дадут иностранным инвесторам уверенность в инвестиционно-ориентированной политике Кыргызской Республики.

В настоящее время в Кыргызской Республике приказом Президента Кыргызской Республики от 5 мая 2021 года создано Министерство инвестиций Кыргызской Республики (далее - Министерство). Данный государственный орган

был создан с целью продвижения иностранных инвестиций и оказания помощи международным компаниям в поиске инвестиционных возможностей на территории страны. При этом основной вектор деятельности Министерства должен быть направлен на привлечение и стимулирование инвестиций в национальную экономику, а также оказание консультационной помощи иностранным инвесторам.

Мы считаем, что единоличная деятельность Министерства, направленная на привлечение иностранных инвестиций, не будет максимально эффективной в силу ряда причин, одними из которых являются зависимое положение от государственного аппарата и наличие возможности влияния коррупционных факторов. Также считаем, что новому Министерству стоит продолжить создание более привлекательной налоговой политики, а именно предоставление государством режима стабилизации, согласно которому иностранные инвесторы вправе выбрать благоприятный правовой режим в случае внесения изменений и дополнений в нормативные правовые акты, регулирующие вопросы налоговых и неналоговых платежей.

2) В целях успешной реализации инвестиционной политики предлагается создание института **инвестиционного омбудсмана**. Это приведёт к улучшению инвестиционного климата в стране, обеспечит своевременную и справедливую защиту прав и интересов инвесторов, а также к выработке рекомендаций по процедуре разрешения споров между иностранными инвесторами и принимающим государством. Таким образом, это улучшит урегулирование споров между инвесторами и государством в Кыргызской Республике, повысит правовую грамотность инвесторов в вопросах признания и исполнения иностранных арбитражных решений в Кыргызской Республике. Институт инвестиционного омбудсмана будет выступать независимым мостом между иностранными инвесторами и государством. Свидетельством успешного внедрения данного института

может служить пример таких стран, как Республика Казахстан¹, Республика Корея², Великобритания³ и др.

Если остановиться более детально на примере соседнего государства - Республики Казахстан, основными задачами института инвестиционного омбудсмана являются рассмотрение защиты права и интересов инвесторов, обращений инвесторов по вопросам, возникающим в ходе осуществления инвестиционной деятельности, разработка рекомендаций для разрешения данных обращений, создание диалоговой площадки между иностранными инвесторами и государственными органами, оказание содействия в решении вопросов во внесудебном и досудебном порядках, а также выработка рекомендаций по совершенствованию инвестиционного законодательства. Деятельность инвестиционного омбудсмана в Республике Казахстан регламентирована Положением о деятельности инвестиционного омбудсмана, утверждённым постановлением Правительства Республики Казахстан от 26 декабря 2015 года № 1069. В Республике Казахстан также был учреждён институт бизнес-омбудсмана, который функционирует параллельно с институтом инвестиционного омбудсмана.

Стоит также отметить, что в Кыргызской Республике был учреждён институт бизнес омбудсмана в соответствии с Положением об уполномоченном лице по защите прав, свобод и законных интересов субъектов предпринимательской деятельности (бизнес-омбудсмен), утверждённым постановлением Правительства Кыргызской Республики от 31 декабря 2018 года. Основной целью и задачей института бизнес-омбудсмана является защита прав и свобод субъек-

¹ Положение о деятельности инвестиционного омбудсмана, утверждённое постановлением Правительства Республики Казахстан от 26 декабря 2015 года № 1069, доступно на сайте <https://adilet.zan.kz/eng/docs/P1500001069>.

² Омбудсмен по иностранным инвестициям, Республика Корея, доступно на сайте <https://ombudsman.kotra.or.kr/eng/index.do>.

³ Служба финансового омбудсмана, Великобритания, доступно на сайте <https://www.financial-ombudsman.org.uk/businesses/complaints-deal/investments>.

тов предпринимательской деятельности. Следовательно, мы считаем, что функции по осуществлению деятельности по защите субъектов предпринимательской деятельности и иностранных инвесторов должны быть предоставлены двум независимым структурам, в целях предотвращения наличия конфликта интересов между субъектами и осуществления наиболее эффективной защиты прав и свобод.

В целом, имплементация института инвестиционного омбудсмена для поощрения иностранных инвестиций и разрешения проблемных вопросов стала эффективной практикой в вышеуказанных и также многих других развитых и развивающихся странах. Полагаем, что создание такого института позволит снизить риски предъявления инвестиционных претензий к Кыргызской Республике, улучшить инвестиционный режим Кыргызской Республики и повысит привлекательность Кыргызской Республики для иностранных инвесторов в целом. Институт инвестиционного омбудсмена будет способствовать выстраиванию успешных отношений и диалогу между инвесторами и Кыргызстаном.

3) Более того необходимо признать, что инвестиционный арбитраж – дорогостоящий механизм разрешения споров. При этом совокупный размер арбитражных издержек складывается из трёх крупных составляющих: гонораров арбитров, расходов арбитражного института, администрирующего спор, и вознаграждения юридических консультантов. Наибольшую сумму составляет последняя категория, в связи с чем можно было бы изучить вопрос об учреждении неправительственного **консультативного центра для оказания экспертного содействия** заинтересованным сторонам, в том числе небольшим местным компаниям, участвующим в инвестиционных проектах. Кроме того, снижение издержек сторон спора в целом могло бы быть обеспечено за счёт разработки типовых правил о проведении обязательной предварительной согласительной процедуры или выработки рекомендаций в целях предварительно-

го урегулирования споров в рамках соответствующей национальной юрисдикции.

4) Следует также уделить внимание внедрению и широкому использованию **цифровых технологий** на законодательном уровне, которые позволят существенно ускорить, удешевить и упростить процедуру разрешения инвестиционных споров.

Добросовестное использование указанных механизмов предполагает достижение взаимовыгодного компромисса между сторонами спора, что в долгосрочной перспективе способствовало бы поддержанию отношений сотрудничества между инвесторами и принимающими государствами.

Таким образом, Кыргызская Республика должна пересмотреть процедуру урегулирования споров между инвесторами и государством. Такой анализ должен включать в себя глубокий анализ плюсов и минусов доступа к международному арбитражу, и тем самым развивать и модернизировать систему разрешения споров в соответствии с национальным законодательством.

ИНВЕСТИЦИОННЫЕ СПОРЫ: ПРИЧИНЫ, ПОСЛЕДСТВИЯ, ВЫВОДЫ Дело Petrobart Limited против Кыргызской Республики

Нурбек Сабиров¹
Эрмек Мамаев²
Курманжан Дастанбек кызы³

За последние 10 лет Кыргызская Республика приняла участие в более 10 арбитражных разбирательствах, связанных с нарушением своих обязательств по защите инвестиций (далее - Инвестиционные споры). В совокупности сумма требований иностранных инвесторов о взыскании с КР компенсации за причинённые убытки составила свыше полутора миллиардов долларов США⁴, что равняется более 70% расходной части республиканского бюджета страны на 2016 год⁵. При этом указанная сумма не включает расхо-

¹ Партнёр юридической фирмы Kalikova&Associates, магистр права (LL.M., Университет Цинциннати, США), e-mail: nsabirov@ka.legal

² Старший юрист юридической фирмы Kalikova&Associates, бакалавр права, Американский университет Центральной Азии; магистр права (LL.M.), Вашингтонский университет, г. Сизтл, США, e-mail: emamaev@ka.legal

³ Бакалавр Американского университета Центральной Азии по направлению «Международное и бизнес право», студент магистратуры Школы общественного здравоохранения Гарвардского университета, e-mail: kurmanjan.d.k@gmail.com

⁴ <http://kyrtag.kg/news/summa-iskov-protiv-kyrgyzstana-sostavlyaet-bolee-1-5-mlrd/>

⁵ Закон КР «О республиканском бюджете Кыргызской Республики на 2016 год и прогнозе на 2017-2018 годы» от 31 декабря 2015 года № 233.

ды КР на юридические услуги, связанные с этими разбирательствами, которые в среднем составляют более миллиона долларов США за каждое дело.

Безусловно, в условиях экономической нестабильности и довольно сложной социальной ситуации в стране любые финансовые потери, возникающие в результате Инвестиционных споров, крайне болезненно сказываются на небольшой республике. По логике вещей нам всем, а государственной власти в первую очередь, необходимо проанализировать причины возникновения Инвестиционных споров, изучить какие негативные последствия они влекут для государства, и сделать соответствующие выводы, чтобы не допускать повторения подобных событий и действий в будущем. Поэтому настоящий обзор ставит своей целью на конкретном примере продемонстрировать какие действия и/или бездействия государственных органов КР были признаны международным арбитражным трибуналом нарушением государством своих обязательств по защите инвестиций¹. Хотели бы отметить, что при составлении данного обзора мы используем информацию из открытых источников. Арбитражные решения могут быть обоснованными и наоборот, но в настоящем случае мы исходим из того факта, что арбитражное решение есть и на него потенциально могут ссылаться другие инвесторы в случае инициирования новых Инвестиционных споров.

В настоящем обзоре рассматривается дело Petrobart Limited против Кыргызской Республики (далее - Дело «Петробарта»). В данном деле 29 марта 2005 года было вынесено решение о взыскании с КР 1 130 859 долларов США и соответствующих процентов в пользу Petrobart Limited (далее - «Петробарт»). В результате безуспешных попыток Правительства КР оспорить данное решение в государственных

¹ Настоящий обзор не представляет собой оценку обоснованности принятого арбитражным трибуналом решения как по существу спора, так и по юрисдикции, и не отражает мнения авторов обзора.

судах Швеции, общая сумма задолженности, включая проценты, перед «Петробартом» выросла до 2 100 074 долларов США. Правительство КР урегулировало данный спор в 2011 году и, как мы понимаем, выплатило «Петробарту» 1 470 005 долларов США¹.

Для лучшего восприятия читателем представленной информации, мы изложили обзор в трёх разделах, а именно: I. Обстоятельства дела, которые послужили причиной возникновения Инвестиционного спора; II. Действия и/или бездействия государственных органов КР, признанные международным арбитражным трибуналом как нарушение КР своих обязательств по защите инвестиций; и III. Вывод.

I. Обстоятельства дела

Дело «Петробарта» возникло в связи со следующими обстоятельствами.

23 февраля 1998 года между гибралтарской компанией «Петробарт» и ГАК «Кыргызгазмунайзат» (далее - КГМ) был заключён Договор поставки «Петробартом» газоконденсата по цене 143,5 долларов США за 1 тонну. «Петробарт» осуществил поставку КГМ газоконденсата, купив газоконденсат у компании «Узнефтьгазодобыча» по цене 95 долларов США². Однако КГМ не смог полностью оплатить счета «Петробарта» за поставку газоконденсата, сославшись на тяжёлое финансовое положение. В итоге у КГМ образовалась задолженность перед «Петробартом» за поставку газоконденсата в размере около полутора миллионов долларов США.

В ноябре 1998 года в результате безуспешных переговоров с КГМ «Петробарт» обратился в судебные органы КР в целях взыскания с КГМ суммы задолженности. Судебное решение было вынесено в пользу «Петробарта».

¹ Распоряжение Правительства КР от 11 августа 2011 года N 339-р.

² Якобы транспортные расходы за поставку товара составили 35,5 долларов США за 1 тонну.

В период с 25 января по 3 февраля 1999 года судебным исполнителем было арестовано имущество КГМ на сумму долга, которое должно было быть выставлено на торги. Однако 11 февраля 1999 года в суд поступило официальное письмо от вице-премьер-министра КР с просьбой приостановить исполнение решения суда о взыскании с КГМ суммы задолженности на 3 месяца ввиду тяжёлого финансового положения КГМ. В результате процесс исполнения решения суда был приостановлен на 3 месяца.

В период приостановления исполнительного производства по взысканию с КГМ суммы задолженности перед «Петробартом» (с февраля по апрель 1999 года) по решению государственных органов КР, в рамках совершенствовании управления системой обеспечения газом был произведён вывод активов (движимого и недвижимого имущества) из КГМ и их передача во вновь созданные государственные компании - АО «Кыргызгаз» и ГП «Мунай»¹. При этом обязательства (долги) КГМ, в том числе перед «Петробартом» не были переведены в «Кыргызгаз» или «Мунай».

В апреле 1999 года решением суда КГМ был признан банкротом, и совершенно очевидным стал факт невозврата задолженности КГМ перед «Петробартом».

«Петробарт», посчитав, что со стороны КР были нарушены обязательства по защите инвестиций, инициировал арбитражное разбирательство против КР. По результатам рассмотрения Инвестиционного спора было вынесено ре-

¹ 23 сентября 1998 года Президент КР издаёт Указ № 282, согласно которому было решено создать на базе имущественного комплекса КГМ акционерное общество «Кыргызгаз» и Правительству КР было поручено, помимо прочего, решить все организационно-правовые вопросы, вытекающие из Указа, и возложить ответственность по кредиторской, дебиторской и ссудной задолженностям, образовавшимся по природному газу и сжиженному газу до 23 сентября 1998 года, на КГМ.

9 марта 1999 года Правительство принимает постановление № 141 о создании государственного предприятия по поставкам нефтепродуктов «Мунай».

шение о взыскании с КР 1,130,859 долларов США и соответствующих процентов в пользу «Петробарта».

II. Действия/бездействия государственных органов КР, признанные нарушением обязательств по защите инвестиций

Арбитражный трибунал посчитал, что КР нарушила права «Петробарта» как иностранного инвестора следующими действиями¹:

1. вывод активов из КГМ в «Кыргызгаз» и «Мунай» в ущерб кредиторам КГМ, в том числе «Петробарта»; и
2. вмешательство Правительства КР в работу судебной власти по исполнению решения суда о взыскании задолженности с КГМ в ущерб интересам «Петробарта».

Вышеуказанные действия КР были признаны арбитражным трибуналом нарушением следующих норм Договора к энергетической хартии (далее - ДЭХ)²:

- **Необеспечение справедливого и одинакового режима.**

Вывод активов из КГМ в «Кыргызгаз» и «Мунай» в ущерб кредиторам КГМ, в том числе «Петробарту», было признано нарушением статьи 10 (1) ДЭХ в части обязательства КР предоставлять инвесторам и их инвестициям справедливый и одинаковый режим³. Арбитражный трибунал пришёл к выводу, что, возможно, у КР были веские причины для реструктуризации системы поставки нефти и газа в стране. Однако, в соответствии с ДЭХ, КР должна была осуществлять реорганизацию КГМ, проявляя должное уважение к «Петробарту» как иностранному инвестору. В частности,

¹ Пункт 420 Решения по делу Petrobart Ltd v. Kyrgyzstan от 29 марта 2005 года.

² Ратифицирован Законом КР от 26 июля 1996 года № 45.

³ Пункт 422 Решения по делу Petrobart Ltd v. Kyrgyzstan от 29 марта 2005 года.

арбитражный трибунал посчитал, что в результате реструктуризации КГМ активы КГМ были выведены в «Кыргызгаз» и «Мунай». Однако обязательства КГМ, образовавшиеся до 1 октября 1998 года, куда вошли и обязательства перед «Петробартом», не были переданы указанным компаниям. В результате КГМ лишился активов, но при этом остался ответственным за свои долги. Следовательно, передача активов КГМ другим компаниям, но не обязательств (долгов) КГМ, влекла за собой неблагоприятные последствия для кредиторов КГМ, в том числе «Петробарта»¹;

- **Необеспечение эффективных средств отстаивания исков и необеспечение соблюдения прав инвестора в отношении инвестиций.**

Направление письма вице-премьер-министром КР в суд должно рассматриваться как попытка исполнительной власти повлиять на действия судебной власти в ущерб интересам «Петробарта». Сейчас сложно оценить, какое влияние имело это письмо на решение вопроса о приостановлении исполнительного производства. Однако при вынесении решения суд напрямую сослался на это письмо, что говорит о том, что оно имело определённое влияние на суд². Арбитражный трибунал посчитал, что такое вмешательство Правительства КР в ход судебного разбирательства между «Петробартом» и КГМ не соответствует верховенству права в демократическом обществе и показывает отсутствие уважения к правам «Петробарта» как инвестора, имеющего инвестиции в КР в соответствии с ДЭХ. Такие действия КР нарушили статьи 10 (1) и 10 (12) ДЭХ³.

¹ Пункт 411 Решения по делу Petrobart Ltd v. Kyrgyzstan от 29 марта 2005 года.

² Пункт 414 Решения по делу Petrobart Ltd v. Kyrgyzstan от 29 марта 2005 года.

³ «Каждая Договаривающаяся Сторона следит за тем, чтобы её национальное законодательство обеспечивало эффективные средства отстаивания исков и обеспечения соблюдения прав в отношении Инвестиций, инвестиционных соглашений, а также инвестиционных разрешений» (статья 10 (12) Энергетический Хартии).

III. Выводы

В результате изучения Дела «Петробарта» и анализа действий государственных органов, стоивших стране значительных финансовых потерь, мы пришли к следующим выводам:

а. Государство, преследуя даже самые благие цели, обязано соблюдать законы и свои международные обязательства по защите инвестиций. Вывод активов без передачи обязательств путём банкротства государственной компании в целях невыплаты её долгов перед кредиторами не является решением проблемы. Наоборот, это создаёт дополнительные трудности и, более того, создаёт репутационные риски (негативный имидж) для государства в долгосрочной перспективе;

б. Вмешательство в деятельность суда со стороны других ветвей власти в любой форме запрещено. Представители власти перед направлением официальных писем в судебные органы по спорам между хозяйствующими субъектами должны тщательно анализировать вопрос: а не повлечёт ли это в будущем каких-либо негативных последствий для государства, как это было в Деле «Петробарта», где, по сути, одно письмо стоило государству более миллиона долларов США. Кстати говоря, исходя из опубликованных на сайте Правительства КР данных, на указанную сумму в КР можно было бы построить 4 школы (по сметам 2015 года)¹;

Любое арбитражное решение, принятое не в пользу КР, негативно влияет на инвестиционный имидж страны. Мы надеемся, что подобные обзоры могут содействовать тому, чтобы государственные органы и их должностные лица осознавали возможные последствия принимаемых ими решений с точки зрения международного права, соответственно, обзоры могут послужить превентивным механизмом против возникновения Инвестиционных споров в будущем.

¹ По данным правительства, строительство одной школы в среднем обходится в 400 тысяч долларов США: <http://ru.sputnik.kg/society/20150821/1017580033.html#ixzz3rjyAem4M>

**ИНВЕСТИЦИОННЫЕ СПОРЫ: ПРИЧИНЫ,
ПОСЛЕДСТВИЯ, ВЫВОДЫ
Дело «Систем Мюхендислик» против
Кыргызской Республики**

Нурбек Сабиров¹
Эрмек Мамаев²
Курманжан Дастанбек кызы³

За последние 10 лет Кыргызская Республика приняла участие в более 10 арбитражных разбирательствах, связанных с нарушением своих обязательств по защите инвестиций. В совокупности сумма требований иностранных инвесторов о взыскании с КР компенсации за причинённые убытки составила свыше полутора миллиардов долларов США⁴, что равняется более 70% расходной части республиканского бюджета страны на 2016 год⁵. При этом указанная сумма не включает расходы КР на юридические услуги, связанные с

¹ Партнёр юридической фирмы Kalikova&Associates, магистр права (LL.M., Университет Цинциннати, США), e-mail: nsabirov@ka.legal

² Старший юрист юридической фирмы Kalikova&Associates, бакалавр права, Американский университет Центральной Азии; магистр права (LL.M.), Вашингтонский университет, г. Сиэтл, США, e-mail: emamaev@ka.legal

³ Бакалавр Американского университета Центральной Азии по направлению «Международное и бизнес право», студент магистратуры Школы общественного здравоохранения Гарвардского университета, e-mail: kurmanjan.d.k@gmail.com

⁴ <http://kyrtag.kg/news/summa-iskov-protiv-kyrgyzstana-sostavlyayet-bolee-1-5-mlrd/>

⁵ Закон КР «О республиканском бюджете Кыргызской Республики на 2016 год и прогнозе на 2017-2018 годы» от 31 декабря 2015 года № 233.

этим разбирательствами, которые в среднем составляют более миллиона долларов США по каждому делу.

Чтобы понять причины возникновения инвестиционных споров, необходимо смотреть на проблематику изнутри, то есть изучать не только сами негативные последствия, следующие за любым арбитражным решением не в пользу государства, но и делать соответствующие выводы, чтобы не допускать повторения подобных событий в будущем. Настоящий обзор ставит своей целью на конкретном примере продемонстрировать, какие действия и/или бездействия государственных органов КР были признаны международным арбитражным трибуналом нарушением государством своих обязательств по защите инвестиций¹. При составлении данного обзора использовалась информация из открытых источников, в частности, решение арбитражного трибунала по делу № ARB (AF)/06/1, которое было направлено сторонам 9 сентября 2009 года.

Представляем вашему вниманию обзор дела «Систем Мюхендислик» против Кыргызской Республики² (далее - Дело «Систем»). Хотели бы сразу отметить тот факт, что в Деле «Систем» принимали участие в той или иной степени все ветви государственной власти КР. Факты указывают на то, что обстоятельства данного дела содержат много вопросов, ответов на которые до сих пор нет (по крайней мере, в открытых источниках информации). Вполне возможно, в Кыргызстане есть лица, лично присутствовавшие в центре событий, связанных с Делом «Систем», которые обладают более подробной информацией и когда-нибудь поделятся ей с общественностью. Наша же задача (под словом «наша» мы подразумеваем не только себя, авторов настоящего обзора, а всё государство в целом и, в частности, представителей государственной власти) заключается в том, чтобы проанали-

¹ Настоящий обзор не представляет собой оценку обоснованности принятого арбитражным трибуналом решения как по существу спора, так и по юрисдикции, и не отражает мнения авторов обзора по арбитражному решению.

² ICSID Case No. ARB (AF)/06/1

зировать Дело «Систем» – арбитражное решение, на которое потенциально могут ссылаться другие инвесторы в случае инициирования новых инвестиционных споров.

Для лучшего восприятия читателем представленной информации, мы изложили обзор в трёх разделах: I. Обстоятельства дела, которые послужили причиной возникновения инвестиционного спора; II. Действия и/или бездействия государственных органов КР, признанные международным арбитражным трибуналом нарушением КР своих обязательств по защите инвестиций; и III. Выводы.

I. Обстоятельства дела, которые послужили причиной возникновения инвестиционного спора

Дело «Систем» возникло в связи со следующими обстоятельствами:

В начале 1990-х годов турецкая фирма «Систем Мюхендислик Иншаат Санайн ве Тижарет А.Ш.» (далее – «Систем Мюхендислик») и кыргызское ЗАО «Ак-Кеме» (далее – Ак-Кеме) создали совместное предприятие «Ак-Кеме-Пинара» для реализации крупного инвестиционного проекта по строительству и дальнейшей совместной эксплуатации четырёхзвёздного отеля международного класса на 400 мест в Бишкеке¹.

Отель был официально открыт 28 августа 1995 года, однако к тому времени отношения между партнёрами сильно ухудшились, предположительно ввиду невыполнения турецкой стороной своих обязательств по совместному предприятию. В 1996 году лицензии «Систем Мюхендислик» на иностранную инвестицию и строительство были и вовсе отозваны².

¹ Пункт 1 Постановления Законодательного собрания Жогорку Кенеша Кыргызской Республики от 7 октября 2002 года 3 № 874-II и пункты 27, 29 Решения арбитражного трибунала по делу № ARB (AF)/06/1.

² Пункты 46 и 48 Решения арбитражного трибунала по делу № ARB (AF)/06/1.

В 1998 году судебные органы КР объявили Ак-Кеме банкротом. Впоследствии специальный администратор Ак-Кеме произвёл реструктуризацию Ак-Кеме путём создания самостоятельного юридического лица, к которому перешли все активы Ак-Кеме (но не долги и обязательства), включая сам отель¹.

В 1999 году в результате переговоров на высшем уровне были заключены соглашения между Правительством КР, «Систем Мюхендислик» и специальным администратором Ак-Кеме (включая Генеральное соглашение от 1 июля 1999 года) (далее - Соглашения 1999 года), согласно которым «Систем Мюхендислик» приобрела 100% доли в уставном капитале вновь созданного юридического лица, на баланс которого был переведён отель, и, соответственно, стала единственным полноправным владельцем отеля². Следует также отметить, что в Генеральном соглашении от 1 июля 1999 года было чётко отражено, что инвестиции защищаются по Соглашению между Республикой Кыргызстан и Турецкой Республикой относительно взаимного содействия инвестициям и их защите от 28 апреля 1992 года³.

В октябре 2002 года ряд граждан Кыргызской Республики инициировали конституционное разбирательство с целью отменить акты судебных органов КР о признании Ак-Кеме банкротом в 1998 году. 17 декабря 2002 года Конституционный суд КР вынес решение о признании неконституционной правоприменительной практики, установленной постановлением Высшего Арбитражного суда КР от 10 декабря 1998 года и, соответственно, решение суда, согласно которому Ак-Кеме было признано банкротом, не подлежало исполнению⁴.

Несмотря на все вышеуказанные события и неоднозначные действия со стороны государственных органов КР, в период

¹ Пункты 49 и 54 Решения арбитражного трибунала по делу № ARB (AF)/06/1.

² Пункты 51 и 54 Решения арбитражного трибунала по делу № ARB (AF)/06/1.

³ Пункт 61 Решения арбитражного трибунала по делу № ARB (AF)/06/1.

⁴ Решение Конституционного суда КР от 17 декабря 2002 года.

с 1999 по 2005 год фактическим владельцем отеля оставалась «Систем Мюхендислик».

25 марта 2005 года, в дни революции во время слабого функционирования органов правопорядка, вооружённая группа людей, состоящая примерно из 50 человек под руководством местного бизнесмена, стоявшего у истоков отеля, захватила отель под предлогом его защиты от мародёров. После этого полный контроль над отелем фактически перешёл к совместному кыргызско-малазийскому предприятию «Отель «Ак-Кеме».

После ряда неудачных попыток вернуть себе отель и бездействий со стороны государственных органов КР, 30 сентября 2005 года «Систем Мюхендислик» инициировала арбитражное разбирательство против КР.

Хотя Дело «Систем» было инициировано ещё в 2005 году, вплоть до июля 2006 года¹ КР не отвечала на письма и уведомления как со стороны «Систем Мюхендислик», так и со стороны Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС). В итоге без участия КР было определено время и место арбитража, избран состав арбитражного трибунала, определена процедура разбирательства. Даже после нескольких надлежащих уведомлений от МЦУИС, КР не явилась на первое слушание, проходившее в Женеве в ноябре 2006 года². КР пропустила срок³ направления контр-меморандума о юрисдикции МЦУИС и только 27 марта 2007 года КР направила уведомление о том, что только назначила юридического представителя, которому необходимо 2 месяца на ознакомление с делом.

По результатам рассмотрения Дела «Систем» 9 сентября 2009 года арбитражным трибуналом было вынесено решение о взыскании с КР 8,5 миллионов долларов США и соот-

¹ Пункт 6 Решения арбитражного трибунала по делу № ARB (AF)/06/1.

² Пункт 9 Решения арбитражного трибунала по делу № ARB (AF)/06/1.

³ Срок сдачи контр-меморандума по юрисдикции МЦУИС был установлен на первом слушании на 2 марта 2007 года.

ветствующих процентов в пользу «Систем Мюендислик», а также 647 410 долларов США (компенсация расходов на юридические услуги и арбитражные сборы).

II. Действия/бездействия государственных органов КР, признанные нарушением обязательств по защите инвестиций

На первый взгляд может показаться, что КР не причастна к данному спору, так как спор, по сути, возник между двумя частными компаниями. Однако арбитражный трибунал определил, что данный спор имеет прямое отношение к КР, ввиду того, что невыполнение КР своих обязательств по Соглашению о защите инвестиций послужило причиной возникновения спора¹. В связи с этим, только КР несёт обязанность за возмещение причинённого турецкой фирме «Систем Мюендислик» ущерба².

В частности, арбитражный трибунал пришёл к следующим выводам:

- **Отель был экспроприирован, а Правительство КР никак не препятствовало этому, тем самым КР нарушила свои обязательства по Соглашению о защите инвестиций.**

Арбитражный трибунал посчитал, что «Систем Мюендислик» лишился своего имущества из-за решений³, принятых судами КР, которые являются органами государственной власти КР, за чьи действия несёт ответственность само государство⁴. Решения судов создали препятствие для турецкой

¹ Пункт 120 Решения арбитражного трибунала по делу № ARB (AF)/06/1.

² Пункт 177 там же.

³ Решение Ленинского районного суда города Бишкека от 27 июня 2005 года, Решение Бишкекского городского суда от 30 августа 2005 года и Решение Верховного Суда от 2 ноября 2005 года о недействительности договоров, заключённых в июле 1999 года. А также Решение межрайонного суда от 17 июня 2005 года об аннулировании банкротства Ак-Кеме.

⁴ Пункт 118 Решения арбитражного трибунала по делу № ARB (AF)/06/1.

фирмы «Систем Мюхендислик» по владению отелем, в той же мере, как если бы государство экспроприировало отель через специальное постановление. В результате арбитражный трибунал решил, что в данном деле наиболее подходящей мерой ответственности будет применение денежной компенсации причинённого ущерба¹. Более того, КР нарушила Статью III Соглашения о защите инвестиций, которая запрещает экспроприацию инвестиций (как прямую, так и косвенную), за исключением случаев, когда это делается для общественных целей, в не дискриминационной основе и при условии выплаты немедленной, соответственной и эффективной компенсации. В итоге арбитражный трибунал посчитал, что эти условия не были выполнены и КР обязана выплатить компенсацию².

- **Неоднозначные действия со стороны государственных органов КР к турецкой фирме «Систем Мюхендислик».**

Арбитражный трибунал отметил, что государственные органы КР в своих действиях противоречили своим же ранее принятым решениям. Например, на основании решения суда КР о признании Ак-Кеме банкротом³ ликвидатор Ак-Кеме заключил Соглашения 1999 года, однако позднее, в ходе инвестиционного спора, КР не признала данные договоры. На этом список противоречивых действий государственных органов КР не заканчивается. Так, 20 декабря 2002 года прокурор г. Бишкека заморозил банковские счёта турецкой фирмы «Систем Мюхендислик», но четырьмя днями позже отменил своё решение, объяснив это тем, что *«больше нет оснований замораживать счета турецкой компании «Систем Мюхендислик»*, и никаких других пояснений по этому поводу предоставлено не было⁴. Следующее противоречи-

¹ Пункт 158 Решения арбитражного трибунала по делу № ARB (AF)/06/1.

² Пункт 119 Решения арбитражного трибунала по делу № ARB (AF)/06/1.

³ Решение Высшего Арбитражного суда Кыргызской Республики от 10 декабря 1998 года.

⁴ Пункт 90 Решения арбитражного трибунала по делу № ARB (AF)/06/1.

вое действие имело место в июне 2005 года, когда суд КР¹ принял решение отказать в иске Департаменту по делам банкротства КР о признании Ак-Кеме банкротом. Одним из оснований отказа послужило письмо² Президенту КР от Отдела экономической политики Аппарата Президента КР, в котором говорилось, что Ак-Кеме на тот момент являлся платёжеспособным, прибыльным и не имел задолженности по платежам в бюджет КР³.

III. Выводы

В результате изучения Дела «Систем» мы пришли к следующим выводам:

а. Является ошибочным представление о том, что если инвестиционный спор вытекает из отношений между частными хозяйствующими субъектами, то по такому делу государство не будет нести никакой ответственности. Сложность вопроса заключается в том, что в споре частных субъектов так или иначе может принять участие и государство в лице его уполномоченных органов (суд, правоохранительные органы, правительство и т. д.) Соответственно, если в результате спора между частными субъектами именно действие/акты государства в лице его уполномоченных органов приводят к тому, что одна сторона (инвестор) неправомерно лишается своих активов, то в таком случае перед таким инвестором государство будет нести ответственность по возмещению причинённых убытков. При этом не имеет значения, приобрело ли государство от такого действия/акта государственного органа права на такой актив или иную выгоду. Существенным является то, что именно действия/акты государства приводят к потере инвестором своих активов, как это и про-

¹ Решение межрайонного суда г. Бишкека от 17 июня 2005 года.

² Письмо Президенту КР от Отдела экономической политики Аппарата Президента КР от 4 декабря 1998 года.

³ Пункт 106 Решения арбитражного трибунала по делу № ARB (AF)/06/1.

изошло в Деле «Систем», где «Систем Мюхендислик» лишился актива в результате решений судов КР.

в. Государство должно быть последовательным в своих действиях и принимать законные решения, иначе это приводит к негативным последствиям. На примере Дела «Систем» прослеживается определённая непоследовательность государства в своих действиях. Как иначе объяснить ситуацию, при которой государство сначала признаёт субъекта банкротом, осуществляет продажу его активов, предоставляет гарантии того, что активы свободны от прав третьих лиц и т. д., а потом само же (в лице соответствующих органов) признаёт незаконным такое банкротство, а в ходе инвестиционного разбирательства заявляет¹, что сделка по продаже активов (где также принимало участие само государство) была недействительной?

с. Инвестиционные споры требуют своевременного принятия процессуальных мер. Необходимо понимать, что если государство дало согласие на разрешение определённых споров в арбитраже, то в случае возникновения таких споров государство не сможет избежать арбитражного разбирательства только за счёт его игнорирования. В результате оставления писем и уведомлений турецкой фирмы «Систем Мюхендислик» и арбитражного трибунала без ответа, то есть их тотального игнорирования, КР, по сути, добровольно лишилась своего права участвовать в определении места разбирательства, избрании состава арбитражного трибунала и других своих процессуальных прав. Соответственно, все эти вопросы были решены без участия и учёта интересов КР. Возможно, это в определённой степени послужило причиной проигрыша КР в этом деле, об этом можно долго рассуждать. Одно ясно точно - игнорирование проблемы никогда не приведёт к её решению, а лишь создаст дополнительные сложности, что и произошло в Деле «Систем».

¹ Пункт 83 Решения арбитражного трибунала по делу № ARB (AF)/06/1.

МЕДИАЦИЯ В АРБИТРАЖЕ: НАЧАЛО ПУТИ

Фатима Якупбаева¹

С момента вступления в действие Закона Кыргызской Республики «О медиации» от 28 июля 2017 года №161 (далее - Закона о медиации) прошло три года.

За это время сделаны первые шаги к формированию практики медиации в Кыргызстане. Год от года наблюдается процесс развития этого правового института. Открыты кабинеты медиаторов в судах первой инстанции, растёт количество медиаторов (более 400 человек² по состоянию на 2019 год), всё больше частных консалтинговых компаний предлагают услугу медиации для своих клиентов.

Не исключением стал и Международный Третейский суд при Торгово-промышленной палате КР.

Решением Наблюдательного совета МТС ТПП от 12 октября 2018 года был утверждён Регламент проведения медиации³, которые устанавливает основные правила для мирного урегулирования споров медиаторами МТС ТПП.

¹ Заместитель председателя МТС ТПП по медиации, адвокат, медиатор, арбитр, e-mail: fatima.yakupbaeva@gmail.com

² Заявление медиатора Алмаза Акматалиева во время встречи, состоявшейся 6 марта 2019 г. Источник: <https://danaker.org/ru/2019/mediatsiya-v-kyrgyzstane-vozmozhnosti-i-barery/>

³ Доступен для ознакомления на сайте МТС ТПП - http://www.arbitr.kg/web/index.php?act=view_material&id=134

По состоянию на 10 августа 2021 года количество медиаторов МТС ТПП составляет 18 человек, из которых 8 местных медиаторов и 10 международных¹.

Но, несмотря на положительную динамику, темпы развития медиации, как в стране, так и конкретно в МТС ТПП, пока практика не полномасштабна и об активном её развитии делать выводы рано.

Практика применения процедуры медиации в МТС ТПП показывает, что зачастую информационные встречи (первый этап медиации) охватывают вопросы разъяснения условий и принципов проведения медиации. Сторонам предлагают выбрать медиатора и заключить договор о применении медиации.

Информационной встрече предшествуют следующие шаги:

1. подача заявления на имя председателя и уплата регистрационного сбора;
2. отправка секретарём МТС ТПП приглашения на информационную встречу.

Затем, после подписания договора о применении медиации, утверждения кандидатуры медиатора, уплаты медиативного сбора, начинается проведение медиативных сессий. Завершением медиации становится подписание сторонами медиативного соглашения.

Из четырёх проведённых процедур медиации в МТС ТПП в период с 2019 по июль 2021 года только одно дело закончилось прохождением всех этапов медиации и завершилось подписанием медиативного соглашения.

По этому кейсу сторонами медиации выступали сразу несколько сторон: заёмщик, займодавец и поручитель. Переговоры между сторонами продолжались четыре месяца.

¹ Список медиаторов размещён на сайте МТС ТПП - http://www.arbitr.kg/web/index.php?act=view_material&id=136

Все стороны были согласны на проведение медиации, однако затруднения возникали при окончательном согласовании условий исполнения договора займа. Займодавец несколько раз после переговоров изменял график и суммы погашения задолженности, тем самым создавая почву для сомнений заёмщика, что переговоры проходят успешно. В какой-то момент медиатором было предложено взять перерыв на несколько недель.

Впоследствии, переговорив отдельно несколько раз с займодавцем об имеющемся беспокойстве, медиация была продолжена. И в конце концов успешно завершена подписанием медиативного соглашения.

Рассматривая стороны и предмет всех вышеуказанных четырех споров, переданных для проведения процедур медиации в МТС ТПП, можно заключить следующее.

Во всех четырёх случаях сторонами выступали только физические лица, граждане Кыргызской Республики. Иностранные лица или юридические лица ещё не были участниками процедур медиации в МТС ТПП.

Обращения заинтересованных сторон в МТС ТПП во всех случаях поступали извне: заявители обращались напрямую с заявлениями на имя председателя МТС ТПП, со ссылкой, что узнали о такой услуге от знакомых. Стороны арбитража не обращались к процедуре медиации или возможности применения гибридной модели «арбитраж&медиация». Подобные случаи не зафиксированы.

Предмет четырёх споров заключался в исполнении договорных обязательств: выплате задолженности, компенсаций, разделе имущества в натуральном выражении.

Сроки проведения всех медиаций сводились, в среднем, к трём месяцам.

Аппарат МТС ТПП консультирует обращающиеся стороны по вопросам условий проведения медиации, количество та-

ких консультаций значительно превышает количество проведённых медиаций.

Для большей доступности об условиях проведения медиации был разработан Телеграм-бот, который в формате «вопрос-ответ» отвечает на распространённые вопросы о медиации и арбитраже¹.

Согласно Регламенту о проведении медиации, заинтересованная сторона вправе подать заявление на имя председателя о своём намерении разрешить конкретный спор в стенах МТС ТПП посредством медиации. Затем другой стороне секретарь МТС ТПП направляет предложение-приглашение на информационную встречу.

В случаях, когда другая сторона соглашается на информационную встречу, председатель или заместитель председателя назначает дату и время совместной встречи, на которой разъясняет об условиях и этапах проведения медиации.

В приглашении от МТС ТПП обязательно описывается суть обращения, статус медиации и предложения к действию: выбрать медиатора, подготовить свою позицию и т. д.

Все приглашения на информационную встречу направляются ценными письмами с почтовыми уведомлениями.

После информационной ознакомительной встречи медиатор организывает медиативные сессии, которые могут быть совместные или индивидуальные.

Затем выслушивает их заявления: как каждый из участников спора видит конфликт. Формулируются вопросы, которые стороны готовы обсуждать совместно. Затем медиатор выявляет интересы сторон. Участники или медиатор предлагают возможные решения, которые оцениваются на реалистичность и соответствие интересам каждого из них.

В результате может быть заключено медиативное соглашение, которое фиксирует достигнутые договорённости.

¹ Ссылка на бот - https://t.me/arbitrkg_bot

После проведения процедуры медиации обычно стороны подписывают медиативное соглашение, в котором отражают суть своего решения по урегулированию спора, допустим, возврат или продажа имущества, выплата задолженности по согласованному графику, совершение определённых действий и т. д. Медиативное соглашение можно заверить у нотариуса.

Если медиация была в процессе третейского разбирательства, то стороны заключают медиативное соглашение, а арбитр утверждает это определением о мировом соглашении.

Правовой статус медиативного соглашения:

- прямо предусмотрен Законом о медиации;
- обладает всеми признаками правовой сделки;
- в случае неисполнения условий медиативного соглашения, исполнение может быть совершено принудительно посредством приказного производства (выдаётся судебный приказ).

Рассуждая об активности развития и применения медиации, первое, что явно бросается в глаза - это невысокая информированность об этой примирительной процедуре.

И это не только из-за схожей ассоциации со словом «медитация», но и ещё во многом из-за небольшой успешной практики разрешения споров именно посредством медиации.

Беседы с предпринимателями на тему приемлемости медиации в экономических спорах зачастую сводятся к неуверенности сторон спора в эффективности этой процедуры.

Однако расспрашивая про причины этой неуверенности, раскрываются аспекты невысокого уровня правовой культуры, отсутствие традиций по ведению переговоров, но самое главное - это не владение информацией об институте медиации и его возможностях.

Таким образом, учитывая уровень осведомлённости, на данном этапе ключевую роль играет информационно-про-

светительская деятельность. Причём необходимо просвещение как широких слоев населения, так и юридического сообщества как провайдера юридических услуг. Нужно, чтобы юристы предлагали максимально широкий спектр способов урегулирования возникающих конфликтов, помогая на основе информированности сделать выбор, отвечающий интересам клиента.

Сам закон о медиации не считает деятельность медиатора предпринимательской деятельностью, отсутствует какой-либо специальный налоговый режим для деятельности медиатора. Лица, осуществляющие деятельность медиаторов, также вправе осуществлять любую иную не запрещённую законодательством Кыргызской Республики деятельность.

Так, многие медиаторы МТС ТПП являются практикующими юристами, адвокатами и арбитрами МТС ТПП и других международных третейских судов.

Согласно Закону о медиации и Регламенту о проведении медиации в МТС ТПП, медиатором может быть гражданин, достигший 25-летнего возраста, имеющий высшее образование, получившее свидетельство медиатора.

Обобщая первые шаги МТС ТПП в развитии медиации в Кыргызстане, можно заверить, что правовые механизмы использования медиации сегодня уже существуют. Востребованность процедуры напрямую зависит от популярности института медиации, от успешности преодоления стереотипов, мешающих использовать этот метод разрешения спора.

Мы рассчитываем, что стороны, хотя бы раз участвовавшие в процедуре медиации не только в стенах МТС ТПП, но и в других организациях, в будущем при возникновении конфликтов вспомнят и, возможно, обратятся в первую очередь именно к этому способу урегулирования.

Мы надеемся, что уже близки к моменту, когда развитие медиации в Кыргызстане начнёт происходить более интенсивно.

ИНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЯ АРБИТРАЖА В КЫРГЫЗСТАНЕ

Калыгул Салиев¹

Как известно, одним из концептуальных направлений судебно-правовой реформы в Кыргызской Республике является развитие альтернативных способов разрешения споров. Как показывает мировая практика, среди таких способов арбитраж проявляет себя как один из самых действенных и эффективных. Отсутствие государственной пошлины, возможность выбора арбитра, принцип добровольности, окончательность решений и другие преимущества третейского суда способствуют доступности и оптимальности этого метода, а также повышают доверие населения. В то же время увеличение обращений в третейские институты, соответственно, уменьшает нагрузку на судебную систему государства. А уменьшение нагрузки на государственную судебную систему означает повышение качества отправления правосудия, экономию бюджетных денег. Самым главным преимуществом данного фактора является то, что, соответственно, уменьшается уровень недоверия и недовольства деятельностью судей.

Несмотря на то, что с начала формирования третейского арбитража в Кыргызстане прошло почти два десятка лет, обычные граждане и юридические лица в Кыргызстане всё ещё недостаточно осведомлены о преимуществах третейского суда и существовании возможности воспользоваться

¹ Арбитр МТС ТПП, судья в отставке, адвокат, e-mail:kalygul1881@gmail.com

правом на рассмотрение дела третейским судом. При вступлении в правовые отношения им никто не разъясняет о праве заключить третейское соглашение или третейскую оговорку в договоре. Кроме того, в судах не разъясняется право передачи споров на разрешение третейскому суду. Больше информированы представители бизнеса, банки и другие субъекты, более обеспеченные квалифицированной, но дорогой юридической помощью.

В этой связи и с целью институционализации арбитража в Кыргызстане необходимо решить данный вопрос на законодательном уровне с внесением изменений в гражданское законодательство. Это могут быть нормы, обязывающие нотариусов, регистраторов сделок и других уполномоченных лиц разъяснять права сторон включить третейскую оговорку в заключаемый между ними договор. Упоминание права на третейские оговорки при заключении многих видов договоров независимо от их сторон, цены и предмета, если они подведомственны третейскому суду, имеет важное значение.

Также необходимо предусмотреть изменения в процессуальном законодательстве, согласно которым адвокаты, судьи и другие профессиональные участники процесса были бы обязаны разъяснять права сторон передать спор на разрешение третейского суда, особенности и преимущества третейского разбирательства.

Кроме того, необходимо проведение сравнительного анализа деятельности третейских судов и судов общей юрисдикции, социальные исследования на предмет удовлетворенности участников и всех бенефициаров обеих систем разрешения споров. Особенно эффективными стали бы успешные истории рассмотрения третейских судов, когда их решения не обжалуются и исполняются добровольно сторонами спора за довольно короткое время без допущения волокиты.

На основе вышеописанного изучения, сбора и систематизации важной информации встанет необходимость обширного информирования общественности о деятельности и преимуществах третейского арбитража через средства массовой информации, социальные сети, общественные объединения, бизнес ассоциации и с использованием других методов и донорских средств.

Особое значение имеют подготовка молодых юридических кадров, систематическая переподготовка и повышение квалификации профессорско-преподавательского состава вузов. Внедрение в учебные программы высших учебных заведений, привлечение в качестве преподавателей третейских арбитров, сочетание теории с практикой с прохождением стажировки студентов в МТС ТПП и т. д. Будущие юристы могли бы познавать азы третейского разбирательства со студенческой скамьи, и потом в своей профессиональной деятельности могли бы стать болельщиками данного способа разрешения споров.

Другой важный вектор развития третейского арбитража – это распространение деятельности третейского суда в регионах Кыргызстана. Так как большинство квалифицированных арбитров сосредоточены в столице и, безусловно, они становятся труднодоступными для представителей регионов. Большинство населения областей не осведомлено о праве на обращение к третейским арбитрам, даже не имеет понятия о существовании такого института. Реальное развитие института третейского арбитража невозможно без его территориального расширения. В этой связи для начала надо открыть представительство МТС ТПП в г. Оше, набрать местных арбитров для распространения информации о третейском суде и обслуживания южных областей Кыргызстана.

Цифровизация деятельности третейского суда занимает особое место в его институциональном развитии, соот-

ветствуя вызовам современности. Данный фактор может включить в себя: онлайн-подача заявлений, онлайн-вызовы и все виды коммуникаций со сторонами, удалённое участие в рассмотрении споров, автоматизированная отправка запросов и получение ответов от государственных органов через Систему межведомственного электронного взаимодействия «Тундук» и др.

Институционализация арбитража в Кыргызстане, также как и любого другого способа альтернативного разрешения споров, требует времени, усилий, имеет свои особенности и сложности. Для реального развития требуется системный и комплексный подход, утверждение дорожной карты, охватывающей конкретные и последовательные действия, пути достижения ожидаемых результатов и решения задач.

A 'Golden Age' Of International Commercial Arbitration in Central Asia: *QUO VADIS*¹, *KYRGYZSTAN*?

Mr. Elijah Putilin, FCIArb²

I. Introduction

1. International commercial arbitration has become and remains to be a (if not the) preferred mechanism to resolve cross-border disputes.³ Recognizing the revenue potential of this field⁴, jurisdictions across the globe

¹ Latin: *Where are you marching?*

² Founder and principal of Putilin Dispute Management (PDM). Mr Putilin is also an Adjunct Professor of International Dispute Resolution at several universities in Central and Southeast Asia. He represented and advised clients in over a hundred cases before SCAI, SCC, LCIA, ICC, ICDR and ICAC (Russia) tribunals, foreign and domestic courts of all levels, including the RF Supreme Courts, and international trade tribunals. Mr Putilin is the Member of the Tashkent International Arbitration Center's Court of Arbitration and regularly sits as an arbitrator in *ad hoc* and institutional proceedings.

E-mail: elijah@putilin.law

³ See e.g. QMUL-White&Case LLP Survey, 2021 International Arbitration Survey: Adapting Arbitration To a Changing World. Available at: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf (accessed on 9 July 2021).

⁴ See e.g. A Study of International Commercial Arbitration in the Commonwealth (... *the use of arbitration and conduct of arbitration-related activities could contribute to the growth of a jurisdiction's economy. Arbitration activity could contribute to a country's economy in several ways including generating income for arbitrators, counsel and all personnel involved in the arbitration; generating associated tourism income such as hotel, transportation, and meal expenses and raising the political profile and reputation of the jurisdiction on the international scene. A study carried out in Toronto, Canada, estimated the total impact of arbitration on the economy of the City of Toronto to be Can\$256.3 million in 2012 and Can\$273.3 million in 2013.*). Available at: https://thecommonwealth.org/sites/default/files/key_reform_pdfs/A%2BStudy%2Bof%2BInternational%2BCommercial%2BArbitration_PD-F_-compressed.pdf (accessed on 9 July 2021).

have engaged in a “*regulatory competition*”¹ striving to achieve a coveted status of a ‘safe seat’² and/or the hub for international commercial arbitration.

2. Although this claim may not hold true in its entirety for all Central Asian jurisdictions³, recent initiatives⁴ implemented by countries of the region suggest that we are living a ‘golden age’ of international commercial arbitration in Central Asia.
3. This article focuses on Kyrgyzstan and looks through the prism of the CIArb London Centenary Principles (‘Principles’) at the state of play and steps the Republic is taking to develop an arbitration-friendly climate.

II. The Principles

4. Celebrating its centenary, the Chartered Institute of Arbitrators devised a set of principles for “*for an effective and efficient*

¹ Elizabeth MacArthur, *Regulatory Competition and the Growth of International Arbitration in Singapore*, 2018 23 *Appeal: Review of Current Law and Law Reform* 165, 2018 CanLIIDocs 20.

² Available at: <https://www.ciarb.org/media/4357/london-centenary-principles.pdf> (accessed on 9 July 2021).

³ For the purposes of this article Central Asian jurisdictions are: Kazakhstan; Kyrgyzstan; Tajikistan; Turkmenistan and Uzbekistan.

⁴ To name but few: **Kazakhstan**. While two years ago Kazakhstan amended its national arbitration legislation to bring it line with the UNCITRAL Model Law, this jurisdiction has implemented a more radical initiative to win the regulatory race and its share of a global arbitration market. I refer to the establishment of the Astana International Financial Centre (‘AIFC’) in 2018. AIFC is a common law ‘enclave’ inspired by the success of the Dubai International Financial Centre, that, in the context of arbitration, can be seen a ‘seat within a seat’. **Uzbekistan**. On 5 November 2018, the President of Uzbekistan issued a decree establishing the Tashkent International Arbitration Centre to promote the use of alternative dispute resolution mechanisms in the Republic (‘TIAC Presidential Decree’). Further, in February 2021, the President signed Law No. Q’RQ-674 “On International Arbitration” dated 11 September 2020 (‘Uzbek Arbitration Act’).

seat in international arbitration”¹ (a so-called ‘safe seat’).² The Principles provide that a safe seat must have:

- “... **Law** A clear effective, modern International Arbitration law...”;
- “... **Judiciary** An independent Judiciary, competent, efficient, with expertise in International Commercial Arbitration...”;
- “... **Legal expertise** An independent competent legal profession with expertise in International Arbitration...”;
- “... **Education** An implemented commitment to the education...”;
- “...**Right of Representation** A clear right for parties to be represented at arbitration by... representatives... of their choice...”;
- “... **Accessibility and Safety** Easy accessibility to the Seat... adequate safety and protection of the participants, their documentation and information”;
- “... **Facilities** Functional facilities for the provision of services of International Arbitration...”;
- “... **Ethics** Professional and other norms which embrace a diversity of legal and cultural traditions...”;
- “... **Enforceability** Adherence to international treaties and agreements governing and impacting the ready recognition and enforcement of foreign arbitration agreements, orders and awards made at the Seat in other countries”;
- “... **Immunity** A clear right to arbitrator immunity...”.

5. Of course, the Principles are not binding, in any way. However, they reflect a consensus the international arbitration community

¹ *Supra* note 2, p. 220.

² On the notion of the ‘seat of arbitration’ and its importance see e.g. Chapter 14: Selection of Arbitral Seat in International Arbitration’, in Gary B. Born, *International Commercial Arbitration (Third Edition)*, 3rd edition (Kluwer Law International 2021) pp. 2205 – 2282.

reached on what a preferable arbitral seat shall provide. As such, the Principles are a perfect litmus test for assessment of the Kyrgyzstan's developments in arbitration.

III. Kyrgyzstan On The Arbitration Map

1. **Law.** The arbitration procedure in Kyrgyzstan is governed by Law No. 135 'On Arbitration Tribunals in the Kyrgyz Republic' dated 30 July 2002 ('KR Arbitration Act')¹ that is largely based on the United Nations Commission on International Trade Law ('UNCITRAL') Model Law 'On International Commercial Arbitration' ('UNCITRAL Model Law').
2. Unfortunately, KR Arbitration Act does depart from the UNCITRAL-recommended text on some quite important issues (e.g. requirements for the validity of the arbitration agreement and post-award remedies,² to name but few). While KR Arbitration Act seems to serve its purpose, it may, nonetheless, be advisable to adopt the 2006 UNCITRAL Model Law *in toto*.³ That way, Kyrgyz courts, that seem to have limited expertise in arbitration-related matters, be able to draw inspiration from jurisprudence

¹ As a former-USSR jurisdiction, Kyrgyzstan inherited a dual regulatory system: arbitration act and national codices of procedure.

² KR Arbitration Act does not provide for a 'set-aside' procedure. While the absence of a 'set-aside' procedure may seem to be a 'unique selling point' of this jurisdiction, the practice of other jurisdictions shows that this 'innovation' may in fact may drive high-value international and domestic cases away.

³ However, a more progressive move would be to take the 2006 UNCITRAL Model Law merely as a starting point in the drafting process: arguably, this instrument has become outdated and does not accommodate the arbitration realities. On that point see e.g. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/05/24/are-we-beyond-the-model-law-or-is-it-time-for-a-new-one/> (accessed 9 July 2021). This was the approach Uzbekistan took: Uzbek Arbitration Act follows the text of 2006 UNCITRAL Model Law almost verbatim and when it does not – introduces some quite progressive provisions.

of their more experienced colleagues based in more than 100 jurisdictions.¹

3. **Judiciary.** A description of the post-USSR's Judiciary as the bane of legal system would not surprise to anyone who has ever had the 'pleasure' to appear before an ex-Soviet court. Yet, the belief that the Judiciary is totally incompetent and corrupt seems now to have become the relic of the past, rather than an accurate portrayal of the reality.²
4. Being in its infancy³, the Judiciary does not have much to demonstrate in terms of experience, be it general, or arbitration specific. However, what the Judiciary has shown is the understanding of prevailing problems and a genuine desire to address them. A successful implementation of various international programs, *inter alia*, to "[e]ncourage a learning approach within the Judiciary" and improvement of "*justice sector capacities*" serves the best testament to this.⁴
5. Of a particular note, for the purpose of our analysis, are the courses regularly organized by the International Court of Arbitration in Affiliation with the Chamber of Commerce and Industry of the Kyrgyz Republic ('ICA CCI KR') to educate the Judiciary on the arbitration processes and procedures.
6. **Legal expertise.** Kyrgyzstan has succeeded in building a small, yet very vibrant community of arbitration

¹ See https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status (accessed 9 July 2021).

² In my opinion, standalone cases of alleged corruption shall not cast the shadow on the entire judicial corpus.

³ Compare a 30-year history of the Judiciary in Kyrgyzstan with centuries of experience of their English colleagues.

⁴ See <https://www.usaid.gov/kyrgyz-republic/fact-sheets/trusted-judiciary> (accessed 9 July 2021). See also <https://www.idlo.int/what-we-do/initiatives/reforming-kyrgyzstans-judiciary> (accessed 9 July 2021) and https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=03_Central_asia (accessed 9 July 2021).

practitioners. While the practice of most focuses on domestic cases, some lawyers have built a truly international profile, including our esteemed editor Prof. Natalia Alenkina who, among her many achievements, has been recently re-elected to the International Chamber of Commerce (ICC) International Court of Arbitration.¹

7. **Education.** Cognizant of the need to widen and deepen the pool of competent counsel and arbitrators, Kyrgyzstan is investing in education of the legal talent. Indeed, in many respects, the Republic is at the forefront of education in alternative dispute resolution. For example, for many years, leading law schools in the Republic have been running programs on international commercial and investment arbitration, which I had the pleasure to be involved in.²
8. Further, in 2019, the 'Young Group' of International Council for Commercial Arbitration³ organized the first-in-the-region⁴ skills training workshop on drafting arbitration clauses and careers in international arbitration.⁵ Last but not the least, since 2020, Kyrgyzstan has become the home to 'BISHKEK ARBITRATION DAYS' an annual international conference on dispute resolution where leading experts from around the world debate contemporary issues of arbitration theory and practice.⁶
9. **Right of representation.** According to KR Arbitration Act, the parties have the right to be represented in the

¹ According to the QMUL-White&Case LLP Survey, ICC is the most preferred institution in the world. See *supra* note 3, p. 219.

² To wit, I delivered two bespoke courses on 'International Commercial Arbitration' for graduate and undergraduate students at the American University of Central Asia (AUCA).

³ See <https://www.arbitration-icca.org/> (accessed on 9 July 2021).

⁴ To the best of my knowledge.

⁵ See https://www.auca.kg/en/auca_news/3753/ (accessed on 9 July 2021).

⁶ Recordings of the event are available on PDM's YouTube channel: <https://www.youtube.com/channel/UCubc7PToVRQndKPEtX-hANQ/featured>.

proceedings.¹ However, in comparison to the arbitration laws of other jurisdictions,² KR Arbitration Act is silent on the scope of such right: unfortunately, it leaves the question of *who* can be a representative unanswered.³

10. Following the maxim '*ubi jus incertum, ibi nullum*,'⁴ one may conclude that the parties to Kyrgyzstan-seated arbitrations must be represented by a local counsel⁵ and do not enjoy the freedom to choose any representative, including a foreign qualified lawyer. This conclusion would be wrong, I reckon.
11. Looking at KR Civil Procedure Code that allows any authorized representative to appear before Kyrgyz courts⁶, and applying the Code by analogy⁷, I believe that KR Arbitration Act does not limit the parties' autonomy to authorize any representative in Kyrgyzstan-seated arbitrations. Only practice and time will tell whether I am right or wrong, but if Kyrgyzstan wants to be recognized

¹ Art. 24.

² For example, Art. 38 of Uzbek Arbitration Act explicitly provides that a party to Uzbekistan-seated arbitration can appoint any representative, including a foreign citizen.

³ The drafters of the ICA CCI KR Rules seem to have recognized this legal lacuna. Art. 34.1 of the Rules reads:

The parties may present their cases in the ICA CCI and in the process of arbitration directly or through duly authorized representatives appointed by the parties at their discretion, including those appointed from among foreign citizens and organizations.

Yet, the question of whether the Rules can 'clarify' KR Arbitration Act's provisions on representation is debatable.

⁴ Latin: Where the law is uncertain, there is no law.

⁵ For example, until very recently, only counsel admitted to the Californian Bar were allowed to appear in California-seated arbitrations. See e.g. <https://business.musickeeler.com/california-legislature-clarifies-the-rules-for-non-california-counsel-to-participate-in-international-arbitration-seated-in-california/> (accessed on 9 July 2021).

⁶ Art. 59.

⁷ Although, *stricto sensu*, such application would be incorrect.

a ‘safe seat’ it is advisable to fill this, and other regulatory lacunae discussed in the article as a matter of priority.

12. Accessibility and safety. Although COVID-19 pandemics has changed the equation, Kyrgyzstan is, in principle, easily accessible by parties, witnesses and counsel in international arbitration. The adoption of an e-docket and an online hearing solution by ICA CCI KR further offsets (to a certain degree¹) the absence of a so-called ‘fly-in-fly-out allowance scheme’ implemented in some jurisdictions² or a simplified visa issuance procedure.³ As far as the security and safety is concerned, even amidst periodic political turmoil, this jurisdiction, arguably, provides “*adequate safety and protection of the participants, their documentation and information*”.⁴

13. Facilities. ICA CCI KR is one of the busiest, if not the busiest arbitral institutions in the region. According to statistics, this institution has administered well over a 1000 domestic and international arbitration cases to date.⁵ This number not only shows the trust the Court commands among national and foreign parties, but also evidences the Secretariat’s administration experience.

14. As far as the hearing facilities and auxiliary services are concerned, there is still a long road ahead: (a) there is no

¹ In some jurisdictions ‘a right to an oral hearing’ may translate into the ‘right to a physical hearing’, a situation in Kyrgyzstan requires a standalone article to cover. See <https://www.arbitration-icca.org/right-physical-hearing-project-release-20-new-reports-reinforces-core-trends-and-important> (accessed on 9 July 2021).

² See e.g. <https://www.aiac.world/news/132/Exemption-for-arbitration-from-the-%E2%80%9Cfly-in-fly-out%E2%80%9D-prohibition> (accessed on 9 July 2021).

³ `See e.g. <https://thac.or.th/what-is-a-smart-visa-are-arbitrators-eligible-to-apply-for-one/> (accessed on 9 July 2021). According to the Presidential Decree, a requirement to obtain work permit has been abolished for foreign arbitrators sitting in TIAC-administered cases and visa issuance procedure has been substantially simplified.

⁴ See CI Arb London Centenary Principles *supra* note 2, p. 220.

⁵ http://www.arbitr.kg/web/index.php?act=view_material&id=95 (accessed on 9 July 2021).

dedicated hearing centre¹ and most hotels are not suited to oral hearings even of medium complexity; (b) it may also be difficult (if not impossible) to find a competent interpreter or court reporter within the jurisdiction.

15. Ethics. Members of the Kyrgyz Bar ('advocates') are bound by the Code of Professional Ethics², however: (a) the Code does not have any arbitration-specific provisions;³ and, in any event, (b) its application is not extended to foreign counsel and arbitrators.

16. Enforceability. Kyrgyzstan has ratified the Convention "On Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards" dated 10 June 1958 ('New York Convention') and both KR Arbitration Act and the Civil Procedure Code provide grounds for refusal of enforcement and recognition of foreign awards similar to that in Art. V of the New York Convention. Yet, the approach of Kyrgyz courts to issues of enforceability remains to be manifested⁴ as "*there is no extensive court practice on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards in [Kyrgyzstan]*".⁵

¹ See e.g. <https://www.sihc.se/> (accessed on 13 July 2021) or <https://www.idrc.co.uk/> (accessed on 13 July 2021), or <https://www.maxwellchambers.com/> (accessed on 13 July 2021).

² <http://advokatura.kg/komissiya-po-etike/kodeks-professionalnoy-etiki-advokatov-kr> (accessed on 9 July 2021).

³ See e.g. Art. 4.5 of the Code of Conduct for European Lawyers https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_CoC/EN_DEON_CoC.pdf (accessed on 13 July 2021).

⁴ In comparison to Kyrgyz Judiciary, Uzbek courts seem to have had greater exposure to enforcement matters. To wit, according to one study, in 2015-2017, Uzbek courts have considered 26 applications for recognition and enforcement of foreign awards: the recognition and enforcement was refused in 2 cases only. See Rustam Akramov, Islambek Rustambekov, et al., '4.13 Uzbekistan: Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards', in Roman Zykov (ed) *infra* note 41. p. 506.

⁵ Nurbek Sabirov, '4.7 Kyrgyzstan: Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards', in Roman Zykov (ed), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Russia and Former USSR States*, (Kluwer Law International 2021) p. 417 – 423.

- 17. Immunity.** It is universally accepted that those involved in administration of justice shall enjoy certain privileges and immunities (e.g. immunity from a suit for damages for a judicial act). as a safeguard to their independence.¹ The question of whether (and, if so, to what extent) such immunities shall be granted to arbitrators has not been settled yet: some jurisdictions accord certain immunities to arbitrators; other – do not.
18. Nonetheless, the Principles recognize that an arbitration law of a preferred seat for arbitrators shall provide for arbitrators' immunity; only then arbitrators may perform their functions properly, having no fear of retaliatory action by a party that lost.²
19. Unfortunately, KR Arbitration Act does not grant arbitrators immunity from legal action.³ Considering the political situation in the country and the fact that high-value regional disputes often involve State-owned enterprises, very few (if any) foreign arbitrators would determine Kyrgyzstan as the seat of arbitration⁴ or accept the appointment in this regulatory framework.⁵

IV. Conclusion

¹ See e.g. <https://www.unodc.org/dohadeclaration/en/news/2019/08/judicial-immunity-protects-judges-and-society-at-large.html>.

² See e.g. <https://globalarbitrationreview.com/bribery-and-corruption/arbitrators-jailed-in-peru-amid-odebrecht-corruption-scandal> (accessed on 9 July 2021).

³ However, according to Art. 19(2) of KR Arbitration Act, an arbitrator cannot be called as a witness to testify on any matter he or she became aware of in the course of arbitral proceedings.

⁴ In the absence of the parties' agreement on the seat of arbitral proceedings.

⁵ Unlike the Kyrgyz legislator, the drafters of Uzbek Arbitration Act were cognizant that arbitrators should be accorded certain immunities ensuring the independence of their judgement. Art. 6 of Uzbek Arbitration Act provides that arbitrators shall enjoy immunity from liability for all acts or omissions in relation to the arbitral proceedings, unless such acts or omissions were intentional. Further, similar to KR Arbitration Act, Uzbek Arbitration Act provides that an arbitrator cannot be called as a witness in any judicial or other proceedings arising out of the arbitration. Notably, under Uzbek Arbitration Act all these immunities are extended to experts appointed by the arbitral tribunal, arbitral institutions, and their employees.

1. *Quo vadis, Kyrgyzstan?* To say that the Republic marches towards becoming the hub of international arbitration in Central Asian region would be overly optimistic, but Kyrgyzstan does undeniably make the right steps in this direction. In comparison to some Central Asian states, the Republic seems to be lagging behind in the regulatory race, there is no need to expedite.
2. The development of the arbitration framework must be evolutionary rather than *revolutionary*: the bitter experience of our common past has taught us that nothing good comes out of a revolution. Following the proposed evolutionary approach to regulation of arbitration a change is due only when all conditions are ripe. Considering the current state of arbitration in the Republic, it is the high time to:

- internationalize KR Arbitration Act;

The least 'painful' way to do this would be to not abolish the law in its entirety or to attempt its revision, but to leave the Act almost untouched as the *lex arbitri* for domestic arbitrations, while adopting a new UNCITRAL Model Law-based legislation to govern international proceedings.

- modernize the way the Judiciary is educated on arbitration;

Though arbitration theory is important, this knowledge may easily disappear in the haste of the proceedings especially considering judges' caseload. As such, it is suggested conducting mock arbitration-related hearings (e.g. enforcement application) with the involvement of foreign judges and counsel.¹

- develop and implement a standard(s) of conduct for parties, counsel, arbitrators, and other participants in Kyrgyzstan-seated proceedings.

¹ For reasons obvious it may be inappropriate for local counsel to train Kyrgyz judges.

A resolution of ethical issues in arbitration is complicated by the fact that participants in arbitral proceedings often come from different backgrounds and multiple jurisdictions. As noted above, the Code of Professional Ethics binds Kyrgyz advocates only, when the opposing counsel may have different set of regulations to follow, and arbitrators or experts may be bound by none. However, “[t]he growth in size, range, and complexity of international arbitration raises the stakes for resolving ambiguities about professional conduct of all participants”.¹

3. I am quite certain that when/if these and other less vital initiatives are implemented, Kyrgyzstan will proudly enter the golden age of arbitration in Central Asia and even may be potent enough to lead the “*regulatory competition*”.

¹ Catherine A. Rogers, *Ethics in International Arbitration*, (OUP, 2014), p. 1.

ARBITRATION FOR IP AND IT

Begaim Kaibyldaeva¹

The current COVID-19 crisis has led to reduced court access worldwide given the very limited capacity for virtual hearings. As a result, litigants may increasingly look to alternative dispute resolution processes, including to resolve interlocutory disputes in existing court proceedings. This insight is a refresher on the virtues of ADR: flexibility, confidentiality, enforceability and skills specialization, particularly for intellectual property and technology disputes.

In arbitration, it is feasible for many procedural steps to take place virtually, from case conferences, to procedural motions. In addition, there is likely to be an increase in merits hearings that proceed virtually. Many institutional rules expressly or implicitly permit such procedures and provide for virtual hearings of urgent or expedited matters. Conducting virtual hearings can be cost effective and allow proceedings to progress during this pandemic. Parties, witnesses and experts will not have to travel to hearings, and issues can be disposed of irrespective of location of counsel or tribunal. The flexibility afforded by arbitration is particularly beneficial to the resolution of IP disputes, which may still need to proceed, even when the courts may not have the requisite capacity. Many tribunals have also offered assistance to parties in litigation, including in resolving procedural disputes while permitting the parties to return to court once they fully resume.

¹ CEO of the "Business Soft", Arbitrator of the ICA CCI, Mediator and Lawyer, e-mail: kbegaim@mail.ru

The information age, by which we mean sharp qualitative shifts in the process of creating and transmitting information, lies at the heart of the scientific and technological revolution. The further information systems develop, the more significant will be the changes associated with this development in the economy, social life and culture.

The study of these processes seems to be very important. Understand the place and role of modern IT in the development of human society, objectively assess their value and draw the right conclusions, because they can be used both for the good and to the detriment of society.

The result of the information age is the emergence of a new type of product on the markets. The most important feature of this new type of product is that it does not require significant costs for its reproduction. Commonly, its reproduction is easy at home. In a matter of minutes, it is able to rewrite a CD bought by a neighbor, and in a matter of seconds - the file you need from another computer. This is good for the consumer. But is it good for society as a whole? Will this not be a brake on the development of new technologies? How to protect the public interest without harming the consumer?

There is a high probability that the unwise use of information advances can lead to serious negative consequences. And, therefore, the study of the problems of intellectual property protection is of great practical importance.

Large corporations, firms, government research institutions, various investigation centers, and individuals are involved in the development of IT. The creation of conditions that stimulate the development of new technologies is the task of every state that cares about its future. Therefore, the issues of patenting, copyright, licensing of information products are the subject of heated discussions both within individual countries and at the international level.

The issues of intellectual property protection in general and in the field of IT are not widely represented. To a greater extent, they have been worked out only from the point of view of legal science. Since IT is rapidly spreading around the world, and there is not enough experience in the protection of intellectual property rights, any research in this area will be useful.

With the increasing commercial use of the Internet, the number of copyright infringement cases has skyrocketed. The European Union has organized a DIPS¹ service, focused primarily on the needs of small and medium-sized enterprises and individual inventors.

In addition to the safeguarding and protection of industrial property, relations arising in connection with the creation and use of works of science, literature and arts, phonograms of performances, productions or cable broadcasting organizations are legally regulated.

A number of international agreements related to IP protection are in force in the world. These agreements include:

- Paris Convention for the Protection of Industrial Property, adopted in 1883 and entered into force on July 7, 1884. Its last edition was adopted in Stockholm in 1967.
- Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, adopted in 1886, last revised in 1971.
- International (Rome) Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, adopted in Rome in 1961, entered into force on May 18, 1964.
- Intellectual Property Agreement for Integrated Circuits, Washington, DC on May 26, 1989.

¹ <http://dipsinternational.com/services/ip-services/>

- OPI problems in the context of globalization of world trade are addressed by the WTO¹, which has developed framework rules in cooperation with WIPO² and other international organizations. They are fixed in TRIPS.

The agreement is one of the foundations of the world trading system. Article 7 notes that “the protection and enforcement of intellectual property rights should promote technological progress and transfer and diffusion of technologies to the mutual benefit of producers and users of technological knowledge, contributing to socio-economic well-being, and to achieving a balance of rights and obligations.”

TRIPS is currently the main international legal document on the basis of which legal regulation in the field of intellectual property is carried out.

The term “intellectual property” covers copyrights, related rights, trademarks, geographical indications, industrial designs, patents, topology (topography) of integrated circuits, proprietary information.

The agreement is based on existing international conventions and other agreements between the WTO member countries, therefore TRIPS contains rules of a reference character to the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, the International (Rome) Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms, etc. broadcasting organizations and the IP Agreement for Integrated Circuits.

According to paragraph 2 of Art. 9 TRIPS “Copyright protection should extend to specific incarnations, but not to ideas, procedures, working methods, or mathematical concepts as such.”

A special article is devoted to computer programs and data compilation:

¹ <https://www.wto.org>

² www.wipo.int

- Computer programs, both the original text and the object code, are protected as literary works in accordance with the Berne Convention.
- Compilations of data or other information in a machine-readable or other form which, by reason of selection or classification of their content, constitute the result of creative work, shall be protected.

Such protection, which does not extend to the data or information itself, does not affect the copyright that exists in the data or information itself.

The creation of high-level intellectual property on IT, developed on the basis of the corresponding intellectual products of individual entrepreneurs, is of particular importance in the 21st century. WIPO has shown that between 90% and 95% of all inventions in the world are contained in patent documents. In addition, the EPO disclosed that “patents show many solutions to technical problems and represent an inexhaustible source of information: more than 80% of human technical knowledge is described in the patent literature”. Patents are an important source for the process of creating intelligent technologies that companies can use to achieve their strategic goals. The patenting of algorithms and software in the field of computing is, in turn, the basis for the development and practical research of technologies for the formation of databases necessary for IT design and obtaining competitive intelligent systems and new information technologies for design. The analysis showed that there is a deeper penetration of new ideas and solutions into the technology and business strategies that these companies have for their patent portfolios. Therefore, leading international companies (especially in the United States, Japan, Great Britain, Canada, Germany, France, Italy, Holland, the Russian Federation, etc.) are focusing on creating an intelligent basis for IT development, on developing a flexible technology structure that takes into account the development and achievements in related fields; on the creation of software and hardware support for the

relevant industrial and information environment. Risky capital investments are required for the development and application of high technologies for at least 5–10 years, and during this process an objective need arises to protect intellectual property against industrial espionage and piracy. Practice shows that the best method of protection is the creation of intellectual property at all stages of development. For example, a new high-tech computer technology related to the design of the structure and architecture of a quantum computer. According to experts, the first industrial prototype of this type of computer is expected in about 35-50 years. In the case of success in solving this problem, one quantum computer with a memory of 1000 atoms will be sufficient to contain information known throughout the universe, and using quantum algorithms to process huge data files of information of about 21000 bits and solve computational problems that are unsolvable by classical methods: cryptography, super dense coding, factorization of integer data in secret coding, fast search in unstructured databases, robust reliable communications with quantum information transmission channels.

That complex computational problems cannot be solved on a classical personal computer, or their solution would be too expensive both computationally and commercially. For these reasons, the world leading companies and research institutes in the field of IT research pay great attention to the design and protection of IT.

Over the past 15-20 years, many corporations and leading universities have prepared specific proposals for the development and protection of IP. To reduce risk, special attention is now paid to the relationship between business programs, business plans and intellectual property as the basis of the respective programs.

Analysis of proposals and existing practical experience in the creation of intellectual property showed that the effectiveness of the process depends on the degree of development of the scientific and technical revolution in the problem-oriented area.

The path to IP protection essentially depends on the scientific and technical foundations developed in these business areas.

The existing mechanism of legal protection is insufficient to protect the interests of developers of high technologies, especially concepts such as mathematical algorithms, new types of modeling and computing, new structures of information systems. The problem arises because the development framework is used in many scientific disciplines, such as mathematics, physics, biophysics. Modern legal laws and forms of IP protection do not cover the calculus models in these concepts and do not provide precise recommendations for making decisions on these problems. The intensive development of high IT in advanced countries has led to the need to solve this problem.

In the context of the existing legislation in the world and the experience of its application, there are some peculiarities and difficulties in the process of formation and protection of intellectual property. The reason is the dynamic development of high-level technologies, due to which the evolutionary development of the relevant legislation is often outdated.

A patent is the highest form of intellectual property protection. However, in connection with the development of high IT, there is often some objective conflict between the formal definition of patentability and the really objective novelty of high-tech. This conflict is especially pronounced in determining the patentability of technologies focused on advanced scientific and technical achievements, in particular technologies using new concepts of the theory of computer science and artificial intelligence or new types of computing. The conflict was successfully resolved by the US Patent and Trademark Office¹, which provided a precise definition of the patentability of software and mathematical algorithms.

¹ <https://www.uspto.gov>

It becomes necessary to highlight the priority tasks, the performance of which will make it possible to make significant progress in achieving the set goals:

- protection of intellectual property rights for fundamental developments;
- improving the management of innovative business, primarily through technology parks;
- development of the missing legal toolkit to ensure competitiveness and prompt implementation of new domestic developments and occupy the most promising science-intensive production niches in the global division of labor.

Determining the special ways of personal development for IT, it is necessary not only to explore our own capabilities, but also to study the experience of our closest neighbors and the world community.

Determining the directions of activity, it is possible to focus on the own strengths, but also on cooperation with closest partners. Therefore, the following distribution of priorities for the development of innovative developments seems to be the most acceptable:

- aerospace technology;
- nuclear energy;
- power engineering;
- optoelectronic and laser technologies;
- math modeling;
- Materials Science;
- medicines;
- space technology;
- means of communication;
- nanotechnology;
- hydrogen energy, fuel cells.

IP protection issues arise in practically all areas of our activity. The value of intellectual property is increasing. In connection with the strengthening of the role of IP, governments and companies pay increased attention to the structuring and transfer of rights to IP objects to their partners.

Therefore, the market for services expanded to provide assistance in the protection and regulation of IP rights in trademarks and inventions, as well as in the field of IT, including legal due diligence, assistance in registration, structuring, transfer and licensing of exclusive rights to industrial property, as well as providing protection of copyrights, know-how and domain names.

It is possible to introduce new technologies into the real economy of enterprises and organizations, including abroad, on a legal basis, as well as to protect violated rights to them, only after securing these rights and their legal protection.

International arbitration is an increasingly popular method for the resolution of intellectual property disputes. This does not come as a surprise, considering the increasing importance of intellectual property to economic prosperity, international trade and commercial profits in today globalized and digitalized world.

Traditionally, IP disputes were mainly heard by national courts. This is because IP rights were historically linked to public policy and the exclusive jurisdiction of State courts, which led to a common misconception that IP disputes were not “arbitrable” and could only be resolved by national courts. The reality is, however, that today, most jurisdictions recognize IP disputes as arbitrable, with certain exceptions and limitations, like any other dispute where the parties can dispose of their private rights freely.

As part of its Tailored WIPO ADR Services, the WIPO Center provides dispute resolution advice and case administration services to help parties resolve disputes arising in the area of

information and communication technology (ICT), without the need for court litigation.

More than thirty per cent (30%) of arbitration and mediation cases filed with the WIPO Center relate to ICT. ICT is a commercial sector with close links to intellectual property. ICT disputes are multi-faceted and can have adverse effects on technology development, investment and consumer interests. Therefore it is important that they be managed and resolved in a cost- and time-efficient manner. A considered choice on dispute resolution can benefit parties involved in contractual, non-contractual or standards-related ICT disputes.

Examples of WIPO arbitrations in this area include:

- WIPO Arbitration of a Telecom Infrastructure Dispute;
- WIPO Arbitration of an IT/Telecom Dispute.

Intellectual property is a central component of today knowledge economy, and its efficient exploitation is of growing importance to successful business. However, disputes can interfere with IP rights, at times even sterilizing the basic assets of an enterprise.

While the careful drafting of contracts will reduce their frequency, disputes will at times arise. Therefore, it is essential that they be managed and resolved efficiently. In order to do so, parties must be familiar with their dispute resolution options.

Although an IP dispute can be resolved through court litigation, parties are, with increasing frequency, submitting disputes to mediation, arbitration or other alternative dispute resolution procedures.

Arbitration is appropriate for most IP disputes, and especially between parties from different jurisdictions.

Common features of IP disputes	Court litigation	Arbitration
International	Multiple proceedings under different laws, with risk of non homogeneous results Possibility of actual or perceived home court advantage of party that litigates in its own country	A single proceeding under the law determined by parties Arbitral procedure and nationality of arbitrator can be neutral to law, language and institutional culture of parties
Technical	Decision maker might not have relevant expertise, but expert advice can always be asked for	Parties can select arbitrator(s) with relevant expertise
Urgent	Procedures often drawn-out Injunctive relief available in certain jurisdictions	Arbitrator(s) and parties can shorten the procedure WIPO Arbitration may include provisional measures and does not preclude seeking court-ordered injunction
Require finality	Possibility of appeal	Limited appeal option
Confidential/trade secrets and risk to reputation	Public proceedings	Proceedings and award are confidential

Arbitration can empower the parties by enhancing their control over the dispute resolution process.

If well managed, arbitration can save time and money. In addition, its consensual nature often results in a less adversarial process, allowing the parties to begin, continue, or enhance profitable business relationships with each other.

ARB AND LEGAL TECH

Begaim Kaibyldaeva¹

Bekzod Vakhobov²

The purpose of this article is to familiarize with new trends, improvements, tools and challenges of the implementation of information technologies in the context of the formation and development of the legal society.

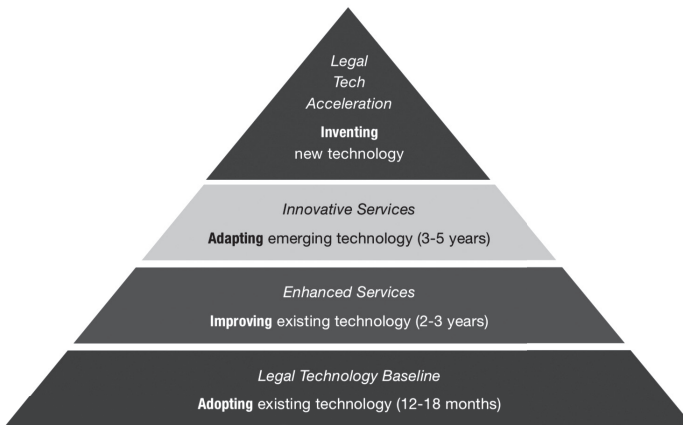
All over the world, Legal Tech is moving forward, but in many places the progress is slow, sporadic, fragmented and unevenly distributed. Legal Tech companies are building fantastic products, but practitioners are slow to adopt them. Technology is enabling new business models, but regulators are slow to respond with new regulatory frameworks. Many global legal organizations are pushing forward with advanced artificial intelligence solutions, while at the other end of the spectrum many smaller law firms are slow to adopt even the most basic technologies such as practice management software.

All around the world, an intractable access-to-justice problem remains, seemingly unaffected by promising technological solutions.

Technology drives change in the legal services sector and the justice system.

¹ CEO of the “Business Soft”, Arbitrator of the ICA CCI, Mediator and Lawyer, e-mail: kbegaim@mail.ru

² Chairman of the International Arbitration Court of Tashkent, Mediator, Lawyer and Attorney, e-mail: bvakhobov1412@mail.ru.



Vision of encouraging the adoption and improvement of technologies and, in the longer term, adapting emerging technologies and inventing new ones.

For example, in international arbitration, the use of IT can include email and other electronic communications between and among the parties, arbitrator or arbitrators, and administering body; storage of information for access by the parties and the tribunal using portable or fixed storage media; software and media used to present the respective cases in an electronic format, rather than a paper format; and hearing room technologies. When used – and especially when used effectively – IT can help the parties in international arbitration to save time and costs and to ensure that the arbitration is managed and conducted efficiently. On the other hand, if poorly managed, IT can increase time and costs, or – in the worst case – even result in unfair treatment of a party.

The key role of legal technology in arbitration is the ability to quickly grasp the essence of law and facts. This capability allows arbitrators to identify more reliable settlement approaches.

Legal Tech is used in arbitration to manage cases, such as understanding content, identifying patterns in disputes and signs of dishonesty. Advances in technology can be utilized by arbitration practitioners, parties and tribunal members to make international arbitrations more efficient, more cost-effective, more secure and more dynamic. Technology advances and changes are so rapidly and many arbitration practitioners find themselves unable to keep abreast of new technology or unsure as to whether and how such technology can be applied to their proceeding.

There is no doubt that technology is now a permanent feature of the legal sphere and currently operates in the field of arbitration, where immediate and affordable advice is always desirable by both arbitrators and clients.

For Legal Tech to develop further, it takes time to understand them and maximize their potential. Legal Tech speeds up the appraisal process and presents a low cost, which is very attractive for law firms, as it enables them to offer an advantageous value for money and attract more clients.

Law firms need to hire professionals who understand this, which in turn boils down to one of the main drivers of innovation - money. The availability of funding to support the legal sector in the use and development of information technology will determine the pace of progress in this area. As with any new technology, it will take time to master them.

Most legal organizations use Legal Tech in their workflows and aim to automate client registration and electronic billing processes, among others.

International arbitration affords parties the flexibility to use technology in a way that helps them meet these objectives taking into account the nature and complexity of the dispute. Parties who have arbitration clauses in their contracts or ultimately decide to proceed by way of arbitration would be well served in

the longer term to pause and think about how technology may be used in their arbitral proceedings.

And now everyone is wondering, could technology replace human arbitrators? This is a question that has not yet been answered. Perhaps, in the future, arbitration will look like an electronic disclosure system in which data can be easily accessed and automatically uploaded to the data processing network. In addition, computers lack the human factor of trust and confidentiality, which is important for lawyers. It looks like Legal Tech still has a long way to go to completely replace human arbitrators.

Technology continues to rapidly transform the practice of law, which is evident to all of us who suddenly find ourselves holding Zoom meetings from home. However, the ongoing integration of technology into the day-to-day dispute resolution framework is much more than endless Zoom meetings or even technology-assisted electronic search and verification software. Some of the innovations discussed below are of a downright transformational nature.

At the same time, advances in technology are raising concerns about ethics and confidentiality, prompting inevitable, but possibly justifiable, legislative scrutiny. Several noteworthy topics can provide insight into where we are, how far we have come and, most importantly, where we can go.

Technology is widely used in international arbitration, and the vast majority favor the use of technology for courtrooms, cloud storage, video conferencing, artificial intelligence and virtual hearing rooms.

As the pace of innovation has gone from a trickle to a steady deluge, this has also raised the quality and maturity of the discussion about technology and dispute resolution – we are well past the days of tongue-in-cheek futurist predictions of “robotlawyers.”

These days, the discussion is technical and high-level in nature - for example, does “on-chain” ADR built on blockchain platforms have practical advantages over traditional ADR when integrated into smart contracts, and if so, what types of smart contracts.

In a world that is experiencing one technological breakthrough after another, we are entering an exciting new era. Blockchain! And its potential arbitrage applications have been well documented by practitioners and early adopters. However, there is one exceptional feature in the blockchain that can be useful in investment arbitration.

Once upon a time in international arbitration, the concept of transparency was unfamiliar. However, recent regulations have popularized this concept, and the debate about the transparency of investment arbitration has hardly subsided. Investment arbitration has evolved from a highly confidential mechanism to a mechanism in which transparency is a key component of the legitimacy and reliability of the system.

Transparency, accessibility, openness and democratization are concepts that lie at the heart of the value of blockchain. Blockchain is more than just a platform that further enhances our ability to communicate. Blockchain is a technology that tackles the issue of trust between peers. So, could we use this enhanced form of technology in investment arbitration? Blockchain systems include a fully auditable and valid ledger of information. Entries into the ledger can only be made if they are validated by the system, and in order to change it, every single other blockchain in the system would also need to be changed. Therefore, the “trust mechanism” does not reside solely in a central authority, but in the members of the chain itself.

In the not too distant future, arbitrators should have the right to share the information prescribed by the UNCITRAL Transparency Rules directly to the blockchain system. Using this advanced form of technology, a protocol can be introduced to protect sensitive information under the Transparency Rules. Consequently, the

system will be automated in order to minimize the discretion of the arbitration court and increase the efficiency of the process.

Using the blockchain system to directly exchange information between arbitrators can mean that third parties and parties not involved in a dispute can more quickly learn about a given dispute. This could increase participation in the arbitration process at an earlier stage while it is ongoing; for example, as observers at oral hearings or as drafters of *amici curiae*.

With blockchain, a person wholly unconnected to the dispute, a third person requesting participating rights, and a non-disputing Party to the relevant investment treaty, are all entitled to the same level of access, encouraging a pre-award transparency in a low-cost and efficient manner.

We can also see the published draft rules for resolving disputes arising from new technologies such as crypto assets, cryptocurrencies, interactive contracts, distributed ledger technology and financial and technical applications. It is noteworthy that the draft rules provide for the integration of automatic dispute resolution processes into digital asset systems, known as “on chain” dispute resolution, giving the arbitrator, under certain circumstances, the ability to make decisions directly on the blockchain or within the system, compared to a hard copy.

Also there is a concept of artificial intelligence (AI) that is increasingly being used for predictive analytics - predicting the outcome of disputes. Unsurprisingly, such tools are very attractive to litigation investors, and some investors are placing a premium on technology to give them a competitive edge in risk modeling when evaluating their cases.

There are just two: the Legalist, who claims to use data from millions of court documents to help evaluate a case to fund litigation; and the Arbilex¹, which similarly uses artificial intelligence and predictive analytics to assess arbitration cases,

¹ www.arbilex.co

including the likely costs of a particular case as well as the likelihood of success. The increasing use of AI to predict the outcome of disputes raises interesting questions.

One is that the available litigation dataset is usually much larger than the arbitral award dataset. Since AI precision is directly related to the size and quality of the dataset, an interesting question arises as to whether litigation could gain a comparative advantage in the future, given the potentially greater predictability of dispute outcomes.

Arbitration institutions, such as the ICC¹, involved in work on this desired primary data; however, the sale of forecasting services to parties can create an unpleasant experience for organizations built on the basis of neutrality and impartiality.

However, market pressures may give impulse to institutions to seek their own decision data.

There has also been much innovation in online dispute resolution (ODR) platforms – no doubt boosted by the Pandemic. Perhaps none has garnered as much attention and discussion as Kleros, which uses blockchain technology to create a decentralized arbitration process that relies on crowdsourced adjudicatory expertise. Very reductively speaking, the Kleros process assigns jurors to cases, the jurors sign up online and are remunerated for their services, and incorporates a point system, inspired by the jury selection system in ancient Greece, and underpinned by game theory concepts. Jurors are rewarded for deciding cases “coherently,” creating financial incentives for correct adjudication. The result, conceptually, is a decentralized adjudication process where anyone can sign up to be a juror, but that nonetheless aims to arrive at correct decisions.

We are faced with modern reforms in all areas of life.

¹ iccwbo.org

The society adapts to the new reality in a variety of innovative ways, without jeopardizing the health of arbitrators, representatives of parties and staff of arbitration courts.

We must strive to maintain the effectiveness of the proceedings at all times and constantly seek new ways to help arbitrators and parties to achieve this goal.

With regard to Kyrgyzstan, the Online Arbitration Court is available to medium and small businesses. It is important for business not to miss this opportunity and learn how to use the arbitration mechanism for efficient and fair settlement of disputes.

In this case, a party in the arbitration proceedings can participate in the process from anywhere in the world.

Documentation in cases, in particular, correspondence, statements of the parties and annexes to them are uploaded to the Arbitration Cabinet. Training on the latest changes in the regulations in connection with the introduction of a new form of online arbitration and on the issues of formalizing the arbitration case was overpassed at the office of the International Court of Arbitration in affiliation with the Chamber of Commerce and Industry of the Kyrgyz Republic. A Round Table on digitalization of arbitration was also held between the Tashkent International Court of Arbitration and the International Court of Arbitration in affiliation with the Chamber of Commerce and Industry of the Kyrgyz Republic.

The Arbitration Cabinet allows to help the parties and representatives of the arbitration circles who are now in difficult conditions.

The use of the Arbitration Cabinet can greatly simplify management on time if most of the proceedings are to be coordinated and conducted online. This platform provides a reliable and secure environment.

The party initiating the online arbitration proceedings sends a statement of claim with attachments to the ICA CCI KR and to the

other party by placing these documents in electronic form in the Arbitration Cabinet.

In the process of online arbitration, all documents are provided by the parties only by posting them in the Arbitration Cabinet.

The ICA CCI KR gains access to all parties to the arbitration proceedings to the documents provided by the parties through the Arbitration Cabinet by assigning them with an access key.

During the period of online arbitration, the parties have the right to provide additional documents and explanations in writing through the Arbitration Cabinet.

The parties and representatives to the arbitration proceedings online get access to the Arbitration Cabinet through self-registration therein, in which a simple electronic signature key (login and password) is created, which is subsequently used for identification in the Arbitration Cabinet. A party can have several representatives, each of which has the own username and password. Each person performing actions in the Arbitration Cabinet on behalf of a party to the arbitration proceeding online using a login and password is personified as a person who signed an electronic document using a simple electronic signature key (login and password) and acts as a representative of the specified party to the arbitration.

Transfer of documents to the parties to the arbitration proceedings online or their representatives through the Arbitration Cabinet is made only after their identification.

After passing the identification, the Arbitration Cabinet automatically adds to the documents or saves in relation to the documents information about the person to whom they were sent, and his electronic signature, as well as about the party to the online arbitration on whose behalf they are sent.

One of the COVID-19 silver linings in regards to international arbitration lies in the dramatically increased use of technology by the arbitral community. Such use, of course, should always be

carefully evaluated for compliance with the arbitration agreement of the parties, the applicable arbitration rules and arbitration laws, particularly in cases of disagreements of the parties on the use of certain or any technology, when introducing innovative technological solutions into the process, and bearing in mind that not all jurisdictions have the same levels of development and sophistication when it comes to the internet and IT infrastructure.

Hopefully, having learned many valuable IT and technical skills in the first part of 2020, they will not resume operating in the office “in the good old fashion way”, but will embrace new technology lobbying its introduction into arbitration agreements, draft arbitration laws and proposals for updating arbitration rules.

**АРБИТРАЖ:
ТЕКУЩИЕ ИЗМЕНЕНИЯ И
ДОЛГОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ**

Бишкек, издательство «Турар»

(На русском языке)

Ответственный редактор *Н.Б. Алёнкина*

Компьютерная верстка *Р. Атабаев*

Подписано в печать 24.11.2021 г.
Формат бумаги 60x84 ¹/₁₆. Объем 15,75 п. л.
Тираж 500 экз. Заказ № 2175.

Отпечатано в типографии издательства «Турар»
720031, г. Бишкек, ул. М. Горького, 1